



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Público

**CONCENTRACIÓN DE MEDIOS Y LIBERTAD DE
COMUNICACIÓN**

Un análisis jurídico-constitucional

Memoria de prueba para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas
y Sociales.

AUTOR: Daniel Dodds Berger

PROFESOR GUÍA: Pablo Ruiz-Tagle Vial

Santiago, Chile

2011

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....pág. 1

CAPÍTULO I: ESFERA PÚBLICA, MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y DEMOCRACIA

1. Esfera pública y opinión pública.....pág. 5
2. Esfera pública y sociedad burguesa.....pág. 7
3. La transformación estructural de la esfera pública.....pág. 10
4. La estructura de la esfera pública.....pág. 15
5. La esfera pública y los medios de comunicación de masas.....pág. 21

CAPÍTULO II: LIBERTAD DE COMUNICACIÓN Y CONCENTRACIÓN DE MEDIOS: EL CASO CHILENO

1. Libertad de comunicación y democracia.....pág. 27
2. Libertad de comunicación y pluralismopág. 30
 - 2.1. Pluralismo informativo.....pág. 33
3. Concentración de medios como límite al pluralismo informativo.....pág. 35
 - 3.1. Tipos de concentración.....pág. 37
 - 3.1.1. La concentración como integración empresarial.....pág. 37
 - 3.1.2. La concentración como concentración de propiedad.....pág. 37
 - 3.1.3. La concentración como concentración en un mercado.....pág. 38
 - 3.1.4. La concentración como aumento de poder global.....pág. 39
 - 3.2. La integración empresarial.....pág. 40
4. La concentración de medios en Chile.....pág. 43
 - 4.1. La prensa escrita.....pág.41

4.1.1	La propiedad de los medios de prensa escrita en Chile.....	pág. 45
4.1.2	El mercado de los lectores.....	pág. 48
4.1.3	El mercado de la publicidad.....	pág. 50
4.2.	La televisión.....	pág. 53
4.2.1.	La oferta televisiva y la propiedad de los medios	pág. 54
4.2.2.	El mercado de la publicidad.....	pág. 55
4.2.3.	La participación en las audiencias.....	pág. 56
5.	Concentración de medios y libertad de comunicación en Chile.....	pág. 57

CAPÍTULO III: LA DOBLE DIMENSIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

1.	La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales.....	pág. 61
2.	La dimensión subjetiva de los derechos fundamentales.....	pág. 63
3.	La dimensión objetiva de los derechos fundamentales.....	pág. 63
4.	La libertad de expresión en la Teoría de los Derechos Fundamentales	
4.1.	Libertad de comunicación o libertad de expresión en general.....	pág. 74
4.2.	La dimensión subjetiva de la libertad de comunicación.....	pág. 75
4.3.	La dimensión objetiva de la libertad de comunicación.....	pág. 84
5.	Colisión entre libertad de expresión y derecho de propiedad.....	pág. 91
6.	El instituto de la opinión pública libre y la concentración de medios.....	pág. 97

CAPÍTULO IV: HACIA UNA REGULACIÓN DE LA CONCENTRACIÓN EN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN COMPATIBLE CON EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

1.	La regulación de la concentración en la propiedad en los medios de comunicación en la derecho nacional.....	pág. 98
----	---	---------

1.1. La constitución Política de la República.....	pág. 99
1.2. Decreto con Fuerza de Ley N° 1, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, del año 2005: su aplicación al mercado de los medios de comunicación.....	pág. 101
1.3. Ley N° 19.733, sobre las libertades de opinión e información y del ejercicio del periodismo.....	pág. 103
1.3.1. Medios de comunicación escritos.....	pág. 104
1.3.2. La televisión.....	pág. 108
1.3.3. Medidas para fomentar el pluralismo.....	pág. 110
2. La regulación de la concentración en los medios de comunicación en el derecho comparado	
2.1. Estados Unidos.....	pág. 114
2.2. Reino Unido.....	pág. 117
2.3. Francia.....	pág. 119
2.4. Alemania.....	pág. 121
3. Propuestas doctrinales para enfrentar la concentración de los medios: hacia una regulación democrática de los medios de comunicación para Chile.....	Pág. 102
CONCLUSIONES: LA CONCENTRACIÓN EN LOS MEDIOS COMO ATENTADO A LA LIBERTAD DE COMUNICACIÓN.....	pág. 139
BIBLIOGRAFÍA.....	pág. 148

INTRODUCCIÓN

En las democracias contemporáneas el debate en torno a los medios de comunicación de masas se acrecienta cada día más. La razón de este incremento radica en la importancia que éstos han asumido para el desarrollo de principios tan fundamentales, como el de soberanía popular. Ante esto es razonable preguntarse ¿cuál es la verdadera relevancia de los medios para la democracia? Si acordamos que la formación de la opinión y la voluntad pública suponen un debate público, no podremos sino admitir que éste, en sociedades tan complejas como en la que vivimos, se realiza a través de redes de comunicación en donde los medios de masas tienen un papel preponderante. La deliberación pública necesaria para mediar entre Estado y sociedad, entre representantes y ciudadanos, se desarrolla en una esfera pública política en que los flujos de comunicación son transmitidos desde las diversas esferas de la sociedad, a través de los medios de masas.

Esta cuestión se vuelve un fenómeno de relevancia constitucional, toda vez que en el desenvolvimiento de los medios, está en juego la realización de las denominadas libertades de comunicación. Hablamos de libertades comunicativas en referencia a aquellos derechos fundamentales que permiten participar en igualdad de oportunidades, en el proceso comunicativo de formación de la opinión y voluntad política. Éstas para ser ejercidas en la actualidad, necesitan de estos verdaderos mandatarios que son los medios de comunicación. Es que no se trata sólo de asegurar las posibilidades de comunicar algo, sino que es preciso asegurar el acceso a la información necesaria para formarse una opinión.

El fenómeno de la concentración aparece entonces, como un obstáculo para el desarrollo de la democracia y como un atentado en contra de las libertades de

comunicación, al silenciar un número importante de voces presentes en una sociedad, o mantener un telón de ignorancia sobre cuestiones de genuino interés público.

El problema de la concentración en los medios es un fenómeno global, del cual Chile no está exento. De ahí que sea también un problema para nuestra democracia y un aspecto a investigar en relación a nuestro ordenamiento jurídico. De hecho, el fenómeno de la concentración ha sido objeto de debate en el último tiempo en nuestro país. De ahí que fuera tratado por dos comisiones especiales de la Cámara de Diputados: en primer lugar, el informe evacuado por “La comisión Especial sobre las libertades de pensamiento y expresión, el derecho a la información y los medios de comunicación”¹, creada en el año 2006, cuyas conclusiones son que el nivel de concentración mediática existente en Chile es preocupante, razón por la cual se proponen una serie de medidas paliativas y preventivas. El segundo informe al que nos referimos, fue el resultado de “La Comisión Especial investigadora sobre avisaje del Estado”², creada el año 2007, que concluyó con la verificación de la necesidad de regular esta materia, dada la falta de transparencia y arbitrariedad reinante, cuestión que propiciaría el desarrollo de la concentración de medios. Lamentablemente, el trabajo de estas comisiones no se plasmó en leyes de la República, pese al negativo balance que realizaron de la situación de los medios de comunicación en nuestro país.

Así, la hipótesis de esta investigación es la siguiente: *la concentración de medios existente en Chile significa un atentado a la libertad de comunicación, cuestión que implica una obligación para el Estado de intervenir en su mitigación*. Por lo tanto, en este trabajo pretendemos demostrar que en nuestro país existe una concentración

¹ Informe de la Comisión Especial sobre las libertades de pensamiento y expresión, el derecho a la información y los medios de comunicación, año 2008, [en línea] <<http://www.camara.cl/sala/doc2.aspx?DOCID=1909>> [consulta: 30 de mayo de 2011].

² Informe de la Comisión Especial investigadora sobre avisaje del Estado, año 2007, <<http://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=59&prmTIPO=INVESTIGAFIN>> [consulta: 30 de mayo de 2011].

en los medios –específicamente en la prensa escrita y en la televisión- excesiva y peligrosa. Intentaremos dar algunas luces sobre el por qué y el cómo esta situación es un atentado a la libertad de comunicación, y sobre los argumentos existentes para sostener que dicha infracción a la Constitución, impone al Estado un deber de intervenir para combatirla. Expondremos, finalmente, la insuficiencia de las medidas legales existentes en nuestra legislación para enfrentar el problema, y propondremos una serie de medidas para abordarlo, obtenidas desde el derecho comparado y la doctrina.

Así, en el primer capítulo se abordará la teoría de la Esfera Pública y la transformación que ha vivido en las democracias contemporáneas, con el objetivo de exponer la relación que existe entre este concepto y los medios de comunicación. De esta forma, obtendremos un panorama general del aparataje conceptual ligado al fenómeno de la comunicación, en los Estados Constitucionales y Democráticos de Derecho.

En el capítulo segundo, se abordará la situación actual de los medios de comunicación en Chile. El objetivo de este capítulo será exponer el peligroso índice de concentración al cual ha llegado el mercado de los medios en nuestro país, específicamente su desarrollo en la prensa escrita y la televisión. Se entregarán datos empíricos sobre esta situación, para demostrar con esto, el peligro que significa la concentración para las libertades fundamentales.

En el capítulo tercero se estudiará la dimensión objetiva de la libertad de comunicación, y cómo la concentración de medios puede llegar a ser un atentado a ésta. El objetivo de esta parte de la investigación, es revisar el desarrollo doctrinal de la denominada teoría de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, y en especial de los de la comunicación, para así comprender por qué y cómo la

concentración es un atentado hacia éstos. Este estudio demostrará que de esta constatación, se sigue un mandato al Legislador para intervenir en la sociedad, con el fin de resguardar esta dimensión.

En el último capítulo, se examinará la regulación existente en el derecho nacional en relación a los medios de comunicación, con especial énfasis en lo que se refiere a la concentración. Posteriormente se expondrán las medidas que se han plasmado en el derecho comparado, con el fin de combatir la concentración en la propiedad de los medios, como las proposiciones que la doctrina constitucional ha elaborado para enfrentar este problema. El estudio de la regulación comparada y de la doctrina, nos permitirá proponer medidas a implementar para combatir la concentración de los medios de comunicación en Chile.

CAPÍTULO I: ESFERA PÚBLICA, MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y DEMOCRACIA

1. Esfera pública y opinión pública

La esfera pública es el espacio dentro del mundo social en donde la opinión pública se puede formar. Habermas la define como “una red para la comunicación de contenidos y tomas de postura, es decir, de *opiniones*, y en él los flujos de comunicación quedan filtrados y sintetizados de tal suerte que se condensan en opiniones públicas agavilladas en torno a temas específicos”³. La esfera pública es donde los sujetos privados, formando un público, razonan sobre cuestiones de interés general. Actúan no como profesionales o personas de negocios que conducen sus asuntos privados, ni tampoco como socios legales que se conducen conforme a las regulaciones legales “Los ciudadanos actúan como público cuando se ocupan de los temas de interés general sin ser coaccionados; con eso se garantiza que puedan coordinarse y reunirse libremente, y al mismo tiempo expresar y hacer públicas sus opiniones también libremente”⁴.

Por comunicación nos referimos a “aquella forma de expresión, o conducta expresiva, la cual o bien meramente manifiesta (...) los valores y puntos de vista del individuo, o bien aporta, a través de los mismos, una directa contribución al modo de generación de poder propio de una arena verdaderamente colectiva”⁵.

La opinión pública como portadora de una publicidad desarrollada a través del contacto entre sujetos privados, pretende una legitimidad mayor que una simple opinión. Esta legitimidad deriva de la discusión pública a través de la cual se genera, que la diferencia de la simple opinión, entendida como mera expresión de la subjetividad sobre una materia determinada. Si llevamos estos conceptos al ámbito

³ HABERMAS, Jürgen. Facticidad y Validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, 4ta edición, Madrid, España, Editorial Trotta, 2001, p. 440.

⁴ HABERMAS, Jürgen. The Public Sphere. En: SEIDMAN, Steven (Ed.), Jürgen Habermas on Society and Politics. A reader, Boston, Beacon Press, 1989, p. 231.

⁵BARATA, Joan. Democracia y audiovisual: fundamentos normativos para una reforma del régimen español, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 102.

político, llegamos a un concepto de la esfera pública, como esfera pública política o espacio de la opinión pública política, que se define como un espacio social en donde, el conjunto de sujetos privados reunidos como público, razonan y discuten sobre cuestiones que deben ser elaboradas en el sistema político, con el propósito de influir en éste. Cumple la función de mediar entre ciudadanía y las instituciones políticas, por lo que “el espacio público-político tiene que reforzar además la presión ejercida por los problemas, es decir, no solamente percibir e identificar los problemas, sino también tematizarlos de forma conveniente y de modo *influyente*, proveerlos de contribuciones, comentarios e interpretaciones, y dramatizarlos de suerte que puedan ser asumidos y elaborados por el complejo parlamentario”⁶.

Para aclarar el término de esfera pública y su relevancia para el tema en cuestión, pasaremos a realizar una breve síntesis de su desarrollo desde su nacimiento con la sociedad burguesa (siglo XVIII) hasta su situación actual. Para esto seguiremos el exhaustivo trabajo que Habermas ha realizado sobre el asunto.

2. Esfera pública y sociedad burguesa

La esfera pública nace como consecuencia de los cambios sociales que llevaron a constituir lo que se ha conocido como el modelo social burgués⁷. En este

⁶ HABERMAS, Jürgen. Facticidad y Validez, op. cit., pp. 439-440.

⁷ Por modelo social entendemos el conjunto de principios fundamentales, que definen la forma de una sociedad. Por lo tanto, con esto no queremos referirnos a unas estructuras, estatales o sociales desarrolladas en plenitud, sino que a las ideas base que mueven una sociedad. En este caso específicamente, no referimos a los principios fundamentales relativos a la política y al derecho. En el modelo social burgués, un principio fundamental es la separación entre Estado y Sociedad, cuestión que limita las intervenciones de la autoridad pública en la sociedad, típicamente en el mercado. Como veremos más adelante, el cambio que ocurrió con el modelo del Estado Social, conlleva una superación de esta diferencia. Estos modelos también los aplicaremos en este trabajo a **Chile**. Porque si bien, no se puede sostener que en nuestro país existan las estructuras de un Estado social desarrollado, la política, y cada vez más el derecho, funcionan con la lógica de este modelo. Cuestión que se puede observar en la política

contexto la publicidad se vio transformada junto con las estructuras sociales de las cuales dependía. Publicidad en este contexto no se refiere a un reclamo publicitario, sino que remite al *estado y calidad de las cosas públicas*⁸.

La sociedad de la que hablamos, se desarrolló en torno a un modelo que presentaba como principal característica la separación estricta entre Estado y sociedad. En base a esta diferenciación funcional la sociedad logró una autonomía que se plasmó en el desarrollo de una esfera privada, en donde los sujetos interactuaban como agentes privados. El ámbito público estaba limitado al poder público, mientras que la publicidad de la que venimos hablando, hay que situarla en el ámbito privado, puesto que se trata de personas privadas reunidas como público, una publicidad de personas privadas. Por lo tanto, “en el seno del ámbito reservado a las personas privadas distinguimos, por consiguiente, entre esfera privada y publicidad. La esfera privada comprende a la sociedad burguesa en sentido estricto, esto es, el ámbito del tráfico mercantil y del trabajo social; la familia como su esfera íntima, discurre también por estos causes”⁹. La separación entre sociedad y Estado, como queda de manifiesto, se reproduce al mismo tiempo dentro de la propia sociedad, diferenciándose una esfera privada en sentido estricto (mercado y familia) y una esfera pública formada por sujetos privados reunidos como público.

diaria, en donde las discusiones en relación a la satisfacción de necesidades de los ciudadanos, ocupan un lugar tremendamente destacado, más allá de su efectividad real.

⁸ Publicidad es la traducción dada a la voz alemana *Öffentlichkeit*, la cual también ha sido traducida como vida social pública, opinión pública o tan sólo como lo público.

⁹ HABERMAS, Jürgen. Historia y crítica de la Opinión Pública. La transformación estructural de la vida pública, 9na edición, Barcelona, España, Editorial Gustavo Gili, 2006. p. 68.

En esta esfera neutralizada de relaciones de dominación y de poder, los sujetos privados podían constituirse como público razonante¹⁰. El desarrollo de la práctica de razonar en torno a cuestiones de interés general, se vio potenciado primariamente por la literatura. Antes del tratamiento de cuestiones políticas, se estructuró una esfera pública literaria en donde los sujetos ilustrados discutían acerca cuestiones relativas a la vida personal. Sumado a este desarrollo, gracias a la aparición de la imprenta, ya a principios del siglo XVIII se desarrolló una prensa ligada al tráfico del comercio, lo cual llevó a que fuera habitual la lectura dentro de las elites. Lo crucial de la aparición de la prensa fue que permitió que “un conjunto de noticias no fueran más un asunto privado, algo de interés sólo para aquellos directamente implicados, sino que fuera parte de un ambiente comunicativo basado en un putativo interés general”¹¹.

La publicidad política se desarrolla a partir de esta publicidad literaria. El público políticamente activo desarrolló un razonamiento en torno al quehacer del Estado, su rol era opinar y criticar el funcionamiento de éste, desde la perspectiva de las funciones que se le atribuían y de los límites a los que se debía someter. Sin embargo, esta publicidad política seguía desarrollándose dentro del ámbito privado y no existía seguridad de que la autoridad le reconociera algún tipo de influencia. El raciocinio público pretende **influencia** en el poder público, más no constituirse como tal.

Por lo tanto, en el Estado de derecho burgués surgió la necesidad de institucionalizar esta publicidad dentro de la organización estatal, para así asegurar una mediación efectiva entre opinión pública y voluntad política. Con lo cual vincular ley y opinión pública. Sobre esto Habermas sostiene:

¹⁰ GOODE, Luke. Jürgen Habermas: Democracy and the Public Sphere, Londres, Pluto Press, 2005, p. 6.

¹¹Idem.

“El Estado de derecho, como Estado burgués, hace de la publicidad políticamente activa un órgano estatal con objeto de asegurar institucionalmente la conexión de la ley con la opinión pública”¹².

Con este hecho, los sujetos privados se asegurarían de que la legislación fuera una expresión de la razón y no del poder; con lo que se llevaría a la realidad el imperativo de que sea la verdad y no la autoridad la que genera la ley (*veritas non auctoritas facit legem*). La idea misma de soberanía, en la versión de Bodino o Hobbes, se ve disuelta en una dominación de la publicidad. El poder mismo del Estado es puesto en debate y “este debate está encargado de reconducir la *voluntas* a *ratio*, que se elabora en la concurrencia pública de argumentos privados en calidad de consenso acerca de lo prácticamente necesario en el interés universal”¹³. Con esto la opinión pública que nace en la esfera privada, adquiere una dimensión institucional dentro de la orgánica del Estado de derecho, a través del parlamento, convirtiéndose en la función declarada de esta esfera pública política, el “asegurar la protección y la integridad de la esfera privada”¹⁴.

3. La transformación estructural de la esfera pública

La esfera pública burguesa nace y se desarrolla teniendo como supuesto la separación entre Estado y sociedad. Principalmente en el siglo XIX, esta publicidad logra institucionalizarse, lo cual garantizaría la sumisión del poder político a los

¹² HABERMAS, Jürgen. Historia y crítica de la Opinión Pública. op. cit., p. 116.

¹³ Ibid., p.118.

¹⁴ GOODE, Luke, op. cit., p. 9.

intereses de la sociedad. Sin embargo, con este hecho la influencia que cada uno de estos ámbitos comienza a tener sobre el otro, tenderá a destruir este supuesto fundamental de la publicidad burguesa. Se desarrolla a partir de ambas “una esfera social repolitizada que borra la diferencia entre lo *público* y lo *privado*”¹⁵. Esta transformación destruye la estructura a través de la cual el conjunto de sujetos privados, se reunían como público a discutir cuestiones de interés general, disolviéndose así la publicidad en su forma burguesa. La destrucción de esta publicidad, por lo tanto, se basará en el cambio estructural producido en las relaciones entre la esfera pública y el ámbito privado.

En el siglo XIX debido a estas transformaciones, y de la mano del crecimiento de la prensa, la esfera pública se expandió más allá de los límites tradicionales involucrando las disputas sociales, la lucha por el sufragio femenino e incluso la lucha por la abolición de la esclavitud. El contenido de la esfera pública, el ámbito mismo de lo público, se expande, incorporando problemas que cotidianamente se resolvían dentro del ámbito privado, pero que ahora aparecen como problemas de interés público, comenzando en adelante una lucha que buscaba extender la garantía estatal a otros ámbitos de la sociedad. De esta forma, las luchas sociales ligadas al movimiento obrero, se aprovecharán de las posibilidades formales concedidas por los derechos fundamentales –ligadas a su pretensión de universalidad-, y buscarán en adelante, obtener influencia política con la cual **compensar políticamente** la igualdad no realizada en el ámbito material.

Por lo anterior “la publicidad no pudo ya eximirse de los intereses privados tan pronto como las condiciones mismas a que daba lugar la privatización de los intereses

¹⁵ HABERMAS, Jürgen. Historia y crítica de la Opinión Pública, op. cit., p. 173.

penetraron en la disputa entre los intereses organizados”.¹⁶ ¹⁷ El modelo del Estado social introducirá definitivamente al poder público en la tarea de satisfacer las necesidades materiales de los ciudadanos, lo cual llevará a la introducción no sólo de mecanismo de redistribución del producto económico, sino que también a una transformación de la participación ciudadana en los asuntos públicos: “la propia noción de participante en la comunicación pública se amplía y diversifica: la admisión en dicho proceso deja de limitarse a una categoría concentra de ciudadanos para comprender prácticamente a cualquier *persona*, así como a muy diversas e incluso cambiantes formas de asociación de la misma”¹⁸.

La caducidad del modelo liberal burgués conllevó finalmente un cambio en la sociedad como un todo:

“En el modelo burgués, el ámbito privado consistía en lo íntimo, la esfera familiar y el ámbito económico del mercado capitalista. Los dos componentes, uno precondición del otro, estaban basados en las ideas de autonomía y libertad subjetiva. En la autoimagen de una expandida, esfera pública post-burguesa, el ámbito económico y la esfera domestica se separan uno del otro”¹⁹ ²⁰.

¹⁶ Ibid., p.176.

¹⁷ “Tales actores (...) ostentan una posición extremadamente aventajada, con relación a cualquier otro grupo, en la definición y consecuente representación y defensa de sus propios intereses”, en BARATA, Joan, op. cit., p. 55.

¹⁸ Ibid., p. 53.

¹⁹ Ibid., p.17.

²⁰ Las implicaciones de la transformación de la dicotomía público/privado se manifiestan la estructuración de un mundo del trabajo tal como lo podemos observar todavía hoy en día: “En la medida en que Estado y sociedad se interpenetran, se desprende la institución de la familia nuclear de su conexión con los procesos de la reproducción social: la esfera íntima, otrora el centro de la esfera privada, retrocede, por

Los cambios que hemos mencionado llevan a que la vida privada, cada vez se aleje más del parámetro de la sociedad liberal burguesa, concentrándose lo privado en el ocio, la intimidad, el consumo, el bienestar y en el desarrollo de un estilo de vida²¹. El reemplazo de la discusión entre privados acerca de cuestiones de interés público, ha dado paso a un consumo de productos culturales que se disfrutan en el ocio permitido por el tiempo libre, de forma individualizada. Como señala Godde, “una cultura del debate público ha sido, según Habermas, desplazada por un cultura del consumo público”²².

Debido a estas transformaciones, la esfera pública política ve remecida su formal armonía burguesa, transformándose “en un campo para la competencia entre intereses, competencia que se manifiesta de la forma más cruda como simple y llana confrontación”²³. De esta forma, cada vez son más las organizaciones sociales²⁴ que actúan, en la esfera pública política junto a los partidos políticos y las administraciones públicas.

así decirlo, a su periferia en la medida que comienza a desprivatizarse. El prototipo de la vida de los burgueses de la era liberal se desarrollaba en la profesión y en la familia; el ámbito del tráfico mercantil y del trabajo social constituía una esfera privada exactamente igual que el hogar, descargada de funciones económicas directas. Esas dos esferas, estructuradas en aquel momento de modos parecidos, evolucionan ahora divergentemente: y desde luego puede afirmarse que la familia se privatiza crecientemente, mientras que el mundo del trabajo y de la organización son cada vez más públicos” Habermas, Jürgen. Historia y crítica de la Opinión Pública, op. cit., p. 181-182.

²¹ En este punto Habermas habla de una pseudoprivacidad.

²² GOODE, Luke, op. cit., p. 18.

²³ HABERMAS, Jürgen. The Public Sphere, op. cit., p. 236.

²⁴ Respecto a esto Barata sostiene que “los factores de orden profesional, en sentido amplio, o, en definitiva, los intereses vinculados al desarrollo y expansión de una determinada rama de la producción económica, constituyen un factor de influencia de primer orden en el seno del Estado social, dando lugar al surgimiento de organizaciones de carácter *sectorial*, dotadas de una clara vocación de presencia en los procesos públicos de toma de decisiones” , en BARATA, Joan, op. cit., p. 55.

La solución que Habermas vislumbra para salvar la idea de opinión pública en las democracias contemporáneas, y por esfera pública debemos considerar un concepto normativo que implica la racionalización de la autoridad con los medios de la discusión pública entre personas privadas, luego de la transformación estructural que ha sufrido, la resume de la siguiente forma:

“En la actualidad podría hacerse efectiva solamente sobre una base distinta: como la racionalización del ejercicio del poder social y político a través del control mutuo de organizaciones rivales comprometidas, tanto en sus estructuras internas como en sus interacciones con el Estado y entre sí, con la publicidad”²⁵.

Serían las organizaciones, estructuradas ellas mismas de forma democrática, las que podrían actuar de forma efectiva en las democracias contemporáneas, permitiendo así que los ciudadanos organizados, logren que la opinión pública sea lo más representativa posible al llegar a transformarse en voluntad política. Lo que se sostiene es que en las actuales circunstancias, sólo las organizaciones que actúan en relación al Estado “podrían participar efectivamente en un proceso de comunicación pública, valiéndose de los canales de la publicidad interna a los partidos y asociaciones y sobre la base de la notoriedad pública que se impondría a la relación de las organizaciones con el estado y entre ellas mismas²⁶. Así las cosas, “el establecimiento de compromisos políticos tendría que legitimarse ante ese proceso de

²⁵ Ibid., p, 7.

²⁶HABERMAS, Jürgen. Historia y crítica de la Opinión Pública, op. cit., p. 257.

comunicación pública²⁷, y así obtener vinculación para generalidad de los ciudadanos.

No se trata de una apología del corporativismo, sino en hacer plausible el contenido normativo de una democracia basada en la discusión pública, bajo las nuevas formas que ha asumido en el mundo de hoy.

4. La estructura de la esfera pública

Ya hemos definido la esfera pública como una red de estructuras de comunicación que median entre sociedad y Estado, existiendo un espacio de la opinión pública política especializado en la comunicación de esta índole. En este apartado profundizaremos en la organización de esta esfera pública, con especial énfasis en la esfera pública política, y el rol que juegan los medios de comunicación de masas en su funcionamiento.

En un trabajo del año 2006²⁸, Habermas sintetiza las líneas generales de su teoría sobre la esfera pública política, ligándola con sus obras sobre teoría de la democracia.

La esfera pública política, tal como se le ha entendido en este trabajo, es sustancial a un modelo deliberativo de la política y de la democracia²⁹. Su función

²⁷ Idem.

²⁸ HABERMAS, Jürgen. Political Communication in Media Society: Does Democracy Still Enjoy an Epistemic Dimension? The impact of Normative Theory on Empirical Research, *Communication Theory*, Vol. 16, No. 4. 2006, pp.411-426.

²⁹ Por democracia deliberativa entenderemos en esta investigación, un modelo de formación de la voluntad política democrática, que supone un riguroso proceso de discusión pública, con el cual se filtran las posiciones no generalizables, y se asegura la legitimidad de las decisiones vinculantes de las instituciones públicas.

mediadora entre el mundo de la vida de los sujetos y las instituciones que forman el sistema político es fundamental para su legitimidad desde el punto de vista democrático de la soberanía popular. La existencia de la esfera pública permite ligar a la ciudadanía con las instituciones, por ejemplo los partidos políticos. De esta forma pueden cumplir su función de “simplificar y racionalizar las opciones de los votantes, haciendo más entendibles los problemas de la sociedad y promoviendo el interés por los asuntos de interés públicos mediante las campañas electorales”³⁰.

Según Habermas, el paradigma deliberativo desde el punto de vista empírico, asegura la generación de legitimidad a través de un procedimiento democrático, para lo cual se debe garantizar tres cosas:

- a. Publicidad y transparencia para el proceso deliberativo.
- b. Inclusión e igualdad de oportunidad para la participación.
- c. Una justificada presunción de resultados razonables.

La razonabilidad de los resultados descansa en el supuesto de que la discusión pública “moviliza temas relevantes y demandas, promueve la evaluación crítica de las contribuciones, y lleva a una reacción de aprobación o desaprobación racionalmente motivada”³¹. El papel de los medios de comunicación de masas es central, debido a que en las sociedades contemporáneas la discusión pública a gran escala ya no se da en las calles, sino que se ha expandido a través de un proceso de abstracción. Este proceso de abstracción, que se produce con la irrupción de los medios de

³⁰ CORREA, Sofía y RUIZ-TAGLE, Pablo. Ciudadanos en democracia. Fundamentos del sistema político chileno, Santiago, Editorial Debate, 2010, p. 90.

³¹ HABERMAS, Jürgen. Political Communication in Media Society, op. cit., p. 413.

comunicación, conlleva a que el público, sujeto de la opinión pública, ya no se encuentra presente físicamente:

“Pero cuanto más se desligan esos espacios públicos de la presencia de éste y se extienden a la presencia virtual (con los medios de comunicación de masas como intermediarios) de lectores, oyentes y espectadores diseminados, tanto más clara se vuelve la abstracción que el espacio de la opinión pública comporta, pues no consiste sino en una generalización espacial de las interacciones simples”³².

El resultado de la deliberación en el centro de este sistema político —compuesto por los parlamentos, los tribunales de justicia, los órganos administrativos y el gobierno— se traduce en leyes, decisiones judiciales, actos administrativos y políticas en general. La esfera pública política, como periferia de éste, se compone de canales de comunicación por los cuales se trasladan distintos tipos de mensajes —noticias, reportajes, comentarios películas de diferente contenido y conversaciones en general, etc. —. Las opiniones y mensajes que llegan a publicarse son generadas por distintos actores y “son seleccionados y conformados por los profesionales de los medios de masas y recibidas por unas amplias y superpuesta audiencias, grupos, subculturas, etc.”³³.

Habermas sostiene que existen dos tipos de actores sin los cuales una esfera pública política no puede funcionar: en primer lugar, los **publicistas** (profesionales de

³² HABERMAS, Jürgen. Facticidad y Validez, op. cit., p. 439-441.

³³ HABERMAS, Jürgen. Political Communication in Media Society, op. cit., p. 415.

los medios) — periodistas, editores, comentaristas, etc.- y, en segundo lugar, los **políticos** que ocupan parte del centro del sistema político. Ambos son, señala, “coautores y los directores de las opiniones públicas”³⁴.

Los publicistas son aquellos actores encargados de reunir la información, los que deciden sobre la “selección y presentación de las emisiones y que en cierto grado controlan el acceso de temas, contribuciones y autores al espacio de la opinión pública dominados por los medios de comunicación de masas”³⁵.

Podemos distinguir además una serie de actores que hacen su aparición en una esfera pública:

- a. Lobistas: Éstos representan los intereses de ciertos grupos de la sociedad.
- b. Representantes de grupos de la sociedad civil (advocates): Representan intereses generales o intereses de grupos respecto a los cuales existe una falta de representación, como son los grupos marginalizados.
- c. Expertos: Quienes han sido acreditados en cuanto su conocimiento sobre una profesión o ciencia, y que se les solicita su consejo sobre un asunto.
- d. Activistas morales (moral entrepreneurs): Quienes buscan llamar la atención sobre asuntos presuntamente no tomados en cuenta.

³⁴ *Ibid.*, p.416.

³⁵ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*, op. cit., p. 457.

e. Intelectuales: Se trata de personas que han obtenido una reputación personal en algún área y que, a diferencia de los expertos y los lobistas, participan espontáneamente en discursos públicos con la declarada intención de promover algún interés general.

Todos estos actores participan en la deliberación pública, a través de la cual se logra que se identifiquen los problemas y temas de importancia pública, como la información requerida para poder interpretarlos; además permite que las contribuciones que se realicen en torno a estos problemas sean procesados de forma discursiva, apoyándose en las razones que existen en pro y en contra; por último, la deliberación pública es preponderante para generar una respuesta positiva o negativa racionalmente motivada por parte de los ciudadanos, que sirve como estándar para medir la corrección de las decisiones tomadas.

De esta forma, la esfera pública política juega un papel central en el proceso político como un todo, y desde el punto de vista de la legitimidad es ella la destinada a llevar a cabo la primera de las funciones antes señaladas, en el marco de un proceso democrático deliberativo, como es la preparación y selección de problemas a tratar en el centro del sistema político, preparando de esta forma la agenda política de las diversas instituciones. La función que el espacio público político tiene, entonces, es la de permitir “la formación de una pluralidad de opiniones públicas consideradas”³⁶.

Una de las virtudes de este modelo de análisis, es su carácter reflexivo, ya que, permite que los participantes de la deliberación pública, especialmente los ciudadanos, puedan manifestarse respecto a las opiniones públicas que hayan logrado una mayor

³⁶ *Ibíd.*, p. 418.

elaboración y poder así, reconsiderar las cosas. Este proceso no sólo opera desde abajo, es decir, desde el punto de vista de los ciudadanos, sino que también lo hace desde arriba, al permitir que los participantes de las instituciones políticas, por ejemplo los parlamentarios, pueden referirse a las opiniones públicas surgidas con anterioridad, pudiendo llegar a formarse una nueva opinión pública razonada que guíe finalmente la decisión política final. En este sentido se afirma que la esfera pública política opera como un **filtro**, permitiendo que sólo las opiniones públicas razonadas puedan atravesarla y llegar a hasta las instituciones políticas.

Respecto a esto, Habermas pone énfasis que la esfera pública también juega un papel importante desde el punto de vista de la diversidad de opiniones:

“Las opiniones públicas ponen de manifiesto lo que grandes, pero conflictivos sectores de la población, consideran a la luz de la información disponible debe ser la más plausible interpretación de cada uno de los hechos controversiales a que se enfrentan”³⁷.

Mientras que desde el punto de vista de las instituciones políticas, permite obtener la información necesaria para que éstas puedan tomar decisiones sin dar la espalda a los gobernados:

“Desde el punto de vista de los gobiernos responsables y de las elites políticas, las opiniones públicas consideradas establecen el marco para la

³⁷ Ídem.

gama de lo que el público ciudadano aceptaría como una decisión legítima en un cierto caso”³⁸.

5. La esfera pública y los medios de comunicación de masas

Los medios de comunicación de masas, tal como se ha señalado, participan de esta esfera pública política que media entre los ciudadanos y los gobernantes. Sin embargo, no están exentos de poder, sino que constituyen otra forma de poder: **poder mediático**³⁹. Esta clase de poder está basado en la tecnología de la comunicación. Aquellos que trabajan en sectores políticos relevantes del sistema de medios (por ejemplo, reporteros, columnistas, editores, directores, productores, y publicistas) no pueden sino que ejercer poder, debido a que ellos seleccionan y procesan contenidos políticamente relevantes y así intervienen tanto en la formación de las opiniones públicas, como en la distribución de intereses influyentes.⁴⁰ La utilización de este tipo de poder se puede observar en la elección de la información que realizan los profesionales de la información, en el formato en que se comunica y en el efecto de su difusión.

Otros actores que participan en la esfera pública, como los lobistas y activistas, tienen mayores recursos para poder transformar sus posiciones en influencia política a través de los medios de comunicación, debido a su capacidad de organización y experticia en este ámbito. Los simples ciudadanos están en una posición debilitada respecto a otros actores. Por lo tanto, constatado esto, existen ciertas exigencias de

³⁸ Ídem.

³⁹ Habermas distingue entre: poder político, poder social, poder económico y poder mediático.

⁴⁰ Ibid., p. 419.

carácter normativo, reglas del juego, que debieran respetarse para que ningún actor pueda ejercer la suficiente influencia para distorsionar la formación de la opinión pública⁴¹:

- a. Una autorregulación de los medios de comunicación que permitan mantener la existencia de una independencia respecto a actores económicos o políticos de importancia (sean los medios públicos o privados), que al mismo tiempo permita vincular la comunicación política en la esfera pública tanto con la sociedad civil como con las instituciones que se encuentran en el centro del sistema político. Aquí se trata de una autorregulación técnica y también de una autorregulación ética del actuar de los medios.
- b. La existencia de una sociedad civil que empodere a los ciudadanos para participar en y responder a la discusión pública, sin que se produzca una degeneración de ésta a partir de la intervención de intereses económicos o políticos ilegítimos.

El cumplimiento de estas exigencias de tipo normativo variará dependiendo del desarrollo de una determinada sociedad civil, pero también lo hará en relación al impacto que tengan las lógicas del mercado en un sistema mediático determinado.

Tanto la televisión como la prensa escrita son empresas comerciales que funcionan tal como cualquier otra. Esto produce que la lógica del mercado invada la lógica interna propia de los medios y produzca que el primer requisito antes señalado, una independencia del poder económico, no se cumpla. Este problema se puede

⁴¹ Ibid., p. 420.

observar de forma paradigmática en lo referido a las campañas políticas que se realiza a través de los medios, las cuales terminan adoptando las formas y formatos de la publicidad. Así “cuestiones de discusión pública se asimilen en y sean absorbidas por los modos y contenidos del entretenimiento. Detrás de la personificación, de la dramatización de los eventos, de la simplificación de los temas complejos, y de la vivida polarización de los conflicto, se promueve el privatismo cívico y un ánimo de antipatía hacia la política”⁴².

Existen hoy en día diversas reacciones de tipo normativas respecto a las condiciones que debieran cumplir los medios de comunicación, y que las regulaciones legas debieran tender a hacer realidad, para asegurar que su posición de poder dentro de la esfera pública no sea utilizada por grupos de interés para dirigirla a su favor. Así, Habermas establece el siguiente listado de tareas que los medios de comunicación debieran cumplir, en los sistemas políticos estructurados en términos de Estado de derecho⁴³:

- a. Vigilancia sobre el entorno sociopolítico, informando sobre desarrollos que probablemente repercutirán, positiva o negativamente, en el bienestar;
- b. Una buena configuración del orden del día, identificando los asuntos claves del día, incluyendo las fuerzas que les han dado forma y que tienen capacidad para resolverlos;
- c. Plataformas para una defensa inteligible e iluminadora de las cuestiones que fuere por parte de los políticos o por parte de los

⁴² Ibid., p. 422.

⁴³ HABERMAS, Jürgen. Facticidad y Validez, op. cit., p. 459.

portavoces de otras causas y de los portavoces de grupos de interés;

- d. Diálogo a todo lo ancho de un espectro variado de puntos de vista, así como entre las personas que ocupan posiciones de poder (en la actualidad o prospectivamente) y el público de a pie;
- e. Mecanismo para hacer que quienes ocupan o han ocupado cargos públicos den cuenta de cómo han ejercido su poder;
- f. Incentivos que empujen a los ciudadanos a aprender, a escoger, a implicarse y no a limitarse simplemente a seguir y monitorear el proceso político;
- g. Una resistencia de principio contra los intentos por parte de fuerzas externas a los medios de subvertir la independencia, integridad y capacidad de éstos para servir a su público;
- h. Un sentido de respeto por cada miembro del público, en tanto que potencialmente preocupado y capaz de buscar y dar un sentido a lo que ve en su entorno político.

Según Habermas, todas estas puntos se podrían resumir en la siguiente idea regulativa:

“los medios de comunicación de masas han de entenderse como mandatarios de un público ilustrado, cuya disponibilidad al aprendizaje y capacidad de crítica presuponen, invocan y a la vez refuerzan; al igual que la Justicia, han de preservar su independencia respecto de los actores políticos y sociales; han de

hacer suyos de forma imparcial las preocupaciones, intereses y temas del público y, a la luz de estos temas y contribuciones, exponer el proceso político a una crítica reforzada y a una coerción que lo empuje a legitimarse”⁴⁴

La idea de entender los medios de comunicación social como **mandatarios** del público, viene a reflejar la complejidad que hoy en día ha adquirido el proceso de la comunicación humana, complejidad que impide que los propios sujetos ejerzan por sí mismos la plenitud de sus atribuciones en cuanto a la comunicación.

Como ha quedado de manifiesto en las páginas anteriores, la relación entre esfera pública y medios de comunicación de masas es interna. En la actualidad la comunicación que forma parte de este espacio de la opinión pública, fluye a través de éstos, razón por la cual el estudio y regulación efectiva de los medios de comunicación se juega en gran parte la efectividad de una democracia representativa, tal como se han estructurado en el presente. Por lo que creemos que el estudio de la teoría de Habermas sobre este punto, sirve como base para la comprensión de las graves consecuencias que puede llegar a tener una distorsión, como es la concentración mediática, para la libertad de comunicación.

La noción de esfera pública permite delimitar aquello que constituye algo previo y diferente, de la adopción de normas o decisiones por parte del poder público⁴⁵. Si le agregamos el adjetivo de democrática, queda de manifiesto que este concepto remite a

⁴⁴ Ibid., p. 460.

⁴⁵ Al hacer referencia a la adopción de decisiones y no sólo de reglas, se pone de manifiesto la relevancia que tiene la noción de esfera pública para el ámbito de actividad jurisdiccional, la cual en este caso se podría denominar como “esfera pública jurídica”.

la necesaria existencia de un proceso en cuyo seno los ciudadanos puedan no solamente ver reflejadas sus opiniones, ideas, pensamientos e informaciones, sino igualmente intervenir, en mayor o menor grado, en el vertido y confrontación de las mismas en un espacio que será público en la medida en que, entre otras virtualidades, permita el verdadero intercambio, la confrontación y la ponderación de aquellos elementos, que terminarán siendo la materia prima de las decisiones públicas. El ámbito de la publicidad supone un proceso de comunicación y un espacio público.

CAPÍTULO II: LIBERTAD DE COMUNICACIÓN Y CONCENTRACIÓN DE MEDIOS: EL CASO CHILENO

1. Libertad de comunicación y democracia

No deben existir garantías más prestigiosas que las comunicativas, en especial la libertad de expresión. De hecho, la historia del Derecho Constitucional está marcada por el desarrollo de ésta, fundamental para el Estado de derecho. Tanto es así que, como señala Nino, la libertad de expresión en nuestras sociedades goza de un estatus reforzado en cuanto a su protección, lo cual vendría justificado porque “el razonamiento práctico de los individuos que los conduce a observar el derecho tiene que partir de

razones independientes del mismo derecho. Esto implica que la misma legitimidad del poder estatal está basada en la posibilidad de que los ciudadanos cuenten con los elementos necesarios para formarse su propio juicio, lo que requiere la más amplia libertad de expresión.”⁴⁶ Por lo tanto, la garantía de la libertad de expresión, y la libertad de comunicación en términos más amplios, se vuelven en elementos básicos para asegurar la legitimidad del orden legal y del sistema político. Si la Constitución, como así el Derecho Constitucional, pretenden normar la producción legítima de poder político a través de procedimientos institucionalizados, es necesario que éstos estén lo más abierto posible hacia la deliberación que se lleva a cabo en la esfera pública, para así generar un proceso político lo más cercano al ideal del autogobierno.

Siguiendo en esto a Fiss⁴⁷, detrás de la garantía de la libertad de expresión podemos encontrar dos valores específicos que hacen necesaria su regulación: **la autonomía y el enriquecimiento del debate público.**

Ambos están en el centro de la discusión actual en torno a los problemas que presenta la concentración de medios y la homogeneidad de contenidos. Los partidarios de la autonomía ven a los medios de comunicación tal como se considera al orador callejero que vocifera en la vía pública, en contra de las políticas del gobierno de turno. Desde esta visión, los medios de comunicación de masas vendrían a ser los oradores públicos contemporáneos, por lo que cualquier intromisión estatal para limitar o estructurar su funcionamiento vendría a ser un límite a la autonomía. Así las cosas, la solución para los problemas actuales no sería regular de forma más férrea el área comunicacional, sino que permitir mayores posibilidades de expresión (más libertad), lo cual estaría ligado directamente con el desarrollo de nuevas tecnologías

⁴⁶ NINO, Carlos. Fundamentos de Derecho Constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2002, p.231.

⁴⁷ FISS, Owen. Free speech and social structure, Tel Aviv University Studies in Law, 1998, p. 250.

comunicacionales (medios electrónicos, televisión digital, etc.). Sin embargo, como ya vimos en el primer capítulo, las transformaciones ocurridas en torno a la esfera pública y a las redes de comunicación, como la constatación del poder mediático del cual disponen, llevan a que la teoría del foro expandido, no puede sostenerse sin más en las nuevas condiciones sociales.

Si los medios de comunicación de masas se han transformado en las vías a través de las cuales se desarrolla el debate público, debe tener en cuenta que éstos no son agentes neutrales, sino que administran poder mediático, el cual puede llegar a ser manipulado por el mercado, debido a que los medios son organizaciones privadas o semi-públicas que se encuentra estrechamente ligadas al funcionamiento de éste. Esta es la preocupación que mueve a autores como Habermas y Fiss a estudiar como las estructuras sociales, específicamente económicas, distorsionan el debate público realizado a través de los medios de comunicación. Razón por la cual “queda clara la falencia de una tradición que no toma en cuenta que, para garantizar el enriquecimiento de este debate público, son necesarias reformas estructurales que permitan un acceso equitativo y pluralista a los medios de comunicación”⁴⁸. Necesidad que se deduce del hecho de que “la discusión que es central al debate democrático exige el mayor pluralismo y las más amplias oportunidades de expresión de propuestas ideológicas, de intereses que deben ser tomados en cuenta por los principios a adoptar para guiar los cursos de acción política, y de críticas al modo en que los asuntos públicos son conducidos”⁴⁹.

La garantía de la libertad de comunicación tendrá que relacionar la autonomía con el nivel del debate público. Es decir, más que mirar el problema desde el punto de

⁴⁸ Nino, Carlos, op. cit., p. 262.

⁴⁹ Idem.

vista de las interferencias de forma abstracta, se deberá evaluar la situación desde el punto de vista del aporte de las expresiones al enriquecimiento del debate público. Esto lo simplifica muy bien Fiss en relación a la discusión existente en los Estados Unidos acerca de la Primera Enmienda:

“No es la autonomía, la que tiene una relación más incierta o de doble filo con el debate público, sino más bien el efecto actual de la comunicación (transmisión): ¿enriquece en el fondo el debate público? Las expresiones son protegidas cuando (y sólo cuando) lo hacen, y precisamente debido a que lo hacen, no porque es un ejercicio de la autonomía. De hecho la autonomía no aporta nada, y si es necesario, debe ser sacrificada, para asegurar que el debate público es suficientemente rico para permitir una verdadera auto-determinación colectiva”⁵⁰.

Todo lo dicho hasta ahora demuestra la íntima relación que existe entre libertad de comunicación y democracia. La legitimidad de la política viene dada por el proceso de su desarrollo, el cual pretende ser lo más cercano a un debate público, en que todos los ciudadanos puedan participar. Este modelo ideal choca con la realidad de las sociedades contemporáneas, por lo que la garantía efectiva de las libertades de comunicación, no sólo en cuanto a derecho subjetivo público, sino desde el punto de vista objetivo de las estructuras sociales, se vuelve vital. La regulación de las precondiciones necesarias para que este debate público se realice bajo las condiciones exigidas por un proceso democrático, impone la previsión acerca de la apertura y la calidad del debate que se realiza a través de los medios de comunicación masiva, que terminan formando la opinión pública.

⁵⁰ FISS, Owen, op. cit., p. 253.

2. Libertad de comunicación y pluralismo

Tal como se ha expuesto anteriormente, la legitimidad del proceso democrático depende de que todas las partes posiblemente afectadas por sus resultados, tuvieran la posibilidad de dar su consentimiento a éstos. Actualmente la forma de lograr este objetivo es a través de un proceso democrático que posibilite la participación de todos los miembros de la sociedad, para la cual la libertad de comunicación es fundamental. En las consideraciones anteriores ya se ha hecho referencia al enriquecimiento del debate público y a la apertura del proceso de formación de la opinión y voluntad pública. El modelo brevemente expuesto requiere para generar legitimidad un nivel de **pluralismo** que permita hacer llegar desde todas las esferas de la sociedad sus inquietudes y demandas al sistema político. Así las cosas, debemos tratar la problemática del pluralismo en los medios de comunicación, debido a que a través de éstos es por los que el debate público se desarrolla a gran escala.

El concepto de pluralismo se ha definido de diversas maneras, siendo común a todas éstas la constatación de una situación en que existe la más alta posibilidad de que todas las diversas visiones presentes en una sociedad, de toda índole, puedan manifestarse libremente y formar parte de los flujos de comunicación que conforman la esfera pública. Aquí algunos conceptos recogidos de la doctrina:

Para Bastidas pluralismo vendría a manifestarse:

“De un lado, en la posibilidad de concurrencia del mayor número y diversidad de opiniones e información, lo que redundará en un proceso de libre formación de la opinión pública. De otro, en la

posibilidad de que esa concurrencia llegue al mayor número de personas”⁵¹.

Carbonell más que dar un concepto, se centra en las condiciones que se deben satisfacer para que los medios de comunicación puedan ser catalogados como pluralistas:

“Se puede sostener que existirá pluralismo en los medios siempre y cuando: a) la información pueda llegar a un número importante de ciudadanos o, por lo menos, esté disponible para aquellos que quieran utilizarla; b) dicha información tenga su origen en fuentes diferentes, es decir, que haya surgido o pueda surgir de distintos puntos de, para decirlo de forma simplificada, “creación de la noticia”, y c) que el producto informativo refleje el pluralismo social, político o cultural existente en una sociedad, es decir, que contenga el punto de vista de varios y no de uno sólo o de pocos de los participantes en los circuitos públicos de deliberación e intercambio”⁵².

El pluralismo apunta a la diversidad, no sólo en cuanto a la propiedad de los medios, cuestión central por supuesto, sino que también en cuanto a los puntos de vistas que se expresan a través de un medio, es decir, el pluralismo cuando se aplica

⁵¹ BASTIDA, Francisco. Concentración de medios y pluralismo. "Acordes y desacuerdos" entre pluralismo y mercado. En: Derecho a la Información y Derechos Humanos. Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva. Jorge Carpizo y Miguel Carbonell Coordinadores, 1ª ed., México, UNAM, 2000, p. 274.

⁵² CARBONELL, Miguel. Construir el pluralismo En Derecho a la Información y Derechos Humanos. Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva. Jorge Carpizo y Miguel Carbonell Coordinadores, 1ª ed., México, UNAM, 2000, p. 288.

al sector de la comunicación, no es la aceptación de la pluralidad de unos medios, sino la manifestación de doctrinas diversas en ellos. De esta forma, el concepto sobre el que descansa es el de diversidad. Los medios para respetar el pluralismo han de ser diversos, en el sentido de variedad, diferencia; dar cabida a diversidad de ideas, opiniones e intereses en un mismo medio.

En relación a la estructura de las organizaciones ligadas a la comunicación, se distingue entre pluralismo interno y externo. Mientras que el primero dice relación con la existencia de una diversidad de puntos de vista dentro de un mismo medio de comunicación, el pluralismo externo se refiere a las relaciones entre distintas empresas de comunicación, con el objetivo de poder garantizar la autonomía entre éstas, logrando así que la mayor cantidad de opiniones se vean representadas por éstos. Debido a que el problema de la concentración se relaciona directamente con el pluralismo externo, dedicaremos las siguientes líneas a tratar este concepto.

2.1. Pluralismo informativo externo

El pluralismo informativo externo “es el resultado del conjunto de medios o empresas informativas existentes e independientes entre sí”⁵³. En el mismo sentido lo entiende Quadra-Salcedo, para el cual el pluralismo informativo externo consiste en “la existencia de una concurrencia libre y pluralista de

⁵³ FERNÁNDEZ, Germán. Acceso a los medios de comunicación social privados y pluralismo informativo”, en TORNOS MAS, J. (coord.), Democracia y medios de comunicación, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 154. Citado en APREZA, Socorro. Concentración de medios de comunicación *versus* pluralismo informativo externo, En Reforma de medios electrónicos ¿avances o retrocesos? Rudolf Huber y Ernesto Villanueva (coordinadores), México, Editorial UNAM, 2007, p. 65

ideas y corrientes de opinión que diferencie a unos concesionarios de otros”⁵⁴.

Por otro lado, el Consejo de Europa ha manifestado que “el pluralismo informativo externo sólo será posible cuando se ponga a disposición del público distintos medios de comunicación que en conjunto representen la diversidad al representar uno de elementos de la misma cada uno por separado”⁵⁵.

De las definiciones anteriores, y siguiendo a Apreza en esto, podemos señalar que los elementos esenciales del denominado pluralismo externo son los siguientes:

1. La existencia del mayor número de medios.
2. El hecho de que sean contrapuestos o independientes entre sí.
3. El acceso efectivo de los ciudadanos a las fuentes contrapuestas.

Así las cosas, el pluralismo informativo externo “no implica la existencia del mayor número de canales televisivos, sino el mayor número de fuentes de información contrapuestas accesibles al público o a los públicos, donde el

⁵⁴ QUADRA-SALCEDO, Tomás. Comunicación y corporaciones locales”, en Quadra-Salcedo, T. (coord.), El régimen jurídico de la comunicación local, Barcelona, Marcial Pons, 2002, p. 146. . Citado en Apreza, Socorro. concentración de medios de comunicación versus pluralismo informativo externo, En Reforma de medios electrónicos ¿avances o retrocesos? Rudolf Huber y Ernesto Villanueva (coordinadores), México, UNAM, 2007, p. 65.

⁵⁵ Libro Verde de la Comisión Europea, Pluralismo y concentración de los medios de comunicación en el mercado interior, COM (92) 480 final, Bruselas, 23 de diciembre de 1992, p. 18.

aumento de canales no tiene como correlato directo la existencia de fuentes de información contrapuestas⁵⁶. Las exigencias del pluralismo van entonces dirigidas a la existencia de la mayor cantidad de fuentes de información, lo cual necesariamente no se traduce en la existencia de un número similar de medios de comunicación.

Por lo tanto, el problema para el pluralismo informativo que implica la concentración de los medios de comunicación, dice relación con la reducción de la diversidad de fuentes de información contrapuestas entre sí, lo que restringe la libertad del público de poder elegir.

3. Concentración de medios como límite al pluralismo informativo

Por concentración en los medios entendemos el “incremento en la presencia de una empresa o de un reducido grupos de compañías de comunicación en cualquier mercado como consecuencia de varios procesos posibles: adquisiciones, fusiones, convenios con otras compañías o incluso la desaparición de competidores”.⁵⁷ Por lo tanto, este fenómeno se presentará cuando una empresa o grupo empresarial, por cualquier medio, ejerza una influencia decisiva de forma directa o indirecta sobre otra u otras empresas, capaz de menoscabar o eliminar la independencia de estas fuentes de información, e incluso impedir la entrada en el mercado de nuevos miembros⁵⁸.

⁵⁶ APREZA, Socorro, op. cit., p. 66.

⁵⁷ SANCHEZ-TABERNERO, Alfonso. Concentración de la comunicación en Europa. Empresa comercial e interés público. Centre d'Investigació de la Comunicació, Barcelona, 1993. p.30. Citado en JARAQUEMADA, Jorge. Concentración de la propiedad en los medios y su efecto en el pluralismo, Universidad de Chile, Instituto de Ciencia Política, Santiago, 1998, p. 1.

⁵⁸ Apreza, Socorro, op. cit., p. 70.

De esta forma, la concentración en los medios de comunicación se presenta como un fenómeno no ligado sólo a la presencia mayoritaria en la propiedad de un medio, sino que a la influencia directa o indirecta que un medio o grupo de medios pueden efectuar sobre la independencia de las fuentes de información, ya sea limitándolas o eliminándolas.

Una vez abordada la concentración desde el punto de vista conceptual, es necesario tratar las cuestiones cuantitativas, por lo que debemos responder a la pregunta ¿cómo se mide la concentración?

El U.S. Department of Justice (DOJ), a través de la Horizontal Merger Guidelines, mide los niveles de concentración ante una potencial fusión entre empresas. Para hacer esto utiliza el índice de concentración conocido como Hirschman-Herfindahl index (HHI). Según éste, “una medida de concentración en la producción de una industria es calculado como la suma de los cuadrados de las cuotas de mercado de cada firma”⁵⁹. Otra manera de calcular en este modelo, es a través del cálculo del mercado compartido de las cuatro firmas más importantes (4 firm concentration ratio or CR4). El DOJ considera que un mercado con un HHI de 1000 o menos está desconcentrado. Así, un mercado de este tipo podría contener el equivalente a 10 competidores de igual tamaño. En un mercado como éste, la CR4 sería de 40%. Un mercado con un porcentaje sobre este nivel, sería revisado ante cualquier fusión que pudiera aumentar la concentración del mercado. Considera, así mismo, que un mercado con un HHI de 1800 se encuentra muy concentrado. En cuanto a los competidores de igual tamaño, este nivel desciende entre el 5 y 6. Un mercado con seis competidores de igual tamaño tendrían un HHI de 1667. En un

⁵⁹ BILIR, Hakan. Media ownership control: to what extent is competition law and policy sufficient to provide for diversity and plurality in the media? [en línea] < <http://www.stps.metu.edu.tr/stpswp/series05/0508.pdf> > [consulta: 05 de febrero de 2011].

mercado de este tipo, el CR4 sería de 67. Un mercado con 5 competidores del mismo tamaño tendría un HHI de 2000, mientras que el CR4 sería de 80%, es decir, extremadamente concentrado.

3.1. Tipos de concentración⁶⁰

El fenómeno de la concentración en las empresas informativas es muy complejo, por lo que a continuación haremos una breve referencia, a las categorías técnicas desarrolladas por la literatura especializada sobre la materia.

3.1.1. La concentración como integración empresarial

Es el resultado del crecimiento externo de una determinada empresa, lo cual significa que se realiza a través de fusiones, compras o la creación de una empresa conjunta. La concentración como resultado de la integración se fundamenta en la dinámica de interacción externa entre diversas empresas, que conlleva finalmente su control.

3.1.2. La concentración como concentración de propiedad

En este caso la concentración no será el fruto del dinamismo del desenvolvimiento en el mercado de las empresas, sino que resulta del

⁶⁰LLORENS-MALUQUER, Carles. Concentración de empresas y el pluralismo: la acción de la Unión Europea, Bellaterra (tesis doctoral), Servei de Publicacions de la Universitat Autònoma de Barcelona, 2001, Cap. 2[en línea] <<http://www.tdx.cat/handle/10803/4095;jsessionid=784744FB9B18655DB61CF8F1EB930B66.tdx1>>[consulta: 10 de enero de 2011].

tomar “una foto fija en el tiempo y en el espacio”⁶¹. En este caso, el proceso de integración empresarial conlleva la concentración de la propiedad de los medios. Lo que interesa respecto a este tipo de concentración es el análisis sobre el número de empresas que son propiedad de una persona jurídica o natural.

3.1.3. La concentración como concentración en un mercado

Aquí el análisis se centra en el mercado, en el lugar que tenga determinada empresa dentro de él, y lo que se busca es determinar su posición más o menos dominante. No es necesario para el crecimiento de la concentración en un mercado, la existencia de compras o fusiones de empresas, debido a que es posible que se dé por el sólo hecho de producirse un crecimiento interno de la respectiva empresa o por la desaparición de un competidor. Por lo tanto, el término concentración de mercado se aplica “a la posición dominante de una empresa en un sector sin tener en cuenta si se deriva de su crecimiento interno o externo”⁶². Éste es el motivo por el cual una regulación que sólo regule las fusiones, no tendría efectos en cuanto limitar la concentración mediática.

3.1.4. La concentración como aumento de poder global

⁶¹ Ibid, p. 77.

⁶² Ibid p. 78.

Tanto la perspectiva adoptada en la concentración de propiedad como en la de mercado, corresponden a enfoques de tipo económico que no toman en cuenta los efectos socio-económicos del poder acumulado en términos económicos. Por lo tanto, es necesario hablar de un sentido de concentración que pone el foco en el **aumento de influencia política o social de una o varias empresas de un sector mediático, a raíz de su poder económico**. Lo que diferencia la concentración de audiencia de la concentración de mercado es que “mientras la primera se suele evaluar a partir de un número de lectores, oyentes o televidentes en un período de tiempo limitado, la segunda se mide a partir de la relación entre facturación anual y volumen de negocios de las principales empresas del sector”⁶³.

Si bien hemos abarcado diferentes tipos de concentración de medios, en este estudio nos importa sobretodo el fenómeno de la concentración de la propiedad de los medios de comunicación y la influencia política y social que ésta conlleva. Por lo tanto, utilizaremos el término “concentración de medios” para referirnos al fenómeno en general, por lo que quedarían incluidas estas cinco concepciones. Esto porque creemos que la concentración es un fenómeno dinámico que muchas veces posee elementos de cada una de estas posiciones. Obviamente nuestra preocupación estará enfocada a la concentración como concentración de la propiedad, pero eso no quita que se realicen juicios partiendo desde estas otras formas de ver el fenómeno, de ahí la decisión metodológica de tratar de la forma más amplia el concepto y de hacer las precisiones necesarias cuando corresponda.

⁶³ Ibid., p. 79.

3.2 La integración empresarial

Como ya ha quedado de manifiesto, la integración empresarial es un fenómeno que en la literatura es estudiado como factor que lleva a la materialización de la concentración de medios. En el siguiente apartado realizaremos una revisión de los conceptos fundamentales.

1. Integración Vertical: se presenta cuando una empresa controla de forma parcial o total los canales de producción y comercialización de un mercado de comunicación en específico.

2. Integración horizontal: se da cuando una compañía posee el mismo medio de comunicación en diversos mercados. La integración horizontal “se produce cuando una empresa o grupo de empresas controla varias unidades de producción de la misma fase del proceso productivo y en el mismo mercado, de manera que los productos o servicios que ofrecen las distintas unidades de producción son, desde el punto de vista del comprador, idénticos o cuando menos sustitutos”⁶⁴.

3. Integración multimedia: dice relación con el control de varios medios de comunicación que utilizan diversos soportes tecnológicos, por una misma empresa. Es decir, se da cuando una empresa o grupo de empresas

⁶⁴ Ibid., p. 81.

controla distintos medios de comunicación de forma simultánea.

Cómo conclusión a este apartado, y una vez de haber abordado el fenómeno de la concentración en los medios, queda responder a la pregunta: ¿Por qué es tan importante la concentración en los medios de comunicación?⁶⁵

1. En primer lugar, las fusiones suelen significar una reducción de los costos de operación, reducciones de personal, el cierre de diversos medios, y menor inversión en el contenido de la programación, lo cual lleva a que la independencia se vea amenazada, debido a que la reducción de los costos generales conduce a una homogenización de los contenidos de los medios, en vez de una diversificación. También conduce a una reducción de la variedad y cantidad de fuentes de información a la disposición de los ciudadanos.
2. En segundo lugar, la concentración mediática lleva a que en grandes mercado, los partícipes de éstos le cierran la entrada a nuevos competidores, medios independientes o terminen por expulsar del mercado a los competidores más débiles.
3. En tercer lugar, la concentración puede permitir el ejercicio por parte de los dueños de los medios, de una gran influencia en la opinión pública (política, económica, etc.). Los medios de comunicación dan a sus dueños poder mediático con el cual influir en la esfera de la opinión pública en su favor e impedir que visiones distintas lleguen al público general. En principio, esto puede se conforme con la libertad de expresión, sin embargo, como la

⁶⁵ BILIR, Hakan, op. cit., pp. 11-12.

concentración pudiera llevar a que una sola voz fuera escuchada, puede tener efectos negativos para el pluralismo externo e interno.

4. En cuarto lugar, la creciente utilización de tecnologías de encriptación en la entrega de la información por parte de los medios, produce que la carga financiera amenace con imponer altos costos para el consumidor común. Un alto costo de acceso puede llevar a monopolios de entrada. “El resultado puede ser el desarrollo de lo que se ha llamado como “la información de ricos” (information rich) y “la información de pobres” (information poor)”⁶⁶.
5. Por último, los nuevos canales de comunicación (particularmente el cable y la televisión por satélite) buscan identificar nichos de mercado para aumentar su rentabilidad. Esto a menudo trae como resultado la creación de canales especializados que generalmente, en cuanto al contenido, tienen carácter unilateral. Las audiencias minoritarias pueden ser pasadas por alto por esos canales (aunque también puede ser el caso que algunos de estos canales atiendan los intereses de estas minorías).

4. La Concentración de medios en Chile

Como ya se ha visto a través de este trabajo las democracias actuales dependen de la calidad del procedimiento de formación de la opinión y voluntad pública, por lo que los medios de comunicación de masas, como formadores de esta opinión, poseen una relevancia exorbitante, muchas veces desatendida. Chile no es la

⁶⁶ Ibid., p. 13.

excepción, los medios de comunicación social son pieza fundamental de la débil democracia que se ha forjado en los último 20 años, pero además han sido participes importantes en la historia previa de nuestro país.

Si bien la prensa escrita siempre estuvo ligada a ciertos grupos de poder, en general a través de su historia en el del siglo XX, reflejó en un nivel aceptable la diversidad de perspectivas presentes en la sociedad chilena. Este pluralismo se terminó el 11 de septiembre de 1973 con el golpe militar y el comienzo de una dictadura que duraría 17 años. Los límites impuestos al pluralismo por el gobierno de facto, conllevaron grandes transformaciones en la estructura de los medios de comunicación en Chile; transformaciones que en vez de modificarse con el fin de ésta, se consolidaron con los gobiernos de la Concertación de Partidos por la Democracia, lo que ha dado como resultado una concentración mediática tanto desde el punto de vista de la propiedad, como desde el punto de vista político-ideológico.

Para entender de mejor manera la realidad actual de la concentración en los medios de comunicación en Chile, daremos una revisión a algunos ámbitos por separado. En esta investigación, en lo que tiene que ver a los ámbitos específicos de los medios de comunicación – prensa escrita, radio, televisión, cable, televisión digital, internet- nos restringiremos sólo a la prensa escrita y a la televisión. Cuestión que no conlleva, por supuesto, que la exposición general respecto a la problemática de la concentración, no se pueda aplicar a los ámbitos no tratados. Los cuales no serán abordados debido a que la extensión de este trabajo no lo permite, como por el carácter ejemplar que tienen estos dos sectores, respecto a la situación actual de los medios en nuestro país. Una vez aclarado esto, nos adentraremos al estudio específico de estos importantes sectores de medios.

En cualquier análisis de medios se debe tener en cuenta que éstos participan en dos mercados: el de las audiencias y el de la publicidad. Para realizar un estudio que abarque ambos seguiremos a Osvaldo Corrales y Juan Sandoval⁶⁷, y consideraremos tres dimensiones: a) la forma en que se organiza la estructura de la propiedad; b) la participación de cada uno de los medios en el mercado de las audiencias; c) el modo en que se distribuye el mercado de los ingresos publicitarios.

4.1. La prensa escrita

Si bien a través de la historia de la prensa chilena han existido una gran cantidad de medios de prensa relevantes, dos han sido las empresas periodísticas de carácter privado que con el tiempo han llegado a primar en nuestro país: la empresa El Mercurio y el Consorcio Periodístico de Chile S.A. (COPESA). Hasta el advenimiento de la dictadura militar existió en Chile una prensa política que representaba a casi todos los sectores políticos del país. Por lo tanto, “la coexistencia de los grandes consorcios periodísticos con una “prensa política” suponía la existencia de una estructura empresarial que, aunque desigual, al menos en lo formal garantizaba el pluralismo y la libertad de expresión.”⁶⁸ Esta situación se vio bruscamente alterada con el golpe militar de septiembre de 1973, con la posterior supresión de la prensa política no simpatizante con el gobierno de facto, y con la sujeción de todo el sistema de medios a un control político ideológico. Esta estructura sólo se vio modificada durante la década de los '80 con la aparición de una prensa de oposición al gobierno militar⁶⁹.

⁶⁷ CORRALES, Osvaldo y SANDOVAL, Juan. Concentración del mercado de los medios, pluralismo y libertad de expresión, Fundación Chile XXI, Colección Ideas, año 5, N° 53, mayo 2005, p. 2.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 3.

⁶⁹ Entre los periódicos más importantes surgidos en esta época figuran el Fortín Mapocho y la Época. En cuanto a las revistas, las más relevantes fueron Apsi, Análisis, Cause y Hoy.

Con la vuelta a la democracia, a mediano plazo, estos medios alternativos desaparecieron. Lo cual ocurrió “en parte por la falta de políticas y estrategias empresariales adecuadas que aseguraran la sustentabilidad de esos medios una vez acabadas las ayudas externas, pero en parte también a la decidida política de no intervencionismo desarrollada sistemáticamente por los gobiernos de la Concertación desde su llegada al poder en 1990, bajo el precepto de que sería el propio mercado el que regularía el sector haciéndolo competitivo y plural”⁷⁰.

4.1.1. La propiedad de los medios de prensa escrita en Chile

En Chile, como ya se ha adelantado, las dos empresas que dominan el ámbito de la prensa escrita son el grupo de empresas El Mercurio y el Consorcio Periodístico de Chile Sociedad Anónima (COPESA). A ellos se les suma, muy por detrás, la empresa estatal La Nación.

En cuanto al grupo El Mercurio, desde el punto de vista formal, éste se encuentra constituido por cuatro empresas todas pertenecientes a la familia Edwards. Estas empresas son las siguientes⁷¹:

- a. El Mercurio S.A.P., dueña de 3 diarios: El Mercurio y Las Últimas Noticias (alcance nacional), La Segunda (alcance zonal⁷²) y las revistas Paula y Dato Avisos;
- b. La Sociedad Periodística El Norte S.A., dueña de 8 diarios: La Estrella de Arica, La Estrella de Iquique, El Mercurio de

⁷⁰ Idem.

⁷¹ CORRALES, Osvaldo y SANDOVAL, Juan, op. cit., pp. 4-5.

⁷² Con alcance zonal nos referimos a aquellos diarios que se distribuyen en más de una ciudad, pero que no tienen alcance nacional.

Antofagasta, La Estrella del Norte, El Mercurio de Calama, La Estrella del Loa, La Prensa de Tocopilla y el Diario de Atacama;

c. El Mercurio de Valparaíso S.A.P., dueña de 3 diarios: El Mercurio de Valparaíso, La Estrella de Valparaíso y El Líder de San Antonio;

d. La Sociedad Periodística Araucaria S.A., dueña de 7 diarios: El Diario Austral de Temuco, Renacer de Arauco, Renacer de Angol, El Diario Austral de Valdivia, El Diario Austral de Osorno, El Llanquihue de Puerto Montt y La Estrella de Chiloé.

Estas cifras dan como resultado que el Grupo de empresas controlado por el clan Edwards, posee 2 de los 8 diarios de circulación nacional, 1 de los cuatro de circulación zonal y 18 de los 45 diarios regionales, todo lo cual le permite tener presencia en 14 grandes ciudades y/o provincias de Chile (Arica, Iquique, Tocopilla, Calama, Antofagasta, Copiapó, Valparaíso, San Antonio, Temuco, Angol, Valdivia, Osorno, Chiloé y Puerto Montt). En cuanto a la influencia de los Edwards en estas empresas, Corrales y Sandoval señalan lo siguiente:

“A pesar de que cada una de esas cuatro sociedades anónimas está conformada, a su vez, por distintas sociedades constituyentes que detentan un porcentaje variable del accionariado, casi todas esas sociedades son propiedad de la familia Edwards y en ellas figura como accionista principal su patriarca, Agustín Edwards Eastman, por lo que puede afirmarse sin ambagajes que es él quien controla el grupo, aunque eventualmente delegue algunas responsabilidades en terceras

personas (por lo general miembros de su propio clan).⁷³

En cuanto al grupo COPESA, éste posee actualmente los diarios de circulación nacional La Tercera y La Cuarta, los diarios zonales La Hora y la Hora de la Tarde, de distribución gratuita, y la revista Qué Pasa.

La composición empresarial de este consorcio se encuentra mucho más atomizado, en relación a la del grupo El Mercurio, lo cual, sin embargo, no le resta poder económico y político. Lo que diferencia a este grupo editorial del controlado por los Edwards, es que se trata “de un grupo de empresarios que no han estado tradicionalmente vinculados al mercado de las comunicaciones sino que ingresan a él a partir de la coyuntura extraordinariamente favorable generada básicamente a partir de los vínculos que muchos de ellos sostuvieron con el régimen militar”⁷⁴.

Encontramos a la empresa estatal La Nación. Se trata de una sociedad anónima cerrada dentro de la cual el Estado es dueño del 69.3% de las acciones, repartiéndose el resto entre Inversiones Colliguay (29,5%) y otros particulares (1,2%). Su principal actividad se relaciona con dos medios de circulación nacional, como son el Diario La Nación y el Diario Oficial. La empresa periodística La Nación cuenta con tres filiales a lo largo del país: El Nortino S.A., dedicada a publicar, imprimir y distribuir el diario El Nortino en la primera región; en segundo lugar, Vía Directa, empresa dedicada a la distribución de periódicos y revistas a nivel nacional; por último, Anfitrión S.A., empresa que maneja la base de datos del Diario Oficial.

⁷³ CORRALES, Osvaldo y SANDOVA, Juan, op. cit., p. 5.

⁷⁴ Ídem.

Po último, debemos mencionar al periódico de distribución gratuita Publmetro, el cual es propiedad del holding internacional Modern Times Group (MTG). Se trata de un diario de alcance zonal que se distribuye en Santiago, Valparaíso, Viña del Mar, Rancagua, Talcahuano y Concepción.

4.1.2. El mercado de los lectores

En cuanto a la circulación de la prensa escrita en nuestro país, los datos son proporcionados por la consultora transnacional Klynveld Pet Marwick Goerdeler (KPMG). Ésta comenzó a realizar estudios en este ámbito en el año 2003, por iniciativa de la Asociación Nacional de la Prensa (ANP), la Asociación Nacional de Avisadores (ANDA) y la Asociación Chilena de Agencias de Publicidad. Se trata de un informe acerca de la circulación neta, es decir, las cifras corresponden al tiraje, restándole la devolución de ejemplares.

Según los datos entregados por Valida⁷⁵ para el primer semestre del año 2010, el diario El Mercurio lidera en cuanto a la circulación con 210.300 ejemplares los sábados y domingo, mientras que de lunes a viernes el promedio es de 130.107, llegando a un promedio por semana de 155.877, lo cual representa 21,3 % del total. El segundo lugar los días sábado y domingos lo ocupa La Tercera con 185.322, mientras que de lunes a viernes su circulación es de 83.488, con promedio semanal de 112.583, representando el 15,4% del total.

⁷⁵ Estas estadísticas se pueden encontrar en la página de la Asociación Nacional de la Prensa <http://www.anp.cl/estudios/svcl>

En cuanto a la circulación en la semana, luego del diario El Mercurio sigue Las Últimas Noticias, de propiedad del mismo conglomerado, con una circulación de 142.013, lo cual representa el 19,4% del total. Posteriormente se ubica La Cuarta con un promedio diario semanal de 124.547, lo cual equivale al 17%; La Tercera con 112.583, lo que representa el 15,4%, como ya se adelantó. Posteriormente se ubican los diarios de circulación gratuita La Hora con 99.929 y Publimetro con 91.333, lo que equivale a un 13,7% y a un 12,48% respectivamente. Por último, encontramos el vespertino La Segunda con un promedio diario semanal de 30.021, correspondiente a 4,1%.

Los datos entregados permiten concluir que, si tomamos sólo a la prensa de circulación nacional, los dos grandes conglomerados del sector forman un oligopolio al controlar aproximadamente el 99% del total del mercado, correspondiéndole aproximadamente un 1% al Diario La Nación. Lo cual se distribuye de la siguiente forma: 53% para el grupo El Mercurio, un 46% para COPESA y un 1% para La Nación. Así, desde el punto de vista ideológico político, existe un verdadero monopolio en esta área, dado que ambos conglomerados son declarados partidarios de la misma postura política.

Si vamos a los índices de lectoría, este diagnóstico se confirma.⁷⁶ Según las cifras entregadas por KMS para el año 2008, un 39,2% leyó un diario el día anterior, lo cual da como resultado: el diario más leído fue La Cuarta con un alcance diario de 12,7%. Un 9,2% manifestó haber leído El Mercurio el día anterior. Luego aparecen Las Últimas Noticias y Publimetro ambas con un 8,8% cada una. Posteriormente aparece La Tercera con 7,8%, La Hora con

⁷⁶ Las cifras sobre lectoría corresponden a la encuesta realizada por KMS en el Gran Santiago, el año 2008. Esta encuesta consideró 11.397 entrevistados, seleccionados a partir del marco muestral creado por el Instituto de Estadísticas INE. Este trabajo se puede consultar en <http://www.anp.cl/>.

6,7%; por último encontramos a La Segunda con 1,8 % y a La Nación con 0,7 %. Cifras estas que confirman el carácter oligopólico del mercado de la prensa escrita, en cuanto al número de lectores.

4.1.3. El mercado de la publicidad

Otro de los indicadores determinantes para comprender la estructura del mercado de la prensa en general, es el de la publicidad. Hace mucho que los periódicos dejaron de financiarse por la venta de sus ejemplares, siendo la venta de espacio para publicidad. En este sentido se sostiene que “la prensa opera en un mercado dual dentro del cual además de vender información vende espacios publicitarios para que diversas empresas puedan, mediante sus avisos, llegar al gran público”.⁷⁷

Según los datos entregados por la Asociación Chilena de Agencias de Publicidad (ACHAP), recogidos por la profesora Mönckeberg, el año 2008 el diario El Mercurio alcanzó un inversión en publicidad que asciende a los 9.894.100 Uf, equivalente al 14% del total y un 45,1 % de avisos en diarios, lo cual equivale “a poco menos de la mitad de toda la publicidad en prensa escrita, una cifra mucho más elevada en proporción que la de su lectura o ventas”⁷⁸. En segundo lugar se encuentra La Tercera a una gran distancia de antecesor, con un 5,8% de la inversión total y un 19,1 de la publicidad en diarios. Por lo tanto, el diario El Mercurio más que duplica a su más cercano competidor.

⁷⁷ CORRALES, Osvaldo y SANDOVA, Juan, *op. cit.*, p. 9.

⁷⁸ MÖNCKEBERG, María Olivia. *Los Magnates de la prensa*, Santiago, Chile, Editorial Random House Mondadori, 2009, p. 423.

En tercer lugar encontramos a Publimetro, que en el año 2008 captó el 7,9% de la publicidad en diarios. Más atrás encontramos a Las Últimas Noticias con un 7,4%, a La Hora y La cuarta con un 3,1% cada uno; La segunda con un 2,3% y, por último, La Nación con un 0,7%.

De la suma de la publicidad que llega a manos del grupo de Agustín Edwards en sus diarios de Santiago—El Mercurio, Las Últimas Noticias y La Segunda-, se concluye que ésta equivale a un 54,8% del total. El grupo COPESA, por otro lado, se queda con el 25,3% de la publicidad en diarios, sumando lo obtenido La Tercera, La Hora y La Cuarta. Por lo tanto, estas cifras muestra que “la denominación duopolio no es un simple slogan, sino una realidad: en 2008 sus integrantes concentraron el 80% de la publicidad en sus manos, de acuerdo a las estadísticas de Megatime”⁷⁹.

Un último punto a destacar respecto a la inversión publicitaria en la prensa escrita tiene que ver con la invariabilidad de ésta, respecto a la variabilidad de la cantidad de lectores de cada uno de los medios. Corrales y Sandoval observan que en el periodo 2002-2003 los medios que tuvieron un mayor aumento son La Hora de la Tarde, Las Últimas Noticias y La Cuarta, mientras que los mayores retrocesos corresponden a La Hora (-44%) y a La Nación (-16%). El caso de La Hora se puede explicar por un transvase de la publicidad a la edición vespertina, sin embargo, en el caso de La Nación se da una situación curiosa, “puesto que desde el año 2002 ha experimentado un sostenido decrecimiento de su participación en la inversión publicitaria perdiendo entre ese año y el 2004 algo más de 158 mil UF por ese concepto.

⁷⁹ Ibid., p. 424.

Este descenso brutal (es equivalente al 50% del total que recibía este medio) no ha ido acompañado por un retroceso equivalente en el mercado de las audiencias, dentro del cual la participación de La Nación, aunque muy modesta, se ha mantenido relativamente estable, lo que no hace sino confirmar la existencia de las distorsiones antes aludidas”⁸⁰

Para Gustavo González la actual situación de la prensa en Chile se resume de la siguiente forma:

“Así, de la mano con El Mercurio, este grupo mediático ha instalado en Chile la imagen del duopolio, con dos empresas hegemónicas que acaparan los mayores tirajes, los mayores índices de lectoría y que también se llevan casi la totalidad de la cartera publicitaria. Duopolio, en tanto no resulta errado aseverar que COPESA y El Mercurio configuran un monopolio de dos cabezas por la uniformidad de estilos de cobertura informativa, de opciones temáticas y, por último, de los proyectos político-ideológicos de sus líneas editoriales”⁸¹.

Este duopolio además afectar a la competencia dentro del mercado de la prensa, tiene un gran **efecto silenciador** en cuanto al pluralismo, debido a que ambos conglomerados representan a los mismo poderes económico y políticos que se encuentran a la

⁸⁰ CORRALES, Osvaldo y SANDOVA, Juan, op. cit., p. 11.

⁸¹ GONZÁLEZ, Gustavo. Medios de Comunicación bajo el signo de la concentración, en "The Media in Latin America". Open University Press. McGraw-Hill Education. 2008, p. 2.

derecha política en nuestro país, de ahí la preocupación de que una sola visión de la sociedad chilena, controle casi el total de los medios de prensa escrita.

4.2. La Televisión

La televisión en Chile nace a fines de la década de los '50 ligada a ciertas instituciones universitarias, como la Universidad de Chile, mientras que en los años '60 a iniciativa del gobierno de Eduardo Frei Montalva nace una red estatal de televisión. Este orden de cosas se mantuvo en lo central hasta las grandes modificaciones que se produjeron luego del golpe militar de 1973. Luego de este hecho, "la Junta Militar modificó de facto la ley de televisión de 1970⁸², suprimiendo las estructuras pluralistas de la televisión estatal e interviniendo a las universidad con Rectores-delegados, estableciendo en la práctica un sistema de control absoluto sobre los mensajes emitidos por los canales de televisión durante más de 16 años"⁸³. Esta situación se mantuvo toda la dictadura, y ya en 1977 se había eliminado toda restricción existente en la legislación a la exhibición de publicidad en televisión, con lo que los capitales privados entraron fuertemente en este ámbito. Este proceso de liberalización se vio coronado con la autorización para la creación de estaciones de televisión privadas a fines del régimen militar, a través de la ley N° 18.838.

4.2.1 La oferta televisiva y la propiedad de los medios

⁸² Ver Ley 17.377 de 1970.

⁸³ CORRALES, Osvaldo y SANDOVA, Juan, op. cit., p.12.

En la televisión abierta encontramos una red de televisión de propiedad estatal como es Televisión Nacional de Chile. Así mismo encontramos dos canales en que todavía una institución universitaria tiene relevancia en su gestión: el Canal 13 de la Universidad Católica y el Canal 5 de la Universidad Católica de Valparaíso. Existen además 3 señales de carácter privado: Chilevisión, que ocupa el Canal 11, el cual si bien nace como una concesión a la Universidad de Chile, debido a problemas económicos se concedió su disfrute a una empresa privada. La Red Canal 4, propiedad del magnate mexicano Ángel González. Megavisión Canal 9, en donde el grupo mexicano Televisa posee un poco más de un tercio de las acciones, mientras que el resto es controlado por los continuadores del empresario Ricardo Claro. Por último, encontramos un pequeño canal que utiliza la frecuencia 2, ocupado antes por el canal juvenil Rock & Pop, llamado Telecanal, el cual comenzó a transmitir en el año 2005.

4.2.2. El Mercado de la Publicidad

En cuanto al reparto de la torta publicitaria en el ámbito de la televisión, de acuerdo a las cifras de la consultora Megatime, citadas por la profesora Mönckeberg, el canal que en el año 2008 se llevó la mayor cantidad de la inversión en publicidad realizada en los medios de comunicación social, fue Televisión Nacional de Chile con un 19,21%, seguido por Canal 13 con un 9,27%, Chilevisión con un 8,94%, Megavisión con un 8,39%, La Red 6,62%; por último encontramos a los canales con menos participación en la torta, como son Telecanal con un 1,29% y Canal 5 de la Universidad Católica de Valparaíso, con un 1,04%.

Si ahora vemos las cifras referidas sólo a la inversión publicitaria referida a la televisión abierta, nos encontramos con el siguiente panorama: en primer lugar encontramos a Televisión Nacional de Chile, con un 35% de toda la televisión abierta. En segundo lugar se encuentra el canal de la Universidad Católica de Chile con casi el 17%, mientras que el tercero lugar es ocupado por Chilevisión con un 16,2% y el cuarto por Megavisión con un 15,3%. Posteriormente se encuentra La Red con 6%, Telecanal con 2,3% y, por último, el canal de Universidad Católica de Valparaíso con sólo el 1,9 % lo invertido en televisión abierta.

4.2.3. La participación en las audiencias

Antes de entrar en las cifras acerca de la audiencia de los canales de la televisión abierta nacional, debemos hacer notar la diferencia que existe entre los distintos sectores socioeconómicos en cuanto al consumo de este tipo de televisión. Según una encuesta realizada por el Consejo Nacional de Televisión el año 2008, recogida por la profesora Mönckeberg en su trabajo, los sectores C2, C3 y D son los que más tiempo le dedican a la televisión abierta en comparación a los del estrato ABC1⁸⁴.

La audiencia televisiva se mide a través de la tecnología “people meter”. La introducción de este sistema de medición ha producido que la competencia entre los canales por lograr el mayor número de televidentes se haya disparado, toda vez que el rating se ha vuelto el indicador más importante para las inversiones en publicidad, con

⁸⁴ MÖNCKEBERG, María Olivia, op. cit., p. 425.

todas las consecuencias que ello trae para la calidad de la programación televisiva. En este sentido, en el mercado de la televisión encontramos similitudes con el de la prensa escrita, debido a que “la televisión también participa de un mercado dual dentro del que se establecen complejas relaciones entre los niveles de audiencia (medidos a través del rating) y el mercado de los avisadores que usan a los medios para llegar hasta sus públicos objetivos”⁸⁵.

En cuanto a las cifras de audiencia⁸⁶, en primer lugar se encuentra Televisión Nacional de Chile con un 12,6% de rating promedio en el período estudiado, seguido por el canal de la Universidad Católica de Chile con un 11,0%, Megavisión con un 8,7%, Chilevisión 7,6%, La Red con 3,7%, Telecanal con un 1,05, para terminar con el canal de la Universidad Católica de Valparaíso con un 0,8%.

5. Concentración de medios y libertad de comunicación en Chile

Una de las características fundamentales de la estructura de los medios de comunicación en Chile, es su concentración⁸⁷. Si miramos la propiedad de

⁸⁵ CORRALES, Osvaldo y SANDOVAL, Juan, op. cit., p.16.

⁸⁶ Cada punto de rating equivale a 18.249 hogares. Estos datos son aportados por MÖNCKERBERG, Olivia, op. cit., p. 445.

⁸⁷ En efecto, Mastrini y Becerra concluyen de un trabajo realizado el año 2007, que el Índice de Concentración en los medios de comunicación social en Chile es el más alto de Latinoamérica, lugar que comparte nuestro país con Perú, Uruguay y Venezuela, lo cual significa la existencia de una estructura oligopólica fuertemente asentada, MASTRINI, Guillermo y BECERRA, Martín, Presente y tendencias de la concentración de medios en América Latina, Zer. Revista de Estudios de Comunicación, vol. 12, n° 22, 2007, p. 15-40. ? [en línea] < <http://www.stps.metu.edu.tr/stpswp/series05/0508.pdf>> [consulta: 05 de febrero de 2011].

éstos, se impone la conclusión de que en ambos sectores se observa una estructura oligopólica (en el caso de la televisión está reducida a 4 empresas, mientras que en la prensa escrita sólo a 2). Esto no sólo desde el punto de vista del control de los medios, “sino también desde el punto de vista de la participación que tiene en el mercado de las audiencias y en el de la inversión publicitaria”⁸⁸, como queda de manifiesto en las discrepancias existentes entre el número de circulación y lectoría en la prensa escrita o respecto al rating en la televisión y inversión en publicidad. Esto lleva a la conclusión de que es más que el simple mercado el que influye en la actual concentración de medios existente en Chile, constituyéndose los factores ideológicos en razones de peso para comprender estas incoherencias.

Como señalan Corrales y Sandoval en sus conclusiones, el tradicional concepto de oligopolio parece no ser suficiente para explicar la realidad de los medios de comunicación en Chile, por lo que debería introducirse un término que constatará el carácter político involucrado en esta cuestión. Proponen, entonces, la noción de “monopolio ideológico”, concepto que representaría de mejor forma el conjunto de factores que determinan la actual situación de los medios en nuestro país:

“En efecto, una característica del empresariado nacional es su alto nivel de uniformidad ideológica, que en lo económico se expresa en un alto nivel de compromiso con el modelo neoliberal y en lo cultural en un fuerte conservadurismo valórico, de modo de que cuando actúan como avisadores utilizan la inversión publicitaria como una herramienta para fortalecer a aquellos medios

⁸⁸ CORRALES, Osvaldo y SANDOVA, Juan, op. cit., p. 16.

que le son más afines, introduciendo una distorsión en el mercado que dificulta la aparición de otras expresiones”⁸⁹.

Otro aspecto relevante para las libertades de comunicación tiene que ver con los problemas para la diversidad que se producen cuando existen presiones directa o indirecta por parte de los avisadores, para determinar los contenidos de la comunicación. Los efectos nocivos que tiene esta práctica son producto de que “lo que queda excluido de la discusión pública, y por tanto, sometido a un proceso progresivo de invisibilización, son una serie de contenidos específicos que se oponen en distinto grado a los intereses de los actores dominantes del mercado”⁹⁰. Razón por la que el rol de formadores de opinión pública de los medios de comunicación se tergiversa, al terminar siendo utilizados como medios para formar una opinión pseudo-pública guiada por los intereses de los grupos de poder. La prensa escrita y la televisión entran así en una dinámica de “categorizaciones acompañado de censuras y autocensuras, pero también de ejercitación de un cierto poder fáctico que les permite imponer en la agenda pública temas que no necesariamente corresponden a las preocupaciones de fondo de la sociedad civil, pero sí a los intereses de las elites dominantes”⁹¹.

Esta situación presente en todos los tipos de medios, se puede ver reflejado muy bien en la televisión, en donde para González es posible observar:

⁸⁹ Ibid., p. 19.

⁹⁰ Ídem.

⁹¹ GONZÁLEZ, Gustavo, Juan, op. cit., p. 12.

“Como en la prensa escrita, los contenidos programáticos de la televisión abierta no dejan gran espacio a la imaginación ni a la diversidad, salvo en la oferta de pequeños canales de orientación cultural que tienen una audiencia muy baja. La uniformidad es un rasgo evidente en los noticieros, que se transmiten en horarios simultáneos en los cuatro principales canales, no solo con las mismas noticias en cuanto a la selección de acontecimientos, sino también con los mismos enfoques y las mismas apuestas de encantamiento del público: abundante crónica roja, mucho fútbol, escasas coberturas internacionales y de temas culturales y científicos, sustituidos por el despliegue de la frivolidad”⁹².

⁹²Ibid., p. 2.

CAPÍTULO III: LA DOBLE DIMENSIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA LIBERTAD DE COMUNICACIÓN

1. La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales

Por regla general cuando se habla de derechos fundamentales, se hace referencia a una pretensión subjetiva para obtener la tutela estatal ante la interferencia en un ámbito vital protegido. Sin embargo, al proceder de esta forma se omite la otra cara de los derechos fundamentales, olvidada por mucho tiempo por la doctrina. En efecto, durante la segunda mitad del siglo XX existieron grandes avances teóricos en torno a los derechos, siendo uno de los más destacados la revaloración de los derechos fundamentales como **normas objetivas** del sistema jurídico. Hablamos de una revalorización de esta vertiente de los derechos, debido a que éstos desde el principio fueron concebidos como algo más que derechos subjetivos; desde su nacimiento tuvieron la pretensión de ser normas que regían todo el ordenamiento jurídico.

Debido a la interpretación que se les dio durante un cierto periodo histórico, coincidente con lo que en este trabajo hemos denominado modelo de sociedad burguesa, los derechos fundamentales fueron entendidos desde un punto de vista netamente negativo, reduciéndolos a meros derechos subjetivos. La vertiente revolucionaria que tenían en sus orígenes, en tanto normas universales obligatorias para toda la sociedad, quedó en el olvido. No fue hasta la segunda posguerra del siglo recién pasado, en que la dimensión objetiva de los derechos fundamentales volvió a ser valorada, constituyéndose estos derechos en algo más que pretensiones normativas subjetivas, siendo considerados también como normas objetivas del sistema jurídico y, en este sentido, vinculantes para todos.

Para poder entender la relevancia que tiene hoy, en la discusión constitucional la revaloración de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, es necesario hacer un breve análisis del origen y función de éstos en términos histórico-conceptual.

Los derechos fundamentales nacieron ligados a un modelo de sociedad específica, la sociedad burguesa. Si bien con anterioridad existieron fueros o privilegios que la autoridad política debía respetar, sólo en la modernidad podemos hablar de derechos fundamentales de forma estricta. En este modelo social los derechos fundamentales cumplieron la función de resguardar la autonomía de la sociedad ante el Estado, razón por la cual cobró mayor importancia su faz subjetiva, más nunca dejaron de poseer una dimensión objetiva, por más devaluada que ésta estuviera.

Si se reflexiona sobre el contenido normativo de los derechos fundamentales, éstos desde siempre tuvieron un contenido de derecho objetivo que se plasmaba en todo el ordenamiento, toda vez que en términos lógicos, estos derechos sólo podían tomar la forma de derechos de defensa, cuando existiera una organización estatal que pudiera intervenirlos. Así, la relevancia de los derechos fundamentales como derechos subjetivos, se explica por las determinadas circunstancias históricas en que se efectuó su desarrollo.

Debido a que el disfrute de la libertad que protegían los derechos fundamentales necesitaba de ciertas condiciones materiales, que la gran mayoría de los sujetos no poseía, se produjo un conflicto con el carácter universal de las pretensiones normativas de éstos. Para que todos pudieran disfrutar una igual libertad era necesario afectar la libertad formal de algunos, en pro de la libertad material de otros, por lo que "los derechos fundamentales universales se convirtieron en una amenaza para los intereses específicamente burgueses y desencadenaron las consiguientes reacciones de éstos: reacciones que no consistieron tanto en el

abandono de los derechos fundamentales, que se observa más bien en el marxismo, como en una **interpretación defensiva** de éstos”⁹³.

2. La dimensión subjetiva de los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales desde esta perspectiva aparecen como garantías que se proponen defender a la esfera de existencia individual, frente a ataques de terceros, especialmente el Estado. Sin embargo, el alcance de los derechos no se limita sólo a la defensa jurídica, sino que “al sentido negatorio o defensa se añade una significación positiva no menos importante: se trata también de que la persona haga uso de esta libertad”⁹⁴. Desde el punto de vista subjetivo, los derechos fundamentales otorgan protección a espacios vitales de la personalidad, reconocidos en las constituciones, estableciendo la facultad del titular de incoar la protección de la justicia, en caso de violación.

3. La dimensión objetiva de los derechos fundamentales

Como ya se ha adelantado, los derechos fundamentales tuvieron desde un principio una esfera objetiva la que, sin embargo, por razones históricas se mantuvo subordinada al carácter de derecho público subjetivo de éstos. Sólo a partir de la segunda mitad del siglo XX esta dimensión comenzó a ser revalorada debido al advenimiento del modelo social del Estado de Bienestar. A raíz de los cambios sociales

⁹³ GRIMM, Dieter. Constitucionalismo y derechos fundamentales, Madrid, Editorial Trotta, 2006. p. 104.

⁹⁴ HESSE, Conrado. Significado de los derechos fundamentales, En: Manual de Derecho Constitucional, ed. por Benda et al, 2da edición, Madrid, España, Editorial Marcial Pons, 2002, pp.90-91.

y jurídicos ya estudiados en el primer capítulo, los derechos fundamentales no podían sino verse tocados en cuanto a su función⁹⁵.

Desde la óptica de la dimensión objetiva, los derechos fundamentales tienen el carácter de **principios jurídico-objetivos** del orden constitucional. Su relevancia para la discusión contemporánea comienza con una muy comentada sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 1958: el caso *Lüth*. Esta importante decisión constitucional se puede sintetizar de la siguiente forma: En la constitución los derechos fundamentales se destinan en primer lugar a “asegurar una esfera de libertad del individuo frente a las intromisiones del poder público. Al mismo tiempo, La Ley Fundamental que no quiere ser de ningún modo un orden neutral ante los valores, ha erigido en la sección correspondiente a los derechos fundamentales un orden axiológico objetivo, y en él se expresa con valor de principio un robustecimiento de la fuerza normativa de los derechos fundamentales. Este sistema de valores, cuya médula radica en la personalidad humana actuando libremente en el seno de la sociedad constituida así como en la dignidad de la persona, debe regir como decisión constitucional básica en todas las esferas del derecho: de él reciben orientación e impulso la legislación, la administración y la actividad jurisdiccional”⁹⁶.

⁹⁵ Resulta fundamental hacer hincapié acerca del cambio de función que sufrieron los derechos fundamentales, más no de contenido. Para esto podemos acudir a Grimm el cual señala: “Conocer esto resulta importante para la pregunta aquí planteada, pues muestra que no fueron los derechos fundamentales, sino una determinada interpretación de los mismos, lo que determinó el fomento de los intereses de la burguesía. Por ello sólo parece consecuente vincular las correcciones a la Ley Fundamental en términos de Estado Social, no al contenido de los derechos fundamentales, sino a su función. En tales circunstancias, los derechos fundamentales no están abocados al fracaso por una tendencia incorporada a ellos en favor de los intereses burgueses. Más bien su futuro depende de si el valor supremo al que dan expresión jurídica, a saber, la libertad individual igual, sigue siendo capaz de producir consenso”. GRIMM, Dieter, op. cit., p. 105.

⁹⁶ Ibid., p. 92.

Entre efectos que genera el carácter de principios objetivos de los derechos fundamentales encontramos: efecto entre terceros, irradiación a todo el sistema jurídico, deberes de protección, entre otros. En este lugar no podemos ahondar en todos los aspectos de esta cuestión, pero sí haremos un estudio respecto a este efecto irradiador, debido a que es posible proyectar consecuencias relevantes para el tema de esta investigación, a saber: que la obligación del Estado respecto a los derechos fundamentales no es sólo negativa, sino que también es positiva, por lo que a éste le viene impuesta la realización de todo lo posible para la efectiva realización de éstos, incluso cuando no existe una pretensión subjetiva de por medio.

Un rasgo esencial de este cambio de paradigma en relación a los derechos fundamentales, es el rechazo a la interpretación formalista y la revaloración de la interpretación material de éstos. Uno de los autores que más ha aportado al desarrollo de esta teoría es Peter Häberle, por lo cual dedicaremos las siguientes páginas a exponer su teoría de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, enraizada en su concepción institucional de éstos.

Häberle en su obra, ya clásica, “La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn” constata cómo la dogmática constitucional ha estudiado los derechos fundamentales, dejando de lado el análisis de su efectiva realización y, por lo tanto, la dimensión objetiva de éstos como pilares del Estado Democrático Constitucional. Para este autor, los derechos fundamentales son un fenómeno complejo en que se entrecruzan normatividad y realidad, por lo que éstos son “por un lado, expresión de un ordenamiento de libertad ya realizado y, simultáneamente, son presupuesto para que este ordenamiento se constituya de nuevo

una y otra vez a través de la actuación en libertad de todos”⁹⁷. Es decir, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, pero al mismo tiempo juegan un papel trascendental desde punto de vista social y político. Por lo tanto, Häberle entiende que los derechos en el Estado Constitucional se garantizan: 1) a favor del individuo; 2) por cumplir una función social⁹⁸; 3) por constituir un fundamento funcional de democracia.

Los derechos fundamentales en el Estado actual ya no cumplen una simple función de defensa, es decir, no pueden ser entendidos simplemente desde el punto de vista de sus titulares. En el Estado Constitucional los derechos fundamentales cumplen una función social, al garantizar esferas de la vida social –la opinión pública libre, por ejemplo. Esta función se vuelve efectiva, mediante la organización de complejos normativos en donde los derechos en abstracto, se vuelven reales a través de relaciones sociales generadas a partir de la idea matriz del derecho⁹⁹. Es por esto que Häberle le da una gran importancia al legislador en la configuración de los derechos

⁹⁷ HÄBERLE, Peter. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de ley, Madrid, Editorial Dykinson, 2003, p. 7.

⁹⁸ En Chile el Profesor Pablo Ruiz-Tagle ha sostenido la existencia de una función social de todos los derechos fundamentales, ligada a la teoría del profesor Häberle: “Otro tanto podemos decir respecto desde el punto de vista comparado de función social que es concebida y predicada como una característica de todos los derechos, no sólo de la propiedad como se ha dispuesto en Chile. En definitiva, es importante considerar que el subsistema jurídico de los derechos fundamentales chileno es parte de un conjunto mayor que se forma por una serie de subsistemas que coexisten en el tiempo y que se retroalimentan entre sí, porque tal como lo ha explicado Häberle existe una sociedad abierta de los intérpretes de los derechos fundamentales” RUIZ-TAGLE, Pablo. Una visión democrática y liberal de los derechos fundamentales para la Constitución chilena del Bicentenario, Andrés Bordalí Salamanca (coordinador), Justicia Constitucional Y Derechos Fundamentales, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2006, p. 126.

⁹⁹ “La concepción institucional de los derechos fundamentales no permite una comprensión de éstos exclusivamente normativa, ni aun cuando la misma se refiriese al plano constitucional, que ignore la suerte de las relaciones sociales o ámbitos vitales que dichos derechos fundamentales contemplan. De modo que el derecho fundamental como institución es inseparable de su vigencia efectiva, de su observancia en la vida de la comunidad por un número significativo de sus titulares”. SOLOZABAL, Juan José. La libertad de expresión desde la Teoría de los derechos fundamentales, Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, (32), mayo-agosto 1991, p. 92.

fundamentales, ya que éstos involucran la obligación para éste de crear las normas necesarias para que la libertad cobre realidad social. En este sentido, es que el autor habla de *libertad en el derecho*.

Para Häberle, nos señala Gavara, “los derechos fundamentales poseen carácter social en la medida que necesitan ser configurados y desarrollados para su ejercicio. Cualquier ejercicio de los derechos fundamentales es actividad social en mayor o en menor medida”¹⁰⁰. Esta función social de los derechos, trata de explicar el significado específico de los derechos fundamentales para la comunidad. Así, “los derechos fundamentales son medios adecuados para cumplir funciones sociales, es decir, no hay ningún derecho a través del que no se satisfaga una función social”¹⁰¹.

Así mismo, se rescata en esta obra la función política que cumplen los derechos fundamentales: en las democracias modernas los derechos fundamentales resguardan la posibilidad de que la minoría puede llegar a ser mayoría, no sólo asegurando derechos políticos, sino que también permitiendo la deliberación pública a través de los derechos de comunicación y los derechos sociales.

Pese a la relevancia política de los derechos, nuestro autor nos recuerda que:

¹⁰⁰ GAVARA, Juan Carlos. Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn, Madrid, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 100.

¹⁰¹ MAGDALENO, Antonio. Los límites de las libertades de expresión e información en el Estado social y democrático de Derecho, Madrid, Congreso de los Diputados, 2006, p. 77.

“Una concepción funcional de los mismos no puede lograrse a costa de su significación individual. Los derechos fundamentales son garantizados no sólo para el logro de un resultado colectivo, sino que también se garantizan en los singulares sectores de la vida a favor del desarrollo de la personalidad individual”¹⁰².

Otro aspecto fundamental de la teoría del profesor Häberle es el carácter institucional de los derechos fundamentales, comprendiendo éstos como ámbitos vitales garantizados constitucionalmente, aquellos espacios en donde los derechos como pretensiones subjetivas cobran realidad a través de su ejercicio. La dimensión institucional considera que cada derecho tiende a realizar su propio valor o fin, el cual se encuentra en su fundamento. Así, si los derechos fundamentales se abordan desde el punto de vista de sus titulares, se manifiestan como derechos públicos subjetivos, mientras que sin son considerados a partir de las relaciones vitales, se manifiestan como **institutos**. Poseen una impronta personal y otra objetivo-institucional¹⁰³. Esta posición institucional de los derechos fundamentales, reconoce que más allá del aspecto subjetivo, éstos “tienen el carácter de principios objetivos de ordenación de los ámbitos sociales protegidos por los derechos fundamentales. Éstos se desarrollan y realizan mediante regulaciones normativas de tipo institucional que reglamentan relaciones sociales y los hechos materiales en los que dichas relaciones son válidas”¹⁰⁴.

¹⁰² Ibid., pp. 13-14.

¹⁰³ Ibid., p. 74.

¹⁰⁴ GAVARA, Juan Carlos, op. cit., p. 77.

En la teoría institucional se conjugan tres niveles, los cuales son inherentes a los derechos fundamentales: el Constitucional, el infraconstitucional y el social. Ahora bien, por institución no se entiende una figura organizacional de carácter política reconocida por la Constitución, sino que cuando hablamos de institución nos referimos a un “conjunto de relaciones vitales objeto de normación jurídica encabezada por el precepto constitucional que enuncia el derecho fundamental y preside su régimen”¹⁰⁵.

Estas dos esferas de los derechos fundamentales no pueden ser entendidas de forma separada, debido a que entre ellas existe una relación en donde cada una se refiere a la otra. Lo esencial de esta idea, es que los derechos fundamentales como derechos subjetivos, no pueden tener eficacia sin ser ejercidos por sus titulares; mientras que como institutos, necesitan de un ejercicio constante en el tiempo, por un gran número de sujetos. El carácter objetivo de los derechos para existir, necesita de determinadas estructuras normativas que permitan que los derechos subjetivos, se desarrollen en torno a la idea de libertad que engendran –su idea matriz. Häberle, así, vincula los aspectos individuales con los institucionales, resaltando la conexión que existe entre el derecho como idea y el “ámbito social garantizado institucionalmente”¹⁰⁶.

Los derechos como principios objetivos necesitan de un desarrollo normativo, para poder llegar a tener eficacia jurídica real, por lo que el papel del legislador se vuelve prioritario. La libertad, por lo tanto, no puede ser entendida como algo anterior al Estado o al derecho, sino por el contrario, la libertad existe de forma concreta en el derecho, a través de normas que entregan las vías por las cuales ejercerla. Los derechos fundamentales “se transforman en algo objetivo-institucional, en instituciones a través de la existencia de los correspondientes, y muchas veces recepcionados,

¹⁰⁵SOLOZABAL, Juan José, op. cit., p. 92.

¹⁰⁶ GAVARA, Juan Carlos, op. cit., p. 103.

complejos normativos, que han de considerarse tales puesto que las normas jurídicas individuales que los componen se fusionan en una íntima unidad, en la que se expresa la idea objetiva del derecho fundamental¹⁰⁷. El aspecto institucional, entonces, “contribuye a determinar la orientación, la garantía, el contenido y la finalidad de los derechos fundamentales. Las decisiones de los individuos sobre el ejercicio de los derechos fundamentales quedaría sin efecto jurídico si no existiera un complejo normativo que configurara los derechos fundamentales”¹⁰⁸.

Con la dimensión institucional de los derechos fundamentales, se le da un giro democrático a la interpretación de los derechos en general, debido a que el aspecto sociopolítico no vendría a ser externo, un complemento al estudio de los derechos desde fuera (desde la ciencia política, la filosofía u otras disciplinas), sino que se estructuraría como un pilar interno al sistema de los derechos, e interno a la labor interpretativa de la dogmática de los derechos.

Como es lógico, una concepción institucional de los derechos fundamentales, determina una transformación respecto a la labor de legislador. Como ya se ha adelantado, la legislación tiene una gran importancia desde este punto de vista, debido a que tiene el deber de desarrollar las normas que permitan la concreción de los derechos fundamentales, establecidos en la Constitución sólo en cuanto a su idea matriz. Esto trae como consecuencia “el reconocimiento de un deber del legislador de llevar a cabo una regulación que se adapte a lo largo del tiempo: el legislador debe prestar atención a los desarrollos de la vida efectiva en sus regulaciones”¹⁰⁹. Por lo tanto, el Estado no debe sólo “evitar interferir en los derechos fundamentales, sino que

¹⁰⁷ Ibid., p. 97.

¹⁰⁸ Ibid., p. 103.

¹⁰⁹ Ibid., p. 110.

también es responsable de promoverlos mediante políticas sociales afirmativas (affirmative action)¹¹⁰ en los diversos ámbitos como son la salud, educación, el trabajo, y, obviamente, respecto de las libertades de comunicación.

A partir de esta transformación de la labor de la legislación, llegamos a la segunda gran tesis de Häberle, que dice relación con la institución de la reserva de ley. Respecto a ésta se produce una inversión en la forma tradicional en que se ha entendido, como límite al Estado, redefiniéndose la función del legislador en forma positiva: la de crear los complejos normativos que hagan efectivos los derechos fundamentales como institutos. Las normas, por así decirlo, sustentarán “desde abajo” a los derechos fundamentales como institutos jurídico-constitucionales¹¹¹. Sin embargo, la inversión de esta institución no puede significar que el legislador no tenga límites, en cuanto a sus posibilidades de crear normas en relación a un derecho fundamental, ya que esto atentaría en contra de la dimensión subjetiva, y debilitaría la función de los derechos fundamentales en cuanto normas vinculante para éste.

Lo que se quiere resaltar con esta nueva forma de entender la reserva legal, es que una concepción individualista, abstracta y formal de los derechos, deja de ver la importante labor que tiene el legislador en la tarea de desarrollar y configurar los derechos fundamentales, con el fin de que éstos tengan una vigencia efectiva en la sociedad. Por lo tanto, “la significación institucional de los derechos fundamentales, su carácter de instituto, es, por un lado: autorización al legislador para conformar y limitar la libertad; y por otro lado, es límite para el legislador, el legislador no puede, con ocasión de sus regulaciones en el ámbito de los derechos fundamentales, violar los

¹¹⁰ RUIZ-TAGLE, Pablo y CRISTI, Renato. La República en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo Republicano, Santiago, Editorial LOM, 2006, p. 41.

¹¹¹ Ibid., p. 153.

derechos fundamentales como institutos ni puede poner en cuestión el significado institucional de tales derechos”¹¹².

Excurso: sobre la diferencia entre la concepción institucional de los derechos fundamentales y el concepto de garantía de instituto.

Pese a que a primera vista, existen similitudes que entre ambas categorías, podemos encontrar fundamentales diferencias. La garantía de instituto, es una elaboración doctrinal que se generó durante la República de Weimer, y cuyo autor es Carl Schmitt. La teoría de la garantía de instituto se postula como contrapuesta al concepto de derechos fundamental, como una forma de proteger ciertas instituciones, reconocidas por la Constitución, con el fin de que no fueran desvirtuadas o eliminadas por el legislador. Schmitt emplea “expresamente la categoría *garantía institucional*, cuyo contenido y significado se establecen en contraposición a los de *derecho de libertad*. Los derechos de libertad son ilimitados y preestatales”¹¹³, mientras que la garantía se refiere a una institución que existe en el Estado, cuyo contenido y alcance, o verdadera configuración son fijados por el legislador, aunque éste no pueda suprimirla. Esta teoría supone un concepto de libertad pre estatal y anterior al derecho, razón por la cual las regulaciones que el legislador puede realizar en materia de derechos fundamentales deben ser excepcionales; “sólo quien, en contra de C. Schmitt, reconoce una actividad obligatoria y no sólo excepcionalmente admisible del legislador en el ámbito de los derechos fundamentales para determinar su contenido y conformarlos y crear complejos normativos –la legislación experimenta con ello una

¹¹² Ibid., p. 121.

¹¹³ SOLOZABAL, Juan José, op. cit., p. 86.

revalorización que no en raras ocasiones le es escatimada –, puede hablar de una dimensión institucional de los derechos fundamentales¹¹⁴.

Como sostiene Gavara, las regulaciones constitucionales calificadas de garantías de instituto tienen “la finalidad de hacer imposible la supresión de la institución a través del desarrollo legislativo ordinario. La garantía institucional no se basa en la idea de una esfera de libertad ilimitada (como en el caso de los derechos de libertad), sino en la idea de un mecanismo técnico para la protección de un objeto material reconocido, circunscrito, implantado, establecido y fundado por la Constitución que es limitado en cuanto a sus atribuciones, ya que existe en el marco del Estado al servicio de ciertos fines, aun cuando sea admisible una cierta universalidad de su círculo de actuación”¹¹⁵.

4. La libertad de comunicación en la Teoría de los Derechos Fundamentales

4.1. La libertad de comunicación

La doctrina Alemana bajo el alero de la Ley Fundamental de Bonn, ha desarrollado un análisis bastante detallado de las llamadas libertades o derechos de comunicación. Este análisis parte de una concepción más compleja del derecho, ligada a los cambios que se han producido en el Estado Constitucional. Fundamentalmente se trata de una aproximación que prescinde

¹¹⁴ HÄBERLE, Peter, op. cit., p. 95.

¹¹⁵ GAVARA, Juan Carlos, op. cit., p. 91.

de la separación entre Estado y sociedad, que asume que la Constitución pretende establecer un modelo normativo de Estado y de sociedad, por lo que el derecho debe garantizar posibilidades reales para su desarrollo. Por lo tanto, “junto a la interpretación de los derechos fundamentales como derechos de defensa del individuo hay que reconocer un “estrato programático” de la norma fundamental que, entre otras cosas, encomienda al Estado *apoyar, asegurar y consolidar* la libertad amenazada”¹¹⁶.

El Estado tiene el deber de asegurar las condiciones para que sea posible poner en práctica, la libertad que la Constitución asegura a los sujetos. Esta protección debe plasmarse en las dos dimensiones de los derechos fundamentales antes estudiadas, asumiendo una relevancia cada vez mayor la garantía de la dimensión objetiva de la libertad de comunicación, debido a las nuevas circunstancias sociales. Así las cosas, el ámbito fundamental que viene a garantizar y regular la libertad en la comunicación, se desarrolla en una organización comunicativa dentro de Estado Constitucional, y “protege el desenvolvimiento subjetivo en la *comunicación*, es decir, la aceptación de los papeles que desempeñan el comunicador y el receptor. Pero también queda protegido ese desenvolvimiento *mediante* la comunicación, por ejemplo, aprovechando la información reunida como orientación en relaciones individuales y sociales y contribuyendo a formar la voluntad social y estatal”¹¹⁷. Se puede resumir, entonces, que la libertad de comunicación, en cuanto a su

¹¹⁶ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang, Libertad de comunicación y de medios, En Manual de Derecho Constitucional, ed. por Benda et al, 2da edición, Madrid, España, Editorial Marcial Pons, 2002, p. 146.

¹¹⁷ Ídem.

contenido “abarca el derecho a expresarse, a informar y a ser informado, sin censura previa”¹¹⁸.

4.2. La dimensión subjetiva de la libertad de comunicación

En el derecho comparado se ha diferenciado un derecho general de libertad de comunicación, él cual incluye una serie de libertades de comunicación específicas garantizadas a los sujetos jurídicos. Hoffmann-Riem, partiendo del artículo 5 de la Ley Fundamental, las clasifica de la siguiente forma¹¹⁹:

Libertad de comunicación¹²⁰

1. Libertad de expresión
2. Libertad de prensa
3. Libertad de medios
4. Derecho de acceso a la información

¹¹⁸ CORREA, Sofía y RUIZ-TAGLE, Pablo. Ciudadanos en democracia. Fundamentos del sistema político chileno, Santiago, Editorial Debate, 2010, p. 197.

¹¹⁹ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Retos que la Libertad de Comunicación plantea al Derecho, Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED (19), 2002, p. 160.

¹²⁰ El artículo 5 de la Ley Fundamental de Alemania garantiza la Libertad de Opinión, el tenor literal del artículo es el siguiente:

“Artículo 5

(1) Toda persona tiene el derecho a expresar y difundir libremente su opinión oralmente, por escrito y a través de la imagen, y de informarse sin trabas en fuentes accesibles a todos. La libertad de prensa y la libertad de información por radio, televisión y cinematografía serán garantizadas. No se ejercerá censura.

La libertad de comunicación en general, o las libertades de comunicación, se encuentran dentro de la categoría de aquellos derechos fundamentales que permiten participar en igualdad de oportunidades, en el proceso de formación de la opinión y la voluntad pública¹²¹.

La **libertad de expresión** protege la manifestación y difusión de opiniones (libertad del comunicador). Dentro del concepto de opinión se abarca no sólo los juicios de valor en sentido amplio, sino que también comprende las meras comunicaciones de hechos. Esta garantía “protege la transmisión de informaciones con independencia de que procedan de la esfera particular o se transmitan como ajenas. La protección no depende de su respectivo contenido, de valor determinado alguno, o de los motivos del que las transmite”¹²². La libertad de expresión protege tanto el proceso de comunicación, como el resultado de éste.

La libertad de expresión aseguraría “el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier

(2) Estos derechos tienen sus límites en las disposiciones de las leyes generales, en las disposiciones legales adoptadas para la protección de la juventud y en el derecho al honor personal.

(3) El arte y la ciencia, la investigación y la enseñanza científica son libres. La libertad de enseñanza no exime de la lealtad a la Constitución”.

¹²¹ HABERMAS, Jürgen. Facticidad y Validez, op. cit., p. 189.

¹²² HOFFMANN-RIEM, Wolfgang, Libertad de comunicación y de medios, op. cit., p. 159.

otro medio de reproducción”¹²³, a lo cual debe agregársele “las creencias y los juicios de valor que, al igual que los pensamientos, ideas y opiniones, por su naturaleza no están sometidos a la demostración de exactitud”¹²⁴. Sin embargo, la garantía de la libertad de expresión protege en términos estrictos una actividad, como es la comunicación sin obstáculos del pensamiento, lo que la diferencia del resto de las garantías comunicativas, en especial del derecho a la información o al acceso a la información.

La **libertad de prensa**, muy ligada a la de medios, garantiza la posibilidad de establecer medios de comunicación sin que exista un control en cuanto a los contenidos por el Estado, o asimismo, por particulares.

La **libertad de medios** es “la libertad de mediación informativa a través de un medio de masas y, en concreto, la libertad de elaborar los contenidos y su difusión hasta su llegada a los receptores”¹²⁵. La comunicación de masas se caracteriza por tratarse de una comunicación, “accesible para la generalidad (*como público discrecional*) o para una parte de ella, y su contenido se distribuye o difunde utilizando medios adecuados (por ejemplo, impresos, radio o películas)”¹²⁶. La protección otorgada a través de esta garantía, debe ser analizada teniendo en cuenta la relevancia que los medios de comunicación de masas han adquirido en la actualidad para el sistema de comunicaciones de una sociedad. La especial protección con que cuentan responde a la función pública que juegan en el orden constitucional. De esta función “deriva la

¹²³ MAGDALENO, Antonio, op. cit., p. 121.

¹²⁴ Idem.

¹²⁵ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang, Libertad de comunicación y de medios, op. cit., p. 160.

¹²⁶ Ibid., p. 161.

relación que existe entre la libertad de medios (...) y la libertad de expresión e información”¹²⁷.

La regulación constitucional y legal de los medios, por ende, se relaciona íntimamente con el desarrollo y ejercicio de la libertad de expresión, teniendo en cuenta que para que la información y las diversas opiniones puedan fluir a través de la sociedad, son necesarios medios adecuados que las transmitan a todas las esferas de ésta. Por lo que garantizar la libertad de medios se vuelve una forma de garantizar la libertad de opinión y de información, un deber que todo Estado Constitucional debe asumir como prioritario.

El **derecho de acceso a la información o derecho a la información** está intrínsecamente ligado al derecho a informar, debido a que la información es generada y dirigida a un receptor, al cual también se le debe garantizar las posibilidades de poder recibirla. En este sentido se señala que “el derecho a ser informado está dirigido al sujeto pasivo que es el receptor de la información brindada”¹²⁸. Este derecho resulta fundamental para poder conocer los asuntos de relevancia pública, y expresar una postura teniendo la información relevante para poder hacerse una idea del asunto. Esto coincide con un cambio de la teoría y práctica de los derechos fundamentales ocurrida en la segunda mitad del siglo XX, la cual entiende que el titular de la información no será el dueño de los medios de comunicación, sino que toda persona.

¹²⁷ Ibid., p. 163.

¹²⁸ NOGUEIRA, Humberto. El derecho a la libertad de opinión e información y sus límites, Santiago, Chile, Editorial LexisNexis, 2002, p. 33.

Así las cosas, la teoría y la práctica democrática entienden que “la libertad de información, de expresión deviene en un derecho: el derecho a la información con todas las consecuencias normativas que implica esta nueva concepción”¹²⁹. Las facultades que integran el derecho a la información serían las siguientes¹³⁰:

- a. La facultad de recibir información.
- b. La facultad de investigar.
- c. La de difundir ideas, opiniones e informaciones.

Tal como ha quedado reflejado anteriormente, la complejidad del proceso de comunicación humana en las sociedad contemporánea, impide que los propios sujetos puedan ejercer todos sus atribuciones respecto a este proceso, y en este lugar, por atribuciones podemos entender ahora las facultades que el derecho a la información les atribuye, ya que, “poner en forma los mensajes informativos y constituir medios de comunicación suele estar fuera de las posibilidades de la población, ya que carecen de tiempo, recursos y organización para ejercer por sí misma las facultades de investigación y difusión”¹³¹. Por lo tanto, “bajo esta idea se entiende que el público confiere un mandato tácito y social a los medios de comunicación que posibilitaría el goce de las facultades del quehacer periodístico que es investigar y difundir ideas, opiniones e informaciones”¹³².

¹²⁹ ANGUIA, Pedro. El Derecho a la Información en Chile, Santiago, Chile, Editorial LexisNexis, 2005, p. 31.

¹³⁰ Ibid., p. 32.

¹³¹ Ibid.

¹³² Ibid., pp. 32-33.

En el caso particular de Chile, la Constitución en su artículo 19 N° 12 consagra las libertades de comunicación. La libertad de expresión la encontramos en su inciso primero al establecer que la Constitución asegura a todas las personas “La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa”. La doctrina nacional señala que “el contenido de la libertad de expresión abarca el derecho a expresarse, a informar y a ser informado sin censura previa”¹³³.

Se debe destacar que este derecho asegura una libertad que no puede ser objeto de censura previa. Cuestión significativa teniendo en cuenta que en la historia de Chile, la censura ha sido una constante en relación a la libertad de expresión¹³⁴, encontrando casos recientes en que la censura previa se aplicó para prohibir la circulación de cierta información. Específicamente con el caso ligado a la película “La última Tentación de Cristo”, el sistema de censura cinematográfica quedó derogado de la Constitución y es de esperar que en el futuro, la jurisprudencia comprenda de forma estricta el contenido de esta prohibición¹³⁵. El sistema vigente, por lo tanto, es represivo. Se “ejerce

¹³³ CORREA, Sofía y RUIZ-TAGLE, Pablo., op. cit., p. 197. Dentro de la doctrina nacional encontramos que el profesor Silva Bascuñán señala: “Lo que aquí se asegura es la libertad de abrazar una opinión y de difundirla. Incluye, por lo tanto, la adhesión interior de la persona (...) como la adhesión o rechazo interno a la manifestación externa de su convicción, la que se traduce en la facultad de expresar y dar a conocer a los demás, si cree del caso, por todos los medios a su alcance, los propios pensamientos”, SILVA BASCUÑAN, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional, tomo XII, Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 290. Mientras que los Profesores Verdugo, Pfeffer y Nogueira expresan que esta libertad “se considera como una proyección de la autonomía de la persona humana, ya que, implica el derecho de expresar libremente y sin autorización previa, opiniones política, filosóficas, científicas, religiosas, sea por la palabra, se por la escritura (...) La Libertad de información, para hacer partícipe a los demás de esa opinión, se presenta como un complemento de aquélla” VERDUGO, Mario; PFEFFER, Emilio; NOGUEIRA, Humberto. Derecho Constitucional. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2005, pp. 260-261.

¹³⁴ Ver RUIZ-TAGLE, Pablo. Apuntes sobre libertad de expresión y censura en Chile, Derecho, Justicia y Libertad, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México D.F. 2002, p. 139-170.

¹³⁵ Es de destacar que el Profesor José Luis Cea, pese a sostener que toda censura previa sería ilegítima, con el argumento que ningún derechos fundamentales absoluto, formula una concepción de censura que permite en ciertos casos, en que la intimidad y la honra se ven amenazadas, establecer en pos de su

plenamente la libertad de opinar en cualquier forma y por cualquier medio, pero una vez ejercida, si se cometieron delitos o abusos, se sancionarán en conformidad a la ley”¹³⁶.

Así mismo, esta norma establece en su inciso cuarto la libertad de prensa y de medios, al señalar que “toda persona natural o jurídica tiene el derecho de fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos, en las condiciones que señale la ley”.

Sin embargo, esta norma no consagra expresamente el derecho a la información. Sin embargo la doctrina nacional¹³⁷ ha entendido, por una parte, que este derecho estaría comprendido en la disposición constitucional, debido a que “es, pues, inherente –y en cierto sentido previo- a la consagración de la libertad individual de opinar e informar, el reconocimiento simultáneo, por parte de la sociedad, del derecho de toda persona a informarse, como me ineludible para que pueda conocer la verdad que va a ser percibida por su inteligencia”¹³⁸. De la misma opinión es el profesor Cea que afirma que “la libertad de información conlleva la libertad de acceder a las fuentes de información y

protección límites a la libertad de expresión y, por lo tanto, aplicar censura a ciertas informaciones antes de ser dadas a conocer. Ver CEA, José Luis. Los Derechos a la Intimidad y a la Honra en Chile, Revista Ius et Praxis, vol. 6, n° 2, Talca, Chile, 2000, pp. 153-169.

¹³⁶ MOLINA, Hernán. Derecho Constitucional, Universidad de Concepción, Chile, 1998, p. 200.

¹³⁷ El Profesor Anguita señala el punto de que aunque el derecho a la información no esté expresamente recogido en la Constitución, los Tratados internacionales lo recogen y, en último término, es indiscutible que el derecho a la información con la tridimensionalidad de las facultades que los integran, a saber: difundir, recibir y acceder o buscar ideas o informaciones, forman parte integrante de nuestro ordenamiento jurídico, más aún que como expondremos, aparece recogido en el artículo 1° de la Ley N° 19.733” Ibid., p. 37.

¹³⁸ SILVA BASCUÑAN, Alejandro, op. cit., p. 294.

opinión, la libertad de difundir o comunicar lo hallado en tales fuentes o que proviene de ella, y la libertad de recibir la información, derecho cuya singular relevancia se percibe cuando se entiende que su titular es la comunidad”¹³⁹.

Sin embargo, esta omisión es del todo peligrosa, debido a que en materia constitucional es necesario claridad en cuanto al contenido esencial de los derechos fundamentales, y en este caso en particular, toda vez que como puede apreciarse en las opiniones de los autores antes citados, a este derecho le corresponde como titular la comunidad toda, por lo tanto se niega la posibilidad de que existan pretensión subjetivas de poder ejercer este derecho, con lo cual se niega en gran medida la eficacia a este derecho y las posibilidades de control de su garantía por parte de los Tribunales de Justicia.

Este rechazo se entiende cuando, como señala el profesor Anguita, se tiene en cuenta que “los redactores de la Constitución de 1980 fueron de la idea que no podía imponerse obligaciones o deberes de informar a los medios, pues la existencia de un mercado constituiría la forma más eficaz en asegurar la cobertura de todos los hechos e informaciones de relevancia pública”¹⁴⁰.

Por lo tanto, no es del todo indubitado que la norma consagre este derecho. Pese a esto, la jurisprudencia constitucional y la legislación, han venido a llenar

¹³⁹ CEA, José Luis. Tratado de la Constitución de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1988, p. 97. Los profesores Verdugo, Pfeffer y Nogueira, comparten este juicio: “Aun cuando no se consideró explícitamente el derecho a la información en la preceptiva constitucional, pensamos que aquél forma parte integrante de esta garantía, porque de otro modo, de nada servirá que se aseguran las libertades de emitir opinión y la de información si no se reconoce que los destinatarios -dentro de una régimen democrático- tienen mínimamente el legítimo derecho a una información oportuna ver y objetiva” VERDUGO, Mario; PFEFFER, Emilio; NOGUEIRA, Humberto, op. cit., p. 263.

¹⁴⁰ ANGUITA, Pedro, op. cit., p. 37

este vacío, dándole una mayor certeza al reconocimiento de este derecho. Así, el Tribunal Constitucional en su Sentencia Rol N° 226 afirma que disposición constitucional en estudio, reconoce el derecho a la información: *“19)...si bien en la letra de la Ley Fundamental no aparece consagrado expresamente el derecho a recibir informaciones, éste forma parte natural y se encuentra implícito en la libertad de opinión y de informar, porque de nada sirven estas libertades si ellas no tienen destinatarios reales”*

A nivel legal el artículo primero de la Ley 19.733 viene a reconocer y regular este derecho de forma explícita, al señalar:

“La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, constituyen un derecho fundamental de todas las personas. Su ejercicio incluye no ser perseguido ni discriminado a causa de las propias opiniones, buscar y recibir informaciones, y difundirlas por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan, en conformidad a la ley.

Asimismo, comprende el derecho de toda persona natural o jurídica de fundar, editar, establecer, operar y mantener medios de comunicación social, sin otras condiciones que las señaladas por la ley.

Se reconoce a las personas el derecho a ser informadas sobre los hechos de interés general”

Además de la interpretación constitucional y el recurso a la ley, se puede esgrimir el reconocimiento del derecho a la información en Chile en base a su regulación en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Chile en conformidad al artículo 5 de la Constitución. Así tenemos que el

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece el derecho a la información en su artículo 19 en estos términos: “2. *Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección*”. Por otro lado, el llamado Pacto de San José de Costa Rica, lo establece en su artículo 13 en estos términos: “1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole sin consideración de fronteras*”.

4.3. La dimensión objetiva de la libertad de comunicación

Las libertades comunicativas, al igual que todos los derechos fundamentales, poseen una dimensión objetiva referida a su carácter de principios jurídico-objetivos del ordenamiento legal. Esta dimensión resulta crucial para comprender la problemática de los medios de comunicación desde el punto de vista constitucional, debido a que explica como su regulación se relaciona directamente con el ejercicio concreto de estos derechos por parte de sus titulares. Por lo tanto su examen en extenso en este trabajo se verá justificado, toda vez que se refiere a las condiciones que deben existir para que los derechos de comunicación, se puedan ejercer efectivamente, dadas las circunstancias concretas de nuestras sociedades.

Tal como se señaló anteriormente, al examinar la teoría de los derechos fundamentales de Peter Häberle, la libertad que se asegura por el derecho a través del Estado Constitucional Democrático, exige una tarea de conformación y concretización por parte de los poderes públicos, en donde el poder legislativo asume una función esencial. Al legislador le viene encomendada la tarea de erigir un orden en libertad, por lo que los derechos fundamentales desde

siempre han venido ligados a deberes de garantía dirigidos a éste. Por lo que éstos “no sólo conferirían derechos subjetivos a sus titulares, sino que incorporaban al mismo tiempo una tarea jurídico-objetiva para la configuración de las relaciones humanas mediante el Derecho”¹⁴¹. Esta dimensión dice relación con entender los derechos fundamentales como “la ordenación recíproca de Estado y Sociedad bajo el principio de la mayor libertad social e individualmente posible”¹⁴².

La dimensión objetiva o institucional de la comunicación libre como principio jurídico objetivo de un ordenamiento constitucional, dirige su mirada a la función que ésta cumple dentro del engranaje social que la regulación constitucional y legal viene a normar. Por lo tanto, dirige su mirada a los espacios por donde fluyen las comunicaciones dentro de la sociedad y en este sentido, pone su mirada en los medios de comunicación de masas. Sin embargo, no debe confundirse el carácter institucional de una opinión pública que se plasma en medios de comunicación, con una protección que tendería a limitar y petrificar sus estructuras, produciéndose un efecto conservador contrario a la dinámica que le es propia.

En Alemania se ha desarrollado una nutrida jurisprudencia acerca de la dimensión objetiva de la comunicación, ligada a la idea matriz de prensa libre. El enfoque institucional ha permitido resolver numerosos problemas planteados por el régimen de los derechos de comunicación libre y el ejercicio de éstos. De la concepción institucional sería posible desprender una garantía a cargo del Estado de la estructura competitiva del mercado informativo, por lo que queda

¹⁴¹ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. La dimensión jurídico-objetiva de la libertad de información y comunicación, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, (77), mayo-agosto, 2006, p. 114.

¹⁴² HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Retos que la Libertad de Comunicación plantea al Derecho, op. cit., p. 163.

justificada una intervención pública en caso de monopolio u oligopolio. Del Estado dependería la garantía de un mercado de opiniones abierto y franco, la defesan de una presa libre de los peligros que pueden significar los monopolios de opinión. Sin embargo, la garantía de la dimensión objetiva de la libertad de comunicación no puede poner en peligro la subjetiva, o restringir la tutela a las comunicaciones que sean funcionalmente necesarias para preservación de prensa libre, por ejemplo. Por lo que el Tribunal Constitucional Alemán ha precisado que esta dimensión comprende cualquier tipo de información de hechos, no sólo lo referente a la conformación de la opinión pública política¹⁴³.

La tarea conformadora del legislador en esta materia no lo exime de los límites negativos que los derechos fundamentales suponen, caso contrario llevaría a una disolución de éstos como espacios de desarrollo de la autonomía personal en favor del funcionamiento del sistema político. Lo que sí supone la comprensión institucional de la comunicación libre, “es la atribución al legislador de una contribución muy importante en el establecimiento de su regulación. Al legislador compete, especialmente, la fijación de su organización interna democrática y la imposición de obligaciones que garanticen la transparencia del accionario de sus empresas, así como establecer los criterios de su intervención en supuestos de monopolio informativo”¹⁴⁴. El legislador democrático a través del ejercicio de su función configuradora “se asegura la procura de la comunicación para la sociedad en su conjunto y la posibilidad para todos los interesados en el proceso de comunicación de realizarse mediante la participación en el mismo”¹⁴⁵.

¹⁴³ SOLOZABAL, Juan José, op. cit., pp. 106-108.

¹⁴⁴ Ibid., p. 110.

¹⁴⁵ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Retos que la Libertad de Comunicación plantea al Derecho, op. cit., p. 167.

Cuando se habla de un derecho fundamental como instituto o de la dimensión objetiva de éste, el objeto de la regulación de ser especificado. Es decir, se debe establecer cuál es la idea matriz o imagen de la institución que se garantiza. Sin duda alguna este es el punto más difícil de definir y el cual trae los mayores riesgos asociados a la teoría institucional. Ya que a través de la legislación se podría destruir la institución que supuestamente se pretende preservar, o por el contrario, se impondría la petrificación de las situaciones sociales, transformándose esta perspectiva en una visión de tipo conservadora. En el caso específico de la libertad de comunicación, la idea que guiaría al legislador sería la de establecer las condiciones para el funcionamiento del proceso de formación de la opinión en libertad. Por lo que el contenido objetivo de la libertad de comunicación será sistematizado en el instituto de la **opinión pública libre**.

El instituto de la opinión pública libre es la cara objetiva de la libertad comunicativa o libertades de la comunicación, la cual, a su vez, está indisolublemente ligado al pluralismo político, requisito y valor fundamental para el funcionamiento del Estado democrático¹⁴⁶. El contenido de este instituto, se construye a partir de todas las posiciones subjetivas que esta misma garantía, establece desde el punto de vista de sus titulares:

“El instituto opinión pública libre (...) es un conjunto de normas que regulan la comunicación pública como un cauce de participación en el Estado democrático consistente en la garantía jurídica de la formación de la opinión pública

¹⁴⁶ MAGDALENO, Antonio., op. cit., p. 80.

individual y colectiva, presupuesto de la voluntad jurídica del Estado¹⁴⁷.

Las consecuencias que tiene para la libertad de comunicación la inclusión de la dimensión objetiva o institucional de los derechos fundamentales, son las siguientes¹⁴⁸:

a. Cobra eficacia jurídica la función social y política de la libertad de expresión e información, desempeñada en el Estado democrático. La falta de información para formarse una opinión respecto a asuntos de relevancia pública, puede llevar un mal funcionamiento del sistema político y finalmente de la sociedad, al estar aquél organizado en términos de Estado de derecho democrático.

b. El núcleo esencial de la libertad de comunicación no está compuesto sólo por su dimensión subjetiva, sino que también por su faz objetiva, la cual tiene carácter vinculante para todos los poderes en el Estado.

c. La dimensión objetiva o institucional “posibilita la plena efectividad de los derechos en la vida social. Exige ciertas obligaciones o acciones positivas para el Estado (que obviamente incluye al legislador) con el objeto de

¹⁴⁷ Ibid., pp. 106-108.

¹⁴⁸ Aquí seguimos al profesor Magdaleno Alegría, op. cit., pp. 87-91.

asegurar no sólo la libertad, sino también la igualdad de todos los ciudadanos en su ejercicio¹⁴⁹.

d. Pone de manifiesto que en las sociedades democráticas la libertad de comunicación se orienta hacia un determinado fin: la formación de una opinión pública libre. En sentido se puede sostener que “la institución de la opinión pública libre es la estructura normativa que vertebra la garantía de la comunicación pública en el Estado social y democrático de derecho”¹⁵⁰. La teoría objetiva-institucional deja atrás la clásica forma de entender la libertad de expresión, permitiendo una adecuación de ésta a la situación actual, tendiendo en la opinión pública como estructura objetiva una juridificación del cauce por el que se ejerce la participación política y se forma la opinión y voluntad políticas.

e. La dimensión institucional de la libertad de comunicación permite en determinadas ocasiones limitar la vertiente subjetiva. Es decir, con el fin de garantizarla en su vertiente objetiva, y asegurar así el goce igualitario de este derecho, se permitirían restricción a ésta como derecho subjetivo. En base a esto, el Estado adquiere una obligación de regular el sistema de medios, con el fin de asegurar la pluralidad y veracidad que le son sustanciales.

¹⁴⁹ Ibid., p. 88.

¹⁵⁰ Ibid., p. 89.

5. Colisión entre libertad de comunicación y derecho de propiedad

Cuando analizamos el problema específico de la concentración en los medios de comunicación, y cómo afecta ésta a las libertades de comunicación, nos encontramos con una situación en que también se ve involucrado el derecho de propiedad. De hecho, la forma más simple de enfrentar el problema de la concentración en los medios de comunicación, es verlo como un problema de competencia en un mercado, y resolverlo como una cuestión de libre competencia a través de las normas e instituciones avocadas a este tema — ésta es la situación de Chile. Sin embargo, el problema de esta posición es que “apela únicamente a la ley del mercado (del mercado de la información y del consenso político que, a su vez, es gobernado por el mercado de la publicidad): como si la libertad de información sólo fuera un corolario de la ley del mercado y del principio de libre competencia”¹⁵¹.

Ante esta situación el profesor Luigi Ferrajoli se plantea las siguientes interrogantes: “¿La libertad de información es una variable dependiente del mercado o se trata de un principio y un derecho fundamental de la Constitución republicana? ¿El Estado y el mercado, los poderes políticos y los poderes económicos se encuentran limitados por este derecho constitucional o, por el contrario, pueden disponer de dicho derecho discrecionalmente hasta controlar y limitar su ejercicio? ¿La defensa de esta libertad fundamental para la democracia pasa (solamente) a través de la reivindicación del pluralismo de los propietarios de los medios de información o debe garantizarse como un valor que es un fin en sí mismo? ¿Se trata únicamente de antitrust o también y en primer lugar un problema autónomo de libertad y democracia?”¹⁵² Sintetizando

¹⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. Libertad de información y propiedad privada. Una propuesta no utópica. En Miguel Carbonell, (compilador), Problemas. Contemporáneos de la libertad de expresión. México, CNDH y Editorial. Porrúa, 2004, p. 130.

¹⁵² Ídem.

todo esto se pregunta: “¿la libertad de prensa y de información se identifica con la propiedad de los periódicos y de las televisiones o es una cosa distinta que debe estar por encima de ella en lugar de subordinarse a la misma?”¹⁵³

La respuesta es negativa. Detrás de esta concepción que limita el problema de la libertad de expresión a una cuestión de libre competencia existe una confusión conceptual entre la libertad de información y la de propiedad de los medios de información¹⁵⁴¹⁵⁵. Esta confusión conceptual no permitiría apreciar la diferencia estructural que existen entre ambos: por una lado encontramos a una libertad fundamental y, por otro lado, un derecho patrimonial, pero que es al mismo tiempo “un poder que, como todo poder, en la lógica del estado de derecho, debería sujetarse a la ley y en particular a los derechos de libertad constitucionalmente establecidos”¹⁵⁶. Obviamente aquí estamos ante una colisión de derechos, en donde el derecho de propiedad, a causa de la concentración en la propiedad de los medios, ha subyugado a la libertad de comunicación.

Algo similar ocurre con el derecho a la información cuando se enfrenta al derecho de propiedad. En esta ocasión, existe una confusión entre información y poder político. En este caso “la concentración de la propiedad de los medios de información no sólo equivale a un poder privado —el poder del propietario- capaz de limitar la

¹⁵³ Ídem.

¹⁵⁴ Ibid., p. 131.

¹⁵⁵ En el mismo sentido López señala: “El poder empresarial mediático, por tanto, no sólo debe someterse a los vínculos y límites jurídicos tendientes a garantizar la libertad de expresión y el derecho a la información, también debe aplicársele la lección de Montesquieu: la separación de poderes. Los medios de comunicación deben convertirse en un poder constituido principalmente a partir de la libertad de expresión y el derecho a la información, y no partir de la libertad de propiedad”. LÓPEZ, Saúl. Democracia y medios de comunicación. Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2007, (26), pp. 59-60.

¹⁵⁶ Ídem.

libertad de expresión (...) También es un poder político, probablemente el poder político más penetrante e insidioso, que se utiliza para promover intereses de parte mediante la desinformación y la propaganda”¹⁵⁷.

Al igual que Habermas, Ferrajoli teme que las intromisiones de lógicas del mercado en el espacio público terminen por desvirtuarlo, transformándose en un espacio colonizado por el mercado:

“Lo que está sucediendo es que el poder político y la esfera pública, en virtud de su apropiación por parte de poderes económicos privados, también se están convirtiendo en mercancías del mercado, y lo mismo vale para las ideas y para las informaciones. Y este mercado, por el entramado y la sinergia inevitable que existe entre dinero, la información y la política –dinero y propiedad para hacer información, información para hacer política, política para hacer información, información para hacer dinero y aumentar las propiedad y así sucesivamente- tienden inevitablemente a la concentración monopolística y al monopolio político-privado”¹⁵⁸.

La confusión entre lo que son los negocios y la política, entre esfera pública e intereses privados, cobra mayor relevancia cada día en nuestras democracias, con el correspondiente costo para el Estado de derecho y la política representativa. Esta

¹⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 132.

¹⁵⁸ Ídem.

confusión de titularidad estaría llevando a una regresión a formas neo-absolutistas y patrimoniales de tipo pre-moderno¹⁵⁹.

En nuestro país esta confusión se aprecia en las posiciones sostenidas por diversos autores. Así, por ejemplo, el profesor Sierra ha venido desarrollando una posición que favorece un acercamiento al tema de los medios que hace primar las razones económicas frente a las normativas, sosteniendo además una versión de la libertad de comunicación de carácter puramente negativo¹⁶⁰. La profesora Vivanco, por otro lado, llega a conclusiones similares, sin embargo, sus argumentos pretenden establecer la inevitabilidad de la concentración y cómo este fenómeno, desde el punto de vista de la economía, llega a ser una condición positiva para la libertad de expresión. Así, “la concentración de medios no necesariamente corresponde a una patología del sistema, sino que puede ser perfectamente el producto de una política de maximización de beneficios en una economía de mercado, a la que incluso las empresas se pueden ver forzadas cuando las fuentes de financiamiento se encuentran acotadas, de modo tal que no alcanzan éstas para ingreso de nuevos actores e incluso fuerzan la integración de los ya existentes”¹⁶¹. Lo que intenta hacer Vivanco es hacer notar que no existe necesariamente una conexión entre concentración de medios y un impacto negativo en el pluralismo informativo. La solución para esta autora pasaría por garantizar la existencia de una variedad de enfoques en la información, pese a que

¹⁵⁹ Habermas habla de un proceso de refeudalización.

¹⁶⁰ Así se desprende de: SIERRA, Lucas. pluralismo y comunicación social: libertad de expresión y dos conceptos de libertad. *Rev. derecho (Valdivia)*, ago. 1997, vol.8 supl, pp.17-26; SIERRA, Lucas. La transición y la esfera pública, *Revista Persona y Sociedad*, Universidad Alberto Hurtado, agosto 2004, vol. 18, n°2, pp. 113-120; SIERRA, Lucas. Reforma legislativa de la televisión ante el futuro digital. Un paso adelante, uno atrás, *Estudios Públicos*, 114 (otoño 2009), pp. 127-161.

¹⁶¹ VIVANCO, Ángela. Concentración de medios en las sociedades democráticas: ¿peligro para la libertad de expresión o condición de subsistencia?, En *Diálogo Político*, Año XXIV - N° 3, 2007, p. 14 , disponible en http://www.kas.de/wf/doc/kas_12400-544-4-30.pdf

ésta se maneje por un número ínfimo de medios. De hecho, no trata las cifras sobre concentración de medios en Chile.

Concluye, entonces, que “la demanda del público por la calidad de la información, por la exactitud y rigurosidad del mensaje, por la diversa oferta programática y el énfasis de ciertos contenidos, sobre todo en el caso de los medios audiovisuales, debe ser un objetivo mucho más concreto por parte de las regulaciones legales o de las autorregulaciones éticas que pretenden forzar la ampliación de partícipes o establecer barreras de entrada a la concentración de medios, lo cual puede no solucionar en absoluto la complejidad de la problemática sobre el pluralismo medial e informativo existente en la mayoría de los países occidentales”¹⁶² Sin embargo, no se dan fórmulas para lograrlo, más que la regulación actual y la autorregulación. Es decir, la solución vendrá dada por el mercado y por la regulación que los propios partícipes de éste realicen de forma autónoma.

Además de la jurisprudencia constitucional antes mencionada, cierta jurisprudencia relacionada con la libre competencia ha comprendido de esta forma el problema, poniendo en duda que la estructura de la propiedad organizada en pocas manos, en verdad afecte la competencia entre los medios y al pluralismo informativo¹⁶³.

Ahora bien, tal como Ferrajoli lo ha expresado, este tipo de posiciones confunde la libertad de comunicación con la libertad económica. El profesor Sierra¹⁶⁴, se acerca a

¹⁶² Ibid., p. 33.

¹⁶³ Ver Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Resolución N° 20/2007 del 27 de julio de 2007.

¹⁶⁴ Ver SIERRA, Lucas. pluralismo y comunicación social: libertad de expresión y dos conceptos de libertad. Rev. derecho (Valdivia), ago. 1997; SIERRA, Lucas. Reforma legislativa de la televisión ante el futuro digital. Un paso adelante, uno atrás, Estudios Públicos, 114 (otoño 2009), pp. 127-161.

la posición señalada por este autor en el sentido de que sólo bastaría una mejor regulación a nivel de libre competencia, mientras que las nuevas tecnologías harían el resto. La profesora Vivanco, llega a conclusiones muy similares. Sin embargo, su aseveración sobre el carácter necesario de la concentración en las sociedades contemporáneas, y el nulo impacto sobre el pluralismo que esto conllevaría es errónea. Tal como Mastrini y Becerra lo han señalado, el nexo entre concentración y detrimento del pluralismo no es absoluto, existiendo casos en que puede ser beneficioso. Un ejemplo es cuando el mercado es muy pequeño y sólo unos pocos operadores podrían prestar el servicio. Sin embargo, “como norma general se observa que la cantidad de operadores es determinante para el pluralismo. Es difícil aceptar la idea que la diversidad de propiedad debe ser sacrificada para asegurar la diversidad de contenido”¹⁶⁵. Más todavía teniendo en cuenta el mercado de los medios de Chile, el cual ha crecido tremendamente en el último tiempo. Por lo que el argumento de que la concentración sería necesaria para el desarrollo de un conjunto de medios que permitieran la realización de la libertad de comunicación, parece desde esta perspectiva equivocado.

6. El instituto de la opinión pública libre y la concentración de medios

Al estudiar la teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales, a través de la teoría institucional del profesor Häberle, evidenciamos que los derechos no sólo poseen una faz subjetiva, sino que desde su nacimiento éstos presentaron una dimensión objetiva. Uno de los efectos que esta conclusión conlleva, es su carácter de principios jurídico-objetivos, que impone que su obligatoriedad se expanda a todo el sistema jurídico. Esta teoría nos permitió explicar cómo esta expansión implica la existencia de deberes para el legislador, en cuanto a desarrollar el derecho

¹⁶⁵ MASTRINI, Guillermo y BECCERA, Joaquín, op. cit., pp. 19.

fundamental como instituto, que tiene sólo determinada su idea matriz en la Constitución.

En la base de la libertad de comunicación identificamos su idea matriz a desarrollar, la cual hemos conceptualizado en esta investigación como el instituto de la opinión pública libre. Ésta, como dimensión objetiva de la libertad de comunicación, se caracteriza por tener de contenido el conjunto de regulaciones de la comunicación pública, que aseguran las condiciones para la formación de una opinión libre, dentro de una Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

La concentración en los medios de comunicación, es un atentado al instituto de la opinión pública libre, debido a que impide la formación en libertad de esta opinión. La concentración, impide que se cumplan las condiciones para que se lleve a cabo una discusión pública, en que todas las visiones de la sociedad tengan la posibilidad de llegar a expresarse. Esto lleva a que la libertad no pueda plasmarse en la realidad, viéndose miles de titulares de libertades comunicativas, en el impedimento de poder ejercerlas de forma efectiva.

CAPÍTULO IV: HACIA UNA REGULACIÓN DE LA CONCENTRACIÓN EN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN COMPATIBLE CON EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

1. La regulación de la concentración en los medios de comunicación en el derecho nacional.

El fenómeno de la concentración de los medios de comunicación capta cada vez más la atención de los expertos, pero no menos de las autoridades, y pese a las deficiencias existentes hasta ahora, en cuanto a cuáles serían las medidas apropiadas

para prevenir su desarrollo o disminuir sus efectos, es una problemática ampliamente discutida y respecto de la cual se han diseñado instrumentos legales para enfrentarla. Sin embargo, en Chile observamos una falta prácticamente total de regulación respecto a esta materia, convirtiendo al mercado de las comunicaciones en general, en un espacio desregulado, en donde el poder económico prima sin contrapesos, en desmedro de los principios constitucionales existentes respecto a la libertad de información y expresión. En Chile, como ya veremos, podemos observar nítidamente plasmado el fenómeno que el autor italiano Luigi Ferrajoli ha advertido en cuanto a la confusión de la libre competencia (libertad de mercado) y la libertad de comunicación, cuestión que produce que en nuestro país la organización de la esfera pública, esté prácticamente entregada en su totalidad a la “mano invisible” del mercado de los medios.

1.1. La Constitución Política de la República

Todo análisis de la regulación aplicable a este tema, debe comenzar por el tratamiento de la normativa que establece las bases de su estructura normativa. En Chile la Constitución regula las libertades de comunicación en el artículo 19 N°12, que forma parte de su capítulo segundo, dedicado a los derechos y deberes fundamentales.

En su inciso primero se establece el núcleo normativo de la libertad de comunicación en el ámbito constitucional nacional, al garantizar la “libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio”. Como ya hemos visto, esta norma consagra en general las

libertades de comunicación, y complementada se comprende el derecho a la información. Sin embargo, será en los demás incisos de este precepto en donde encontremos normas que se refieren de forma más específica a los medios de comunicación.

Así, en el inciso segundo se establece la prohibición para el Estado de establecer un monopolio sobre los medios de comunicación. En cuanto a los antecedentes de esta norma, Silva Bascuñan informa que “se prohíbe que sea el Estado quien tenga la exclusividad en el establecimiento, explotación y mantención de medios de comunicación, porque de nada serviría asegurar a todas las personas la libertad de opinión, la de informar y el derecho de acceder a la información, si el legislador estuviera facultado para entregar únicamente al Estado la operación de los medios de comunicación social. En efecto, si el Estado es el único y exclusivo explotador de los medios de comunicación social, éstos pueden transformarse en un instrumento suyo para manipular la información y hacer propaganda, lo cual obstaculizaría que se forma adecuadamente la opinión pública dentro de un verdadero sistema democrático. La norma pretende así asegurar el derecho de todas las personas a ser informadas por los distintos medios que existen y a través de diversas formas, lo cual supone necesariamente que dichos medios de comunicación social deban encontrarse a cargo de diferentes entes, ya sean públicos o privados”¹⁶⁶.

Mientras que el inciso cuarto establece la libertad de fundar medios de comunicación: “Toda persona natural o jurídica tiene el derecho de fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos, en las condiciones que señale la ley”. Luego, el inciso quinto de este numeral del artículo 19 establece que “El Estado,

¹⁶⁶ SILVA BASCUÑAN, Alejandro, op. cit., p. 346.

aquellas universidades y demás personas o entidades que la ley determine, podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión”.

Por último, el inciso final establece el mandato de crear a través de Ley de Quórum Calificado, un Consejo Nacional de Televisión, el cual estará encargado de velar por el correcto funcionamiento de estos medios, institución que pese a su existencia, no ha logrado cumplir uno de sus cometidos más importantes, como es el de garantizar el pluralismo dentro del mercado de los medios en Chile.

En una revisión general de la normativa constitucional relacionada con esta materia, no se puede dejar de comentar los artículos 19 N° 21 y 19 N° 24, relativos a la libertad económica y a la garantía de la propiedad, debido a la gran relevancia que tienen éstos dentro de la discusión constitucional entorno a los medios de comunicación. El artículo 19 N° 21 inciso primero, garantiza el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, como además el artículo 19 N° 24 que garantiza el derecho de propiedad y, que en este caso, se relaciona con la garantía de propiedad sobre los medios de comunicación. Cuestión a la que nos hemos referido en el capítulo anterior.

1.2. Decreto con Fuerza de Ley N° 1, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, del año 2005: su aplicación al mercado de los medios de comunicación

Con la entrada en vigencia del Decreto Ley N° 211 durante la dictadura militar en Chile, y que fue sistematizado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, del año 2005, se intentó dar un marco

mínimo en el país para el respeto de la libre competencia. No entraremos a juzgar a fondo esta normativa, ya que su temática específica no es objeto de este trabajo, sino que nos limitaremos a comentar los aspectos en que esta ley se aplica a la problemática de nuestro trabajo.

El Decreto Ley N° 211 ha sufrido una serie de modificaciones relacionadas con la materia de estudio. Originalmente no existía en ésta norma alguna una referida a los medios de comunicación, por lo que no se tipificaban actos que cayeran bajo la categoría de atentados contra la libre competencia. Sin embargo, esta situación cambió con la dictación de la ley 19.733, la cual estableció en su artículo 37 que “serían consideradas como actos en contra de la libre competencia, los hechos, actos o convenciones que tiendan a impedir ésta, los que entraben la producción de información, el transporte, la distribución, la circulación, el avisaje y la comercialización de los medios de comunicación social”. Las sanciones establecidas para el caso de cometerse un acto de este tipo en principio fueron de tipo penal, sin embargo, con las modificaciones realizadas por la Ley 19.911 en el año 2003, las sanciones aplicables serían las que ella misma establecía en su artículo 17 letra k, dentro de las que no se incluían sanciones penales.

En el año 2009 una nueva reforma modificó la normativa sobre libre competencia relativa a los medios de comunicación. La Ley 20.361, que modificó la Ley 19.733, eliminó el artículo 37 de esta última, desapareciendo así esta especie de tipificación de un delito contra la libre competencia, la cual se remitía en cuanto a su sanción al Decreto Ley 211. La razón de esta modificación, fue que esta norma sólo contenían descripciones de conductas orientadas a establecer, presunciones legales de los supuestos de hecho ya previstos en los incisos primero y segundo del artículo 1° del decreto ley N° 211, hoy sustituidos por la ley N° 19.911.

Asimismo, la Ley 20.361 introdujo en la Ley 19.733 una norma referida específicamente al control de la libre competencia en el mercado de los medios, con el fin de introducir un control preventivo en el caso de cambios en la propiedad de éstos. El nuevo artículo 38 establece que “cualquier hecho o acto relevante relativo a la modificación o cambio en la propiedad de un medio de comunicación social, deberá ser informado a la Fiscalía Nacional Económica, dentro de treinta días de ejecutado”.

En el caso de la televisión, este hecho o acto relevante deberá contar, previo a su perfeccionamiento, con informe de la Fiscalía Nacional Económica referido a su efecto sobre la competencia, la que deberá emitirlo dentro de los treinta días siguientes a la recepción de los antecedentes. Agrega este artículo, que “en caso que el informe sea desfavorable, el Fiscal Nacional Económico deberá comunicarlo al Tribunal para efectos de lo dispuesto en el artículo 31 del decreto con fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. De no evacuarse el informe dentro del referido plazo, se entenderá que no amerita objeción alguna por parte de la Fiscalía”.

1.3. Ley N° 19.733, sobre las libertades de opinión e información y del ejercicio del periodismo

La Ley N° 19.733, también conocida como Ley de Prensa, fue dictada en el año 2001, luego de una tramitación de 8 años en el Congreso, desde su presentación por el Presidente de la República Patricio Aylwin , en 1993.

En lo que nos compete, el artículo segundo de dicha ley, que define a los medios de comunicación, señala que “para todos los efectos legales, son medios de comunicación social aquellos aptos para transmitir, divulgar, difundir o programar, en forma estable y periódica, textos, sonidos o imágenes destinadas al público, cualquiera que sea el soporte o instrumento utilizado. Se entenderá por diario todo periódico que se publique a los menos cuatro días en cada semana y cumpla con los demás requisitos establecidos en la ley”. Esta norma hace referencia a un concepto central, que se vincula hoy en día a un tipo de organización específica que opera en relación con los medios, como es el de empresa informativa. Ésta ha sido definida como “una organización producto de la actividad humana, orientada a satisfacer necesidades concretas de información, a cuyo fin emplea elementos humanos, medios técnicos o materiales y recursos económicos”¹⁶⁷.

Las empresas informáticas en Chile deben cumplir una serie de requisitos para poder constituirse y funcionar. De su estudio por sector, podremos extraer conclusiones acerca de la capacidad de la normativa actual sobre medios, para promover el pluralismo e impedir o combatir la concentración de los medios de comunicación.

1.3.1. Medios de comunicación escrito

Los requisitos legales son los siguientes:

¹⁶⁷ ANGUIA, Pedro, op. cit., p. 177.

1. En el artículo 10 de la Ley N° 19.733 se exige que el medio de comunicación tenga un director responsable, y a lo menos una persona que lo reemplace, los cuales deben cumplir con las siguientes condiciones: 1) ser chilenos; 2) tener domicilio y residencia en Chile; 3) no tener fuero; 4) estar en pleno goce de sus derechos civiles y políticos; 5) no haber sido condenados por delito que merezca pena aflictiva y; 6) en los dos último años no haber sido condenados como autores de delitos reiterados, o como reincidentes en delitos sancionados por dicha ley.
2. El artículo 9 establece que todo medio de comunicación escrito deberá entregar información fidedigna acerca de sus propietarios, controladores directos o indirectos, arrendatarios, comodatarios. Si ellos fueren una o más personas, dicha información comprenderá la que sea conducente a la individualización de las personas naturales y jurídicas que tengan participación en la propiedad o tengan su uso, a cualquier título. Asimismo, comprenderá las copias de los documentos que acrediten la constitución y estatutos de las personas jurídicas que sean socias o accionistas, salvo en los casos de sociedades anónimas abiertas, así como las modificaciones de los mismos, según correspondiere. La referida información será de libre acceso al público y deberá encontrarse permanentemente actualizada y a su disposición en el domicilio del respectivo medio de comunicación social, y de las autoridades que la requieran en el ejercicio de sus competencias.
3. Por último, en el artículo 12 se establece que los medios de comunicación escritos deben consignar en la primera página o

en la página editorial o en la última, y siempre en un lugar destacado de todo diario, revista o escrito periodístico, el nombre y el domicilio del propietario o bien de su representante legal si se tratare de una persona jurídica. Estas mismas menciones deben hacerse respecto del director responsable.

El artículo 11 antes señalado, agrega que la iniciación de actividades de los medios escritos de comunicación social se informará a la Gobernación Provincial o Intendencia Regional que corresponda al domicilio del medio mediante presentación, de la que esa Gobernación o Intendencia enviará copia al Director de la Biblioteca Nacional. Esta presentación deberá contener lo siguiente:

- a) El nombre del diario, revista o periódico, señalando los períodos que mediarán entre un número y otro;
- b) El nombre completo, profesión, domicilio y los documentos que acrediten la identidad del propietario, si fuere persona natural, o de las personas que tienen la representación legal de la sociedad, si se tratare de una persona jurídica;
- c) El nombre completo, domicilio y los documentos que acrediten la identidad del director y de la o las personas que deban substituirlo, con indicación del orden de precedencia en que ellas deben asumir su reemplazo;
- d) La ubicación de sus oficinas principales, y;
- e) Tratándose de una persona jurídica, los documentos en que consten sus socios o accionistas y el porcentaje, monto y modalidades de su participación en la propiedad o en el capital de la empresa o, en su caso, los documentos de apertura de la agencia, sus estatutos y los mandatos de sus representantes legales.

Además de estos requisitos, cualquier cambio que se produjera en los puntos mencionados anteriormente deberá ser comunicado, dentro de los quince días siguientes, o dentro de sesenta días si afectase a alguna de las expresadas en la letra e). Sin embargo, no se requerirá informar los cambios de accionistas o en la participación en el capital, cuando el propietario del medio de comunicación sea una sociedad anónima abierta.

El Director de la Biblioteca Nacional deberá llevar un registro actualizado de los medios escritos de comunicación social existentes en el país, con indicación de los antecedentes señalados en el artículo comentado. Las disposiciones precedentes no se aplicarán a las publicaciones que se distribuyan internamente en instituciones públicas o privadas.

Las personas o establecimientos a que nos hemos referido, deberán enviar a la Biblioteca Nacional, al tiempo de su publicación, la cantidad de quince ejemplares de todo impreso, cualesquiera sea su naturaleza.

En el caso de las publicaciones periódicas, el Director de la Biblioteca Nacional estará facultado para suscribir convenios con los responsables de dichos medios para establecer modalidades de depósito legal mixto, reduciendo el número de ejemplares en papel, sustituyendo el resto por reproducciones de los mismos en microfilms y/o soportes electrónicos.

De las publicaciones impresas en regiones, de los quince ejemplares, cuatro de estos deberán depositarse en la biblioteca pública de la región que designe el Director de la Biblioteca Nacional.

La obligación que se establecen en este precepto se deberá cumplir dentro del plazo máximo de treinta días.

1.3.2. La televisión

En su artículo 19 N° 12 inciso quinto, la Constitución Política establece que “El Estado, aquellas universidades y de más personas o entidades que la ley determine podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión”. Con esta disposición se permitió el ingreso a la televisión de operadores privados, cuestión que se encontraba prohibido hasta el momento de su dictación.

El mercado de la televisión, a diferencia de lo que ocurre con los medios escritos, “es un mercado regulado debido a la limitación que posee el espacio radioeléctrico, bien público cuya titularidad exclusiva y permanente pertenece al Estado”¹⁶⁸.

En la Ley N° 18.838 se establecen los requisitos para la asignación de una concesión de servicio de radiodifusión televisiva:

¹⁶⁸ Ibid., p. 191.

1. Las concesiones sólo se otorgan a personas jurídicas.
2. Las personas titulares de esta concesión pueden ser de derecho público o privado.
3. La persona jurídica debe ser constituida en Chile y tener domicilio en el país.

Los requisitos legales exigidos por la Ley N° 19.733 a los canales de televisión son los siguientes:

- a) De la misma forma que en el caso de los medios escritos, los canales de televisión deben proporcionar información fidedigna acerca sus propietarios, controladores directos o indirectos, comodatarios o concesionarios. Si se tratara de una o más personas, dicha información deberá contener los datos necesarios para la correcta individualización de las personas naturales y jurídicas que tengan participación en la propiedad o tengan su uso, a cualquier título, lo cual incluirá las copias de los documentos que acrediten la constitución y estatutos de las personas jurídicas que sean socios o accionistas, salvo en los casos de sociedades anónimas abiertas, así como las modificaciones de los mismos, según corresponda. A esta información debe tener libre acceso el público, lo cual se concretiza con la puesta a disposición de ésta, en el domicilio respectivo del medios de comunicación y de las autoridades que la requieran.

- b) En cuanto a los directores, los canales de televisión deben cumplir los mismos requisitos comunes que establece el artículo 10 de la Ley N° 19.733, ya vistos anteriormente respecto a los medios escritos. Cada canal de televisión debe al iniciar y al terminar sus transmisiones diarias, indicar el nombre y apellido del propietario, concesionario o del representante legal y del director responsable.

1.3.3. Medidas para fomentar el pluralismo

La Ley N° 19.733 establece una serie de medidas para fomentar el pluralismo dentro del mercado de los medios de comunicación. Así, en su artículo cuarto establece:

“Los fondos que establecen los presupuestos del Estado, de sus organismos y empresas y de las municipalidades, destinados a avisos, llamados a concurso, propuestas y publicidad, que tengan una clara identificación regional, provincial o comunal, deberán destinarse mayoritaria y preferentemente a efectuar la correspondiente publicación o difusión en medios de comunicación social regionales, provinciales o comunales.

Anualmente la Ley de Presupuesto del Sector Público contemplará los recursos necesarios para financiar la realización, edición y difusión de programas o suplementos de carácter regional. La asignación de estos recursos será efectuada por los respectivos Consejos Regionales, previo concurso público. Los concursos serán dirimidos por

comisiones cuya composición, generación y atribuciones serán determinadas por reglamento. En dicho reglamento deberán establecerse, además, los procedimientos y criterios de selección.

La Ley de Presupuestos del Sector Público contemplará, anualmente, recursos para la realización de estudios sobre el pluralismo en el sistema informativo nacional, los que serán asignados mediante concurso público por la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica”.

El precepto en cuestión no se ha materializado hasta la fecha, debido a la falta de intención en implementar o diseñar una política pública destinada a favorecer la inversión publicitaria de identificación local que realicen las instituciones que establece éste.

Las escasas medidas para favorecer el pluralismo y la falta de aplicación de la exigua normativa al respecto, se explica por el poco apoyo de los gobiernos y de los partidos políticos de turno.

Sin embargo, el proyecto de ley de la denominada Ley de Prensa, establecía limitaciones en cuanto a la propiedad de los medios, muchas similares a las existentes en el derecho comparado, las cuales lamentablemente fueron declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional, en su sentencia, ya mencionada, Rol N° 226, de 1995. En este punto es necesario revisar el contenido original de este proyecto, y las razones que tuvo este tribunal para desechar una regulación que nos parecía a todas luces necesaria y acorde con la Constitución.

El artículo noveno del proyecto de ley en estudio, establecía literalmente que “el Estado tiene la obligación de garantizar el pluralismo en el sistema informativo, para lo cual habrá de favorecer la coexistencia de diversidad de medios de comunicación social y la libre competencia entre ellos, asegurando la expresión efectiva de las distintas corrientes de opinión, así como la variedad social, cultural y económica de las regiones”. Esa magistratura concluyó que la normativa citada acarrea un vicio de inconstitucionalidad debido a que conlleva una intromisión en la autonomía de los cuerpos intermedios, dentro de los cuales encontramos a los medios de comunicación social, por lo que vulneraba el artículo 1, inciso tercero de nuestra Carta Fundamental. Además, significaría una vulneración “directa a la libertad de emitir opinión y de informar (...) afecta dicha disposición requerida del proyecto al “contenido esencial” de esta libertad, puesto que significa imponer condiciones que impiden su libre ejercicio”¹⁶⁹.

Más grave aún, es la declaración de inconstitucionalidad del artículo 43 de dicho proyecto, el cual establecía en su inciso segundo, casos de infracción a la libre competencia en base al nivel de concentración alcanzado en los diversos mercados. El tenor literal de esta normativa prescribía que “a) En el ámbito de la prensa escrita, el control de más del 30% del mercado informativo nacional en manos de una persona natural o jurídica, sola o asociada con otra u otras; y el control directo o indirecto por una persona natural o jurídica, sola o asociada con otra u otras, de más del 30% de la distribución de los diarios de información general. b) El control de más del 15% del mercado informativo general por una sola persona natural o jurídica; o más del 20% del referido mercado por dos o más personas naturales o jurídicas, asociadas. "c) El dominio de dos o más

¹⁶⁹ STC Rol N° 226, 30 de octubre de 1995.

tipos diversos de medios de comunicación social en un mismo mercado, por una persona natural o jurídica, sola o asociada con otra u otras."

El Tribunal Constitucional afirma que esta disposición afecta la libertad económica, debido a que bajo el pretexto de regular una actividad económica, el Estado podría llegar a impedir su libre ejercicio. Así, "al disponer el proyecto en análisis que ciertos hechos –que describe el inciso segundo del artículo 43 aludido- son impeditivos de la libre competencia y que, como tales, constituyen ilícitos penados por el artículo 1º, inciso primero, del D.L. 211, de 1973, hechos que significan no poder poseer más del 30% del mercado informativo nacional, en el ámbito de la prensa escrita, o de la distribución de diarios de información general (...) vulnera el derecho de emprender (artículo 19 N° 21, inciso primero) es decir, de desarrollar cualquiera actividad lícita sin más limitaciones que no ser contraria a la moral, ni al orden público ni a la seguridad nacional, puesto que ninguna de estas circunstancias se dan aquí, ya que la actividad que se pretende impedir no aparece atentatoria a ellas porque se tengan porcentajes mayores a los que el proyecto prevé¹⁷⁰" (Considerando 44). Además sostiene que este artículo vulnera el artículo 19 N° 24, toda vez que significaría una privación de la propiedad de los medios de comunicación, en cuanto éstos tendrían un derecho de propiedad sobre su participación en el mercado.

Con la esta decisión del Tribunal Constitucional, concluimos con Zúñiga, "la posibilidad de un pluralismo informativo externo o entre medios imperativo y límites de orden público económico a la propiedad y control en la propiedad de los medios terminó edulcorando o negando el pluralismo en el sistema informativo, en la definición contenida en el artículo 3º de la ley, y lo que es más

¹⁷⁰ Ibid.

grave la reduce al derecho de fundación”¹⁷¹. Nuestro país quedó sin mecanismos apropiados para controlar de forma efectiva la concentración en la propiedad de los medios, y como veremos a continuación, muy atrasado en cuanto al derecho comparado.

2. La regulación de la concentración en los medios de comunicación en el derecho comparado

2.1. Estados Unidos

En los Estados Unidos existe una comisión especializada que tiene como fin la regulación de las telecomunicaciones. Creada en 1934, la Federal Communications Commission (FCC) ha estado presente desde entonces en el centro de las reformas en materia de medios de comunicación en este país. Se trata de una agencia estatal independiente, pero que se encuentra bajo la responsabilidad del Congreso. Entre sus funciones se encuentran el otorgar licencias a las estaciones de radio y de televisión, regular el cumplimiento de las ya otorgadas, como también regular el funcionamiento de las tarifas en la televisión por cable.

Del trabajo desarrollado por esta agencia y de su recepción por parte del Congreso, en los Estados Unidos se han dictado diversas normas en lo que se refiere a la regulación de los medios de comunicación y, específicamente, en

¹⁷¹ ZÚÑIGA, Francisco. Propiedad y Control de los medios de comunicación social: algunas notas sobre el estatuto de la radiodifusión, Revista de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 6 N° 1, 2008, pp. 194-195.

relación a la concentración en la propiedad de éstos. Las normas actualmente vigentes que establecen regulaciones en esta materia son las siguientes:

- a. Newspaper/Broadcast Cross-Ownership Prohibition (1975): La regla de la propiedad cruzada de periódicos, radio y televisión prohíbe la propiedad común de una estación de radio o televisión y la de un periódico, cuando el espacio de funcionamiento de la estación o el área de servicio, incluya la ciudad de publicación del periódico.
- b. Radio/TV Cross-Ownership Restriction (1970): Originalmente prohibía la propiedad en común de una radio y de una estación de televisión en el mismo mercado. Esta regla ha sufrido una serie de modificaciones, actualmente permite la propiedad común de por lo menos una estación de televisión y de una radio en una mercado determinado. En mercados más grandes, una sola entidad podría ser dueña de estaciones de radio adicionales, en función del número de otros medios de comunicación de propiedad independiente en ese mercado.
- c. Local TV Multiple Ownership Rule (1964): Esta regulación permite que una entidad sea dueña de dos estaciones de televisión en la misma área de mercado, siempre que: "(1) los contornos o las áreas de servicios de las estaciones no se superpongan, y (2) por lo menos una de las estaciones no se encuentre entre las cuatro principales emisoras del área de mercado (basado en la cuota de mercado), y al menos ochos propietarios independientes de estaciones de televisión

comerciales o no comerciales permanezcan en el área de mercado después de la fusión propuesta”¹⁷².

- d. Dual TV Network Rule (1946): En sus inicios esta normativa prohibía a cualquier operario del sistema mantener más de una red de radio. Años después la regla se extendió a las estaciones de televisión. En la actualidad “prohíbe una fusión entre dos o más de estos cuatro cadenas de televisión: ABC, CBS, Fox y NBC”¹⁷³.
- e. Local Radio Ownership Rule (1941): Esta regulación de la FCC prohibía la propiedad común de estaciones de radio similares, que ofrecieran sus servicios en la misma área sustancial. Luego, la FCC modificó la normativa imponiendo las siguientes limitaciones: (1) en un mercado de radio con 45 o más estaciones de radio comerciales, una empresa puede ser propietaria de, operar o controlar hasta 8 estaciones de radio comerciales, no más de cinco de los cuales están en el misma área de servicio, (2) en un mercado de radio de entre 30 y 44 estaciones de radios comerciales, una parte puede ser propietaria de, operar o controlar hasta 7 estaciones de radio comerciales, no más de cuatro de los cuales se encuentran en el misma área de servicio; (3) en un mercado de la radio de entre 15 y 29 estaciones de radio comerciales, una parte puede ser propietaria de, operar o controlar hasta 6 emisoras de radio comerciales, no más de cuatro de los cuales se encuentran en el misma área de servicio, y (4) en un mercado radial con 14 o menos estaciones de radio comerciales, una parte puede ser propietaria de, operar o controlar

¹⁷²MCEWEN, Michael. A Report to the CRTC Media Ownership; Rules Regulations and Practices in Selected Countries and Their Potential Relevance to Canada, Canadian Radio-television and Telecommunications Commission, 2007 [en línea] <<http://www.crtc.gc.ca/eng/publications/reports/mcewen07.htm>> [consulta: 15 de marzo 2011].

¹⁷³ Idem.

hasta 5 emisoras de radio comerciales, no más de tres de las cuales se encuentran en el mismo servicio; una parte no puede poseer, operar o el controlar más del 50 por ciento de las estaciones en ese mercado.

- f. National TV Ownership Rule (1941): Muy restrictiva en sus orígenes en cuanto al número de estaciones de televisión que podía tener una entidad en propiedad, la FCC en el tiempo le realizó una serie de modificaciones que extendieron ese número. Actualmente esta regla prohíbe que un operario del sistema sea propietario de estaciones de televisión que alcancen a más del 39% de los hogares medidos de los Estados Unidos. La forma en que este límite fue establecido se relaciona con el número de hogares con televisión en el área de mercado, que se asigna a cada estación de televisión. Así, si del número de televisores asignado resulta un porcentaje mayor al 39%, la FCC debiera intervenir ante una infracción relativa a la concentración en el mercado audiovisual.

2.2. Reino Unido

Los medios de comunicación en el Reino Unido son regulados por The Office of Communications (OFCOM). Esta institución fue creada en 2003, por la Communication Act, que vino además a cambiar las reglas sobre propiedad de los medios de comunicación.

Los límites que estableció la Communication Act respecto a la propiedad, se aplican a los diversos tipos de medios. Veamos:

- a. Televisión: El gobierno puede intervenir en las fusiones de medios televisivos en que se planteen consideraciones de interés público. Además, “la OFCOM y/o la Comisión de la Competencia pueden investigar cualquier fusión que podría tener efectos perjudiciales en la pluralidad, la diversidad o en los estándares”¹⁷⁴. Todo esto con el fin de prevenir niveles inaceptables de propiedad cruzada dominante y asegurar un mínimo nivel de pluralismo.
- b. Prensa escrita: Bajo la vigencia de la Communication Act, cualquier actividad que implique propiedad cruzada en los medios, deberá pasar por un test de concordancia con el interés público, con el fin de asegurar el pluralismo respecto de los propietarios, de los beneficios económicos, y que no se produzca un detrimento para el mercado.
- c. Restricciones a la propiedad cruzada: En cada área local, deben existir tres compañías de medios separadas que presten los servicios de radio, televisión y diarios. Nadie que controle más del 20% de la circulación nacional de diarios puede ser dueño de más del 20% de una licencia independiente de televisión. Ninguna empresa dueña de una licencia regional puede controlar más del 20% del mercado de los diarios en la misma región. Ningún dueño de una licencia regional de televisión puede ser dueño de una estación local de radio con más del 45% de cobertura en la misma área. Ningún dueño de un diario local puede ser dueño de una estación de radio, en donde el periódico cuente con más del 50% de la circulación en el área cubierta por dicha estación de radio.

¹⁷⁴ Idem.

2.3. Francia

La regulación de los medios en Francia está encargada al Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA), creado por ley en 1986. Esta institución está encargada del control sobre la propiedad de los medios de comunicación y de enfrentar el problema de la concentración mediática en Francia. Su cometido se desarrolla a través de la obligación de las autoridades reguladoras de la libre competencia, de consultar al CSA frente a una fusión y adquisición en materia de medios. Además, los poseedores de acciones en medios de comunicación tienen la obligación de reportar al CSA cuando su paquete accionario exceda el 10%, para que esta institución pueda monitorear efectivamente a los dueños del capital accionario.

Veamos la regulación por áreas:

- a. Regulación general aplicable tanto a radio y televisión: Respecto a la televisión, existen límites establecidos al capital accionario, al número de licencias y de audiencias, y a la participación en nuevas compañías en el mismo sector. Su aplicación es de la siguiente forma: “una persona individual no puede ser dueño de más del 49% de un canal de televisión nacional o del 33% de un canal local si la audiencia media anual es superior a un 2,5% del total. Si una persona posee dos licencias, no puede ser dueña de más del 15% de la segunda licencia y si es dueño de tres, no puede ser dueña de más del 5% de la tercera licencia”¹⁷⁵.

¹⁷⁵ Idem.

- b. Radio: En específico en el mercado de la radio, una empresa no puede controlar una o más estaciones de radio o cadenas de radio si la audiencia agregada excede los 150 millones.
- c. Prensa escrita: Las empresas no puede adquirir un nuevo diario si la adquisición conllevará que su circulación diaria sobrepase más del 30%.
- d. Propiedad cruzada: Un propietario no puede implicarse en más de dos de los siguientes niveles a escala nacional: “1) Área de audiencia de televisión de 4 millones de personas; 2) Área de audiencia de radio de 30 millones de personas; 3) Área de audiencia de cable de 6 millones de personas; 4) Exceder el 20% de las acciones de un diario de circulación nacional; 5) Restricciones locales: ser dueño de una estación de televisión nacional o local, ser dueño de más de una licencia de radio que acumulen audiencias mayores al 10% del área, ser dueño de una estación de cable del área y tener el control editorial u de otro tipo sobre un diario del área”¹⁷⁶.
- e. Inversión extranjera: Cualquier inversión de capitales provenientes de países no miembros de la Unión Europea, está limitado a un 20% de las acciones de un diario nacional, o de una cadena de radio o televisión en idioma francés.

2.4. Alemania

En Alemania la regulación de los medios depende del gobierno de cada Estado (Länder), tal como se lo señala la Constitución de cada uno de ellos. Sin embargo, en las últimas décadas ha existido un intento por armonizar las normas

¹⁷⁶ Idem.

sobre regulación con el fin de crear una normativa de nivel nacional. En el año 2005 se estableció un acuerdo regulatorio (Rundfunkstaatsvertrag). Se debe agregar, que la Oficina Alemana de la Competencia (BKA) y la Comisión sobre Concentración en la Industria Mediática (KEK), son los órganos encargados de regular la competencia en el sistema de los medios de comunicación.

- a. La propiedad en la Televisión y Radio: La regulación en Alemania permite la intervención si un conglomerado de compañías de medios (incluyéndose los diarios) acapara el 30% de los espectadores proyectados en un año. Esta situación es considerada como un impacto preponderante en la opinión pública.

Específicamente en el mercado de la televisión, se fija que acaparar el 25% de los espectadores en un año conlleva una posición dominante. En Alemania “existe un sistema de evaluación que proporciona porcentajes de subsidios para programadores de regiones, programas independientes, y las acciones de una compañía para reducir el impacto de los porcentajes antes señalados”¹⁷⁷.

En cuanto a la radio, no existen reglas adicionales respecto de los niveles de propiedad a nivel regional o nacional.

- b. Prensa escrita: No existen normas específicas, se regula a través de las reglas sobre libre competencia.
- c. Propiedad cruzada: No existen reglas específicas respecto a la propiedad cruzada entre radio y televisión, más allá del principio, antes señalado, de la existencia de un impacto preponderante en la opinión pública.

¹⁷⁷ Ibid.

Es necesario repetir que debido a la pluralidad de regulaciones existentes en cada Estado de Alemania, la regulación común, que hemos comentado, se verá complementada según el Estado y la realidad mediática de cada uno de éstos.

Los mecanismos de regulación que hemos visto en la legislación comparada, se pueden sintetizar en los siguientes ítems¹⁷⁸:

- a) Derechos fundamentales relacionados con la libertad de expresión.
- b) Legislación que asegure transparencia respecto a los conglomerados de medios.
 - 1. Requerimientos sobre los nombres de los dueños de las compañías o accionistas (acciones nominativas).
 - 2. Requerimientos para develar las cuentas de las compañías.
 - 3. Requerimientos para hacer público las fuentes de financiamiento de los medios.
 - 4. Requerimientos para notificar a las autoridades regulatorias sobre cambios significantes en las acciones, capital o accionistas.
- c) Legislación relativa a la concentración en la propiedad de los medios.

¹⁷⁸ BILIR, Hakan, op. cit., p. 16.

1. Reglas generales sobre propiedad y administración: requerimientos de concesiones o licencias, representación de grupos sociales como requisito general.
 2. Regulación sobre propiedad cruzada en medios de comunicación.
 3. Regulación sobre propietarios o inversionistas extranjeros.
- d) Legislación que asegure el acceso.
- e) Normas sobre libre competencia (creadas y aplicadas según las características del mercado de los medios de comunicación).
1. Cartel, fusiones y regulación de adquisiciones.
 2. Mecanismo y metodología para determinar posiciones dominantes.
- f) Aportes estatales y subsidios a los medios.
- g) Reglas sobre avisaje.
- h) Legislación sobre contenido.
1. Imparcialidad respecto a la cobertura de las noticias por parte de los periodistas.
 2. Regulaciones de interés público (programas regionales, representación de grupos de la sociedad, etc.).
- i) Poder en los cuerpos regulatorios en el campo de la propiedad y de la concentración.

3. Propuestas doctrinales para enfrentar la concentración de los medios: hacia una regulación democrática de los medios de comunicación

Como ha quedado de manifiesto en las páginas anteriores, “la existencia de un proceso de comunicación o de formación de la opinión pública, requieren del mantenimiento de un espacio colectivo para la expresión, la participación y la discusión en el que puedan tener cabida y reflejo, así como puedan ser objeto de adecuado contraste y consideración, el máximo número posible de voces o conductas expresivas presentes en el sistema social”¹⁷⁹. Desde el punto de vista democrático, el sistema constitucional debe fomentar la expresión de las diversas voces que forman parte de éste. Por lo tanto, la legislación referida a los medios de comunicación debiera avanzar hacia regulaciones que fueran más allá de un simple punto de vista económico, y atender a los “contenidos y en qué términos éstos reflejan y vigorizan los debates, puntos de vista y, más generalmente, expresiones existentes dentro de la sociedad”¹⁸⁰. Es que el pluralismo “no existe sin más, por el hecho de que la posición dominante de un consorcio mediático no llegue a ser abusiva (...) sino también por la diversidad de expresiones culturales, políticas y sociales”¹⁸¹.

El objetivo central de esta normativa sería, en los conceptos que hemos utilizado, permitir una adecuada distribución de poder comunicativo dentro de la sociedad. Por lo tanto, el pluralismo adecuado desde un punto de vista democrático podría ser alcanzado “en una consideración del modo en el que la misma configura un retrato

¹⁷⁹ BARATA, Joan, op. cit., p. 226.

¹⁸⁰ Ibid., p. 223.

¹⁸¹ BASTIDA, Francisco, op. cit., p. 283.

adecuado, en términos expresivos, del sistema social, así como facilita, con el mayor grado de libertad y amplitud posibles, la evolución democrática del mismo”¹⁸².

Y es que no existe evidencia alguna que demuestre que una regulación que se fije como norte simplemente ordenar los medios desde el punto de vista económico, puede tener algún resultado desde el punto de vista normativo de la democracia. Barata lo sintetiza respecto al audiovisual, de esta forma:

“Y es que independientemente de cuáles sean, finalmente, los mensajes o contenidos audiovisuales que sean objeto de transacción en un determinado sistema basado en una lógica de mercado, e independientemente incluso de las externalidades positivas o el valor o mérito añadido que puedan llegar a presentar los bienes que circulen en un entorno de dichas características, lo cierto es que hasta la fecha de hoy resulta indemostrable la existencia de un incentivo económico que garantice que dicho entorno, aún en un contexto de *escasez*, o incluso de *abundancia*, suponga la directa contribución de la comunicación televisiva a un proceso democrático de desarrollo de la opinión pública”¹⁸³.

Todo esto lleva a la conclusión de que se ha vuelto necesario crear un marco regulatorio que enfrente el problema de la concentración mediática como problema específico, y no como un asunto más del Derecho de la libre competencia, y que además permita el desarrollo de formas no comerciales de comunicación. Entonces, el

¹⁸² BARATA, Joan, op. cit., p. 224.

¹⁸³ Ibid., p. 225.

esfuerzo legal en esta materia debe ir más allá de garantizar el acceso y disponibilidad, e introducir regulaciones que se refieran al propio contenido de los mensajes y en los mecanismos de conformación de los contenidos editoriales.

Las propuestas nacidas de la literatura constitucional tendientes a enfrentar la concentración mediática, tiene en común pretender otorgar los lineamientos para una reforma que someta el poder empresarial de los grupos periodísticos y televisivos, públicos o privados, al contenido normativo de la libertad de comunicación. A partir del trabajo del Profesor Ruiz-Tagle, abordaremos, entonces, una serie de principios fundamentales que debieran servir de base, para la construcción detallada de una normativa que permita una intervención legítima del Estado en esta materia.

En primer lugar, encontramos el principio consistente en que el Estado debe someterse a “la obligación de proteger la soberanía del consumidor y de garantizar de modo diferenciado la ciudadanía”¹⁸⁴. Por consumidores se entiende cualquier persona, incluso los menores de edad. Con ciudadanía en este caso nos referimos a una posición de igualdad en la esfera de lo público, ligada al concepto de deliberación. En este sentido, el Estado debe proteger a los consumidores del fraude y contribuir a la formación ciudadana.

En segundo lugar encontramos al principio de la protección de los más débiles. Éste promueve la participación de todos los partícipes de la sociedad en los medios, sobretodo de aquellos menos aventajados. El tercer principio “consiste en pensar que

¹⁸⁴ RUIZ-TAGLE, Pablo. Propiedad de los medios y libertad de expresión en Chile, Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, (2011) (en prensa), p. 7.

la libertad de expresión no existe en el vacío sino que es parte de un sistema democrático que debe asegurar y fomentar un debate público robusto”¹⁸⁵.

En cuarto lugar se halla el principio de la responsabilidad. Este principio “acepta la idea de terminar con la censura previa, porque no puede haber responsabilidad si hay censura, pero al mismo tiempo se compromete con establecer normas jurídicas para que todos aquellos que producen daños, de cualquier naturaleza que sea este daño, asuman su responsabilidad”¹⁸⁶.

El quinto principio es el de la primacía del derecho sobre otras formas de regulación. Aquí se parte de la base de que en sociedades abiertas, como la chilena, no existe acuerdo sobre cuestiones fundamentales, por lo tanto, el derecho sería el medio apropiado para resolver sus discrepancias. En este caso “el rol del Estado en este caso, es asegurar de modo activo el funcionamiento de los tribunales y de los organismos públicos que controlan la libertad de expresión para que no estos no sean capturados por la fuerza de los intereses particulares y para que aseguren un sistema de protección de los derechos ciudadanos y de los valores democráticos”¹⁸⁷. Por último, el sexto principio se refiere al control y la transparencia del avisaje público o publicidad del gobierno. La publicidad oficial no puede servir para financiar a un tipo determinado de medios, sino que debe ser introducida en aquellos medios en que el público al que se dirige tendrá mejores opciones de acceder.

¹⁸⁵ Ibid., p. 8.

¹⁸⁶ Ibid., pp. 9-10.

¹⁸⁷ Ibid., p. 11.

En cuanto a las propuestas concretas, en las siguientes líneas sintetizaremos las que se refieren directamente al sistema jurídico chileno, que a nuestro juicio resultan más relevantes para la situación actual:

1. Claridad en cuanto a los fines de la regulación. La normativa a la que se sometan los medios de comunicación, debe tener como punto de partida “la preservación de un determinado grado de libertad y pluralismo en el intercambio de ideas y opiniones, y el suministro de un nivel adecuado de información a los ciudadanos”¹⁸⁸. La legislación en esta materia debiera plasmar, a nivel legal, el contenido jurídico de la libertad de expresión y del derecho a la información.
2. La creación de una institucionalidad ordenada y transparente. La regulación de la libertad de comunicación debiera tender a la creación de un “sistema institucional más ordenado y transparente (...) Este sistema debería incluir una preeminencia de los tribunales sobre las demás instituciones de control, pero, además, en dicho sistema el derecho aplicado por tribunales en estos casos, tanto en la creación de conceptos como de categorías, debería ser accesible a la justificación y a la comprensión del público”¹⁸⁹.
3. Prohibición a nivel constitucional todo tipo de monopolio respecto a los medios de comunicación. Como sabemos, en el artículo 19 N° 12 sólo se prohíbe esta situación respecto al Estado, siendo que la realidad actual demuestra que las situaciones riesgos para la libertad de comunicación, en cuanto a la propiedad

¹⁸⁸ BARATA, Joan, op. cit., 217.

¹⁸⁹ RUIZ-TAGLE, Pablo. Apuntes sobre libertad de expresión y censura en Chile op. cit., p. 167.

de los medios, se originan en el sector privado¹⁹⁰, por lo tanto debiera consagrarse a nivel constitucional una prohibición de monopolio privado.

4. Una de las vías más atractivas para garantizar el pluralismo informativo vendría a ser la publicación del sector. En este sentido se ha señalado “que no se trata de una publicatio sectorial, en que la calificación de la actividad empresarial en medios de comunicación social sea garantizada, asumiéndola el Estado; sino simplemente a partir del maxtum servicio público materia-dominio público propio de los medios radiales y televisivos abiertos una autoridad técnica e independiente garantice a través de instrumentos regulatorios (normativos y sancionadores) la libertad de medios, la libertad en los medios y un trato equitativo de acceso y cobertura a todas las expresiones ideológico-políticas, culturales y ética o religiosas”¹⁹¹.
5. Establecimiento de límites a la propiedad sobre los medios y a la participación en los mercados de la comunicación. La actual legislación respecto a los medios de comunicación no establece límites a su propiedad. Originalmente en el proyecto de la Ley 19.733 existían, pero fueron declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional. Dadas las circunstancias existentes hoy en día, es necesario establecer este tipo de límites y creemos que existen las razones suficientes para que este tribunal dé un giro en su jurisprudencia. Esta cuestión ya ha sido discutida en el Congreso, siendo recogida en el Informe de “La

¹⁹⁰ En efecto, el Profesor Zúñiga señala que “al mandato de prohibición anotado no se registra un equivalente para designar una prohibición de monopolios privados sobre los medios de comunicación social; y a los sumo un mandato implícitamente puede ser reconducido al contenido garantístico del Derecho Fundamental a la libertad económica del artículo 19 N°21 de la Constitución que consagra la libertad de mercados” ZÚÑIGA, Francisco, op. cit., p. 174.

¹⁹¹ Ibid., p. 175.

comisión Especial sobre las libertades de pensamiento y expresión, el derecho a la información y los medios de comunicación” en 2008¹⁹².

6. En cuanto a la televisión pública, la conformación de su directorio debiera realizarse de una forma que reflejara la pluralidad de la sociedad chilena, terminándose con el cuoteo político en Televisión Nacional de Chile. La televisión pública chilena debiera “representar también a sus regiones, a los independientes, a los intelectuales, y a todos los grupos del sistema político. Esta tarea es perfectamente exigible al Estado como parte de sus obligaciones”¹⁹³.
7. Establecer un sistema transparente y objetivo de subsidios o estímulos, centrados en la creación y mantención de nuevos medios de comunicación que aseguren el pluralismo, la diversidad y las manifestaciones de las identidades regionales y locales.
8. Creación de un ente autónomo que regule todo el sistema de comunicaciones en el país. Por lo tanto, el Consejo Nacional de Televisión debiera desaparecer para dar paso un órgano dedicado plenamente al control del contenido y estructura de los medios en Chile.
9. Tal como es recogido en el informe antes señalado, debiera establecerse “una normativa legal que regule a los medios de comunicación de propiedad pública distintos de Televisión Nacional, que cuenta con su propia ley”.

¹⁹² Informe de la Comisión Especial sobre las libertades de pensamiento y expresión, el derecho a la información y los medios de comunicación, año 2008, [en línea] <<http://www.camara.cl/sala/doc2.aspx?DOCID=1909>> [consulta: 30 de mayo de 2011].

¹⁹³ RUIZ-TAGLE, Pablo. Propiedad de los medios y libertad de expresión en Chile, op. cit., p. 7.

10. También se ha propuesto dar “financiamiento público un sistema de medición de audiencia pública de la televisión que se instale en regiones y que mida las preferencias de los grupos E y otros que no están representados como corresponde en el people meter”¹⁹⁴. De esta forma se podría medir la recepción del contenido de la televisión en los sectores menos aventajados, y así tener una programación que sea representativa de todos los sectores de la sociedad.
11. Así mismo, este autor propone que en relación a los menores de edad, debiera regularse la cantidad de minutos que duran las tandas publicitarias en los horarios de televisión infantil, con el objetivo de disminuir lo más posible la exposición a éstos de contenidos que necesitan de un criterio formado de evaluación y decisión¹⁹⁵.
12. En cuanto al avisaje estatal, éste no debiera servir para el financiamiento de determinados medios, sino que debiera invertirse en aquellos que lleguen de mejor manera al público objetivo, y los criterios con que se decida esta cuestión debieran ser públicos y transparentes¹⁹⁶.
13. Establecer, en materia de avisaje, que una determinada cuota de cada avisador deberá distribuirse entre medios más vulnerables¹⁹⁷.

¹⁹⁴ Ibid., p. 8.

¹⁹⁵ Idem. El Profesor Ruiz-Tagle cita como ejemplo la Children’s Television Act de 1990 de EE.UU., la que ha permitido sólo hasta un máximo de 10.5 minutos de publicidad por cada hora de televisión en días de semana, y hasta 12 en los días de fin de semana para los horarios infantiles.

¹⁹⁶ Ibid., p. 12. El profesor Ruiz-Tagle agrega a pie de página: “La falta de transparencia con que se asignan los recursos. Al respecto, la información que existe es muy difícil de conseguir, confusa y poco sistemática, en gran parte por el manejo de la publicidad oficial, la cual es asignada por cada ministerio e institución del Estado, con independencia unas de otras. El problema no se acaba acá, ya que además existe información reciente sobre irregularidades en el proceso de venta de publicidad al gobierno”.

¹⁹⁷ Ver Informe de la Comisión Especial investigadora sobre avisaje del Estado, año 2007, <<http://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=59&prmTIPO=INVESTIGAFIN>> [consulta: 30 de mayo de 2011]

Por último, presentamos un breve resumen de las propuestas que la doctrina comparada ha realizado para enfrentar el problema de la concentración mediática:

1. Garantizar la libertad de información. Con este fin se ha propuesto la creación de un “estatuto de los derechos de la información”¹⁹⁸ que permitiera neutralizar el poder de la propiedad a través de múltiples garantías, “desde la elección de los directores de los medios por los miembros de las redacciones, hasta la institucionalización –junto con medidas de antitrust- de autoridades de garantía independientes, específicamente orientadas a la tutela de la libertad de los periodistas y de la autonomía de las redacciones; desde la prohibición de los despidos arbitrarios, las discriminaciones y las censuras, hasta la creación de fondos públicos exentos de cualquier control patronal”¹⁹⁹.
2. Garantía del derecho de los ciudadanos a la información. Para esto debieran fortalecerse las normas sobre concentración en la propiedad de los medios. Específicamente, debiera prohibirse directamente a los inversionistas, nacionales o extranjeros, la propiedad privada de más de un periódico o de una estación de televisión, esto sobre la base de que “si la función de los medios de información es la de aportar informaciones, críticas y opiniones, en un espacio de debate público, no queda claro porque no bastaría con la propiedad de un solo medio”²⁰⁰. En cuanto a las economías de escala, argumentos muy utilizado para rechazar toda limitación en las inversiones en los medios de comunicación, “bien podría delegarse a la administración pública (como las

¹⁹⁸ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 136.

¹⁹⁹ Ídem.

²⁰⁰ Ídem.

redes carreteras) o, incluso, como se está experimentando en Alemania, a consorcios formados por todas las empresas”²⁰¹.

3. Regulación de los contenidos. En este aspecto más que prohibir contenidos, se debiera controlar el desarrollo de ciertos tipos de comunicación, en cuanto al “modo en que los mismos *monopolizan* y distorsionan los procesos de comunicación”²⁰². La solución pasaría “más que por la limitación, por la aportación de otros contenidos, otras formas de discurso y narración de la realidad, los cuales permitan al espectador, entre otros fines, adquirir o disponer de un cierto grado de criterio, o si se quiere decir así, de formación, que le permita considerar adecuadamente y en su correspondiente dimensión y alcance los muy variados y diversos mensajes presentes en el espacio de constante referencia, y pueda, en suma, disponer de contenidos audiovisuales que contribuyan y faciliten verdaderamente el civismo democrático”²⁰³. En efecto, Mastrini y Becerra señalan que el derecho no debe quedar confinado a la garantía de una estructura de propiedad no oligopólica, “sino que también debe asegurársela multiplicidad de contenidos en los medios. Esta diversidad de propietarios y contenidos debe quedar reflejada en todos los niveles relevantes: el político, el cultural y el lingüístico”²⁰⁴.
4. Creación de regulaciones o garantías que permitan la presencia de formas no comerciales de comunicación. El esfuerzo legal de regular esta materia debe ir más allá de garantizar el acceso y disponibilidad. En las actuales circunstancias se hace necesario introducir regulaciones que se refieran al propio contenido de

²⁰¹ Ídem.

²⁰² BARATA, Joan, op. cit., p. 234.

²⁰³ Ídem.

²⁰⁴ MASTRINI, Guillermo y BECCERA, Joaquín, op. cit., pp. 18-19.

los mensajes y en los mecanismos de conformación de los contenidos editoriales.

5. Utilización de los medios públicos como canales para promover el pluralismo informativo. La garantía del pluralismo es un deber que le viene impuesto al Estado, por lo que para cumplir este deber se propone “la creación de una red de medio públicos de comunicación”, es decir, de medios de propiedad del Estado. La finalidad de estos medios sería dar expresión a los intereses generales, no siempre mayoritarios. Estos medios no debieran financiarse con publicidad, lo cual “permite que ese medio (y, por ende, sus destinatarios) se defiendan en contra de la imposición de pautas culturales, políticas y sociales provenientes de quienes tienen la posibilidad de controlar la publicidad”²⁰⁵.
6. La creación de una autoridad independiente que regule los medios. Esta autoridad debiera ser efectivamente independiente, no pudiendo sus miembros ser designados sólo por el poder político “sino electos (al menos en su mayoría) por las federaciones de periodistas y las asociaciones de los usuarios”.²⁰⁶ Debiera tratarse de una “alta autoridad de los audiovisuales que se única y común para todos los medios”²⁰⁷.
7. Asegurar la transparencia de los grupos mediáticos a través de diversos mecanismos de registro y publicidad.²⁰⁸ Para lo cual se debiera imponer acciones nominativas o hacer público los principales accionistas, registrar las cuentas anuales de las empresas, con el desglose de los ingresos por cada medio.

²⁰⁵ CARBONELL, Miguel., op. cit., p. 295.

²⁰⁶ Ibid., p. 296.

²⁰⁷ BASTIDA, Francisco, op. cit., p. 284.

²⁰⁸ LLORENS-MALUQUER, Carles, op. cit., p. 338.

8. Transparencia e independencia de los medios de comunicación pública. Sería preciso eliminar “su dependencia del gobierno e incluso que el nombramiento del presidente del ente público de la radiotelevisión se haga por vía parlamentaria, que haya un eficaz comisión parlamentaria de control del sector audiovisual público y, que éste se encuentre sometido a una alta autoridad de los audiovisuales que se única y común para todos los medios”²⁰⁹.
9. Tender hacia independencia de los medios de comunicación pública respecto a la publicidad. En cuanto a esto se ha propuesto que debería crearse un fondo público adecuado y/o espacios reservados a la publicidad, con lo cual podría diferenciarse claramente entre las cadenas de televisión comerciales y las televisoras de información. En relación con esto, debiera reforzarse el servicio público, con lo cual garantizar una competencia en libertad para la televisión pública. En efecto, “porque se trata de un servicio público destinado a un fin de interés general, podríamos emancipar a la televisión pública de su dependencia de la publicidad, convirtiéndola en una televisión básicamente no comercial que, para sostenerse, dependa del pago de un impuesto”²¹⁰. Por lo tanto, el sector público de los medios “debe estar al servicios de las minorías, no sólo protegiendo su acceso al medio, sino también produciendo programas para una audiencia minoritaria (...) Para ello es fundamental que el sector público no se financie con publicidad. Lo propio de la pública ha de ser la calidad de los programas, no la cantidad de espectadores”²¹¹.
10. Acceso de partidos políticos y grupos sociales a los medios de comunicación. El desarrollo de esta propuesta debiera venir ligada a la introducción en “el texto

²⁰⁹ BASTIDA, Francisco, op. cit., p. 284.

²¹⁰ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 137.

²¹¹ BASTIDA, Francisco, op. cit., p. 284.

constitucional una disposición que asegure el acceso a los medios para los grupos políticos (partidos y agrupaciones políticas) relevantes²¹².

11. Asunción por parte de operadores privados de obligaciones de interés público. Ligada a la decisión de otorgar una licencia o concesión se vincula la imposición del deber de contribuir a la realización de los valores propios de la comunicación democrática, como son el pluralismo, la diversidad, la atención a las minorías, etc. Esto se procura generalmente a través de las denominadas obligaciones de servicio público.
12. Desarrollo de la llamada televisión comunitaria. Se apunta en cuanto a esto que “la relativa disminución de la escasez tecnológica y el progresivo surgimiento de una serie de plataformas que confieren una cierta visibilidad en la comunicación audiovisual, así como la incorporación al ordenamiento de una serie de normas que garantizan un nivel de apertura con relación al uso de infraestructura o elementos de acceso y navegación en la oferta multicanal de contenidos, podría facilitar la presencia pública y un cierto nivel de influencia por parte de los medios de comunicación o voces vinculadas a intereses no comerciales o desvinculadas al menos de ciertos ámbitos de concentración económica: medios gestionados por los propios periodistas que trabajan en ellos, canales organizados desde centros educativos o Universidades, o por parte de determinadas organizaciones sin ánimo de lucro o empresas de reducida dimensión, podrían verse dotados de una especial oportunidad de participar en la esfera de comunicación pública y de conferir por ende una cierta resonancia a su discurso²¹³.”
13. Subsidios a determinados medios. En este sentido sería necesario un “apoyo estatal a los medios minoritarios o con más dificultades financieras a través de

²¹² CARBONELL, Miguel., op. cit., p. 297

²¹³ BARATA, Joan, op. cit., p. 240.

inserciones publicitarias, rebajas de gravámenes, ayudas a la reconversión tecnológica, etc.”²¹⁴.

14. Facilidades financieras para la creación de medios de comunicación de ámbito regional o local. Esto ya que, sobre todo en una etapa inicial, para efectos, de la adquisición de los equipos técnicos y/o contratación de personal resulta especialmente difícil obtener los recursos, por cuanto en sus propias ciudades o regiones son una empresa nueva y que por tanto, no puede entregar una garantía de estabilidad e impacto inmediato.

²¹⁴ LLORENS-MALUQUER, Carles, op. cit., p. 389.

CONCLUSIONES: LA CONCENTRACIÓN EN LOS MEDIOS COMO ATENTADO A LA LIBERTAD DE COMUNICACIÓN

La concentración en los medios de comunicación es un problema grave que aqueja a la sociedad chilena. De su tratamiento depende la salud de nuestra democracia y la realización de importantes derechos fundamentales. Como ha quedado demostrado a través de este trabajo, la intervención del Estado en esta cuestión es urgente y posee sustento constitucional. Entre más tiempo transcurra sin modificarse la circunstancia actual, mayor será el perjuicio para la nuestra frágil democracia y para libertad de comunicación, mayor será el atentado a las libertades comunicativas de los ciudadanos. En esta investigación nos propusimos entregar algunas herramientas conceptuales para comprender el problema de la concentración mediática, y explicar posteriormente cómo ésta influye en la realización de los derechos fundamentales. Expusimos la situación de nuestro país en esta materia, y dimos un panorama general del derecho comparado y de la discusión llevada a cabo en la doctrina. Todo esto con el fin de poder desmostar la existencia de una situación, que a todas luces, es contraria a la Constitución y que, por lo tanto, exige una intervención pública para su solución.

Entonces, de la exposición realizada podemos concluir que la concentración en los medios de comunicación, impide el pluralismo que le es consustancial a libertad de

comunicación y al espacio de la opinión pública. Produce graves deterioros en la calidad de la democracia e incluso, es dable pensar, puede llegar a hacer de la democracia un proyecto imposible de llevar a cabo. Como señala Fiss, la función de la libertad de comunicación es “la preservación de la democracia, y el derecho de un pueblo, como pueblo, de decidir qué tipo de vida es la que desea vivir”²¹⁵. Desde este punto de vista, el valor de la libertad de comunicación se manifiesta en la posibilidad de formar aquella opinión pública libre, que posteriormente pueda transformarse en voluntad pública, a través de los distintos medios institucionales, preservándose de esta forma la conexión entre el pueblo y las instituciones políticas.

Como vimos en el primer capítulo, la existencia de un proceso de comunicación o de formación de la opinión pública, requieren del mantenimiento de un espacio colectivo para la expresión, la participación y la discusión “en el que puedan tener cabido y reflejo, así como puedan ser objeto de adecuado contraste y consideración, el máximo número posible de voces o conductas expresivas presentes en el sistema social”²¹⁶.

En las sociedades contemporáneas resulta indispensable confiar en determinados sujetos, un importante margen de responsabilidad en la configuración de este espacio colectivo de formación de la opinión pública. Por lo tanto, en sociedades complejas como la nuestra, se hace necesaria la existencia de intermediarios que son denominados medios de comunicación social. Sin embargo, “el ejercicio de dicha actividad de intermediación en el marco de la iniciativa económica en el seno del mercado genera la presencia, en el proceso de formación de la opinión pública, de estructuras de comunicación o diálogo en las que las voces o conductas expresivas

²¹⁵ FISS, Owen, op. cit., p. 251.

²¹⁶ BARATA, Joan, op. cit., p. 226.

antes señaladas no tienen garantizada, en su amplitud y diversidad, una presencia adecuada²¹⁷.

Esto conlleva la confusión entre procesos propios y distintos de cada uno de los niveles de una sociedad, con lo cual se le atribuye al mercado funciones que no le son propias, como asegurar el pluralismo o la diversidad. No se trata sólo de que los derechos de los ciudadanos se vean limitados, sino que las posiciones adquiridas en el sistema económico acaban proporcionando importantes y privilegiados “instrumentos de distorsión o control con relación al desarrollo efectivo de lo que conocemos como el estatus de ciudadanía o civilidad, contaminando con ellos los principios de apertura, pluralismo, transparencia y contestabilidad en los que según sabemos, el mismo debe basarse”²¹⁸.

La comunicación como fenómeno central de socialización y de construcción de una república, requiere garantías que la preserven de las distorsiones que intereses particulares, no generalizables, pudieran introducir en el espacio público en que se manifiesta. Es tarea del derecho, entonces, normar de forma coherente al principio fundamental que está en juego, el principio de la soberanía popular, los medios por los cuales se desarrolla la deliberación, si se pretende calificar a ésta de “pública”.

La calidad de este debate público, en concreto, depende de la existencia de las condiciones para todas las posiciones presentes en una sociedad, puedan

²¹⁷ Idem. Continua Barata: “Por decirlo de otro modo, si la esfera pública constituye el entorno ideal máximo en que en un sistema democrático los ciudadanos van a poder participar en la discusión y contestación de las reglas que van a regir el resto de subsistemas, entre ellos, el mercado, resulta contrario a toda lógica confiar a las acotadas reglas y finalidades de este subsistema el modo en el que va a desarrollarse la dinámica de comunicación imprescindible para el funcionamiento de aquel sistema general”.

²¹⁸ Ibid., p. 227.

manifestarse sin la existencia de distorsiones. Justamente esto lo que no ocurre, como ha quedado de manifiesto, cuando se presenta un nivel nocivo de concentración en los medios. Fenómeno que limita las fuentes de información y homogeniza los contenidos presentes en la esfera pública, llevando a la desinformación y a la marginación de diversas visiones presentes en la sociedad. Cuestión que se relaciona íntimamente con la subordinación de la libertad de comunicación a las reglas del mercado. Todas estas cuestiones hacen necesaria una regulación efectiva que enfrente la concentración mediática.

La concentración, como fenómeno a través de cual una o varias empresas incrementan, de diversas maneras, su posición en el mercado de los medios, es un peligro cierto para la libertad de comunicación. Como ha quedado demostrado, el medio o medios que logran tener una posición preponderante dentro del mercado de los medios, tienen el poder para guiar la discusión pública, pudiendo llegar a manipular ésta en función de sus intereses particulares. En este sentido, la concentración mediática significa un peligro efectivo para la libertad de comunicación, y debe ser combatida.

El caso de Chile presenta mayores desafíos aún. Como ha quedado de manifiesto en el capítulo segundo, tanto en la prensa escrita como en la televisión, existe una alta concentración. Si vamos al índice HHI, en Chile nos encontraríamos con una concentración sobre los 2000 puntos en caso de los periódicos, y con una concentración de tipo global en la televisión, razón que haría urgente la intervención de la autoridad pública en pos de garantizar, la formación de la opinión pública, de salvaguardar la libertad de comunicación en su vertiente objetiva: el instituto de la opinión pública libre.

El caso más dramático se presenta en la prensa escrita. En ésta más que un oligopolio, que ya haría necesaria una intervención, nos encontramos con un monopolio, en donde la concentración aparece como fenómeno asentado. Cuando tratamos el tema, en el capítulo segundo, ya hicimos alusión a la idea de monopolio ideológico. Si bien El Mercurio S.A. y COPESA, son empresas diferenciadas en cuanto a su propiedad, responden a las mismas posiciones políticas y se ligan a los mismos grupos sociales, debido a lo cual una increíble variedad de otros sectores de la sociedad, ven vulnerados sus derechos de comunicación.

En el caso de la televisión, dejamos en evidencia la existencia de un oligopolio en donde cuatro estaciones dominan el mercado, pero que en lo referente a los contenidos, existe una homogeneidad absoluta, que hace peligrar la diversidad y pluralismo necesarios para el disfrute de las garantías de la comunicación. Dicha conclusión, la obtuvimos al enfrentar nuestro estudio normativo, con los datos empíricos de la oferta de medios, de los niveles de las audiencias y del mercado de la publicidad.

Si bien existe una televisora estatal, ésta se ha dejado totalmente en manos del mercado, teniendo por ende, que luchar para financiarse con el resto de medios audiovisuales. Cuestión que se agrava con las distorsiones en materia de inversión publicitaria, ligadas a razones de índole político. Si tomamos el resto de los medios televisivos, podemos encontrar que tienen una línea editorial muy marcada, y responde en general a los sectores más conservadores de nuestra sociedad, razón por la cual Televisión Nacional de Chile, a casusa de su necesidad de autofinanciamiento, termina homologándose en cuanto a su contenido editorial, con el resto de canales de televisión, perdiendo el potencial de promotora del pluralismo que conlleva la televisión pública.

En el capítulo tercero, la teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales, nos ha entregado razones de carácter constitucional para sostener la necesidad de la intervención de la autoridad en esta materia, toda vez que en caso de una oligopolio tan marcado, como ocurre con la televisión, o en el caso del oligopolio con caracteres de monopolio que se da en la prensa escrita, el instituto de la opinión pública libre está viéndose gravemente afectado.

La libertad de comunicación tiene como contenido aquellas condiciones a través de las cuales se puede llegar a formar una opinión u opinión pública, que se pueda catalogar como libre. El pluralismo es un supuesto para que esta opinión libre pueda llegar a formarse. Mientras que el pluralismo externo, al cual la diversidad que le es consustancial, debe plasmarse en los medios de comunicación, a través de la expresión de la mayor cantidad de fuentes de información, representantes de las diversas visiones existentes dentro de una sociedad.

Con la necesidad de intervención del poder público, en favor de la dimensión objetiva de la libertad de comunicación. Está en juego la realidad del instituto de la opinión pública libre, como el ejercicio de la mayor cantidad de titulares. La afectación de este instituto, por lo tanto, significa que una gran cantidad de titulares de libertades comunicativas no pueden ejercerlas realmente. Significa que la libertad no se ha plasmado en la realidad, por lo que las libertades comunicativas no tendrían la realidad que pretende su inclusión en la Constitución²¹⁹. Así, la opinión pública libre, las posibilidades de una formación de la opinión pública, no estarían garantizadas en Chile, razón por la cual sostenemos la existencia de un deber prioritario de parte del legislativo, y demás poderes del Estado, de intervenir ante esta situación.

²¹⁹ Debemos aclarar que no adherimos a una interpretación originalista de nuestra Constitución, razón por la cual nos sentimos libres de desentendernos de las posiciones que sostenían los redactores de ésta, en cuanto al contenido y extensión de las libertades comunicativas.

Teniendo en cuenta todo lo dicho hasta aquí, pareciera no haber razones para negar la necesidad de dicha intervención pública, sin embargo, encontramos fundadas crítica y rechazos a ésta. Éstas se fundamentan principalmente en una interpretación de la libertad de comunicación, en términos de libertad negativa, la cual supone la menor intervención posible por parte del Estado. Como señalara Fiss, sería necesaria más libertad para corregir los defectos existentes hoy en día, lo cual tendría que plasmarse en una mayor oferta mediática. Su fe está puesta en que los desarrollos tecnológicos permitirán mayores grados de pluralismo, y que la competencia hará el resto, promoviéndose una regulación mínima para el sector.

Por otro lado, este tipo de posiciones interpretan la libertad de comunicación, y la problemática de la concentración en los medios, como un problema ligado al derecho de propiedad. Sería una cuestión que debiera resolverse con las reglas de la libre competencia, tal como en cualquier otro rubro empresarial. Con lo cual desconocen las características propias que tiene el problema de los medios, y el rol fundamental que tiene la libertad de comunicación en las democracias contemporáneas. Desconocen que la regulación de los medios no es una intervención más en pos de asegurar la libertad económica, sino que es una regulación que se funda en el ideal del autogobierno y el principio de soberanía popular, por lo que en su tratamiento está en juego no sólo la eficiencia del mercado, sino que la propia formación de la voluntad política.

En el capítulo cuarto, demostramos que la normativa vigente sobre medios de comunicaciones, y en específico respecto a los problemas de la concentración, es casi nula. La insuficiencia de la regulación sobre el tema, se evidencia al existir en Chile escasa normativa sobre transparencia acerca de los propietarios de los medios, y en la falta total de normas respecto a la propiedad cruzada y a la propiedad sobre múltiples medios. Esta constatación lleva a concluir que en Chile, el mercado de los medios de

comunicación está prácticamente sin regular. Se exceptúan de este juico las pocas normas existentes dirigidas a registrar de forma general los movimientos accionarios de los medios de comunicación, como estableció la reforma efectuada a la ley 19.733 en el año 2009. Y las normas sobre otorgamiento de concesiones en relación a la televisión.

Nuestra conclusión acerca de falta de regulación específica en relación al problema de la concentración, se reafirmó con el estudio del derecho comparado, en donde pudimos evidenciar la existencia de diversos órganos especializados en la regulación de los medios. Como la presencia de una vasta regulación que impone desde obligaciones de transparencia respecto a la propiedad de los medios, la prohibición de fusiones en caso de niveles peligrosos de concentración, a medidas que buscan promover la diversidad, como son los subsidios.

La doctrina legal referida a este tema, nos permitió proponer diversas medidas para paliar este problema. La mayoría de éstas apuntan a diferenciar la comunicación comercial de la no comercial, como a la creación de entidades públicas dedicadas al control de los medios y de este problema. Asimismo, apuntan a transparentar el mercado de los medios, imponerle obligaciones de servicio público a los medios privados, y devolverle el rol público a la televisión estatal, con el fin de transformarla en un medio que promueva el pluralismo y que funcione de forma independiente al mercado de la publicidad.

BIBLIOGRAFÍA

a. Libros y Revistas

1. ANGUITA, Pedro. El Derecho a la Información en Chile, Editorial LexisNexis, 2005.
2. APREZA, Socorro. Concentración de medios de comunicación *versus* pluralismo informativo externo, En Reforma de medios electrónicos ¿avances o retrocesos? Rudolf Huber y Ernesto Villanueva (coordinadores), Editorial UNAM, México, 2007, pp.63-85.

3. BARATA, Joan. Democracia y audiovisual: fundamentos normativos para una reforma del régimen español, Madrid, Marcial Pons, 2006.
4. BASTIDA, Francisco. Concentración de medios y pluralismo. "Acordes y desacuerdos" entre pluralismo y mercado. En Derecho a la Información y Derechos Humanos. Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva. Jorge Carpizo y Miguel Carbonell Coordinadores, 1ª ed., UNAM, México, 2000.
5. BILIR, Hakan. Media ownership control: to what extent is competition law and policy sufficient to provide for diversity and plurality in the media? [en línea] <<http://www.stps.metu.edu.tr/stpswp/series05/0508.pdf>> [consulta: 05 de febrero de 2011].
6. CARBONELL, Miguel. Construir el pluralismo En Derecho a la Información y Derechos Humanos. Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva. Jorge Carpizo y Miguel Carbonell Coordinadores, 1ª ed., UNAM, México, 2000.
7. CEA, José Luis. Los Derechos a la Intimidad y a la Honra en Chile, Revista *Ius et Praxis*, vol. 6, n° 2, Talca, Chile, 2000, pp. 153-169.
8. CEA, José Luis. Tratado de la Constitución de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1988.
9. CORRALES, Osvaldo y SANDOVAL, Juan. Concentración del mercado de los medios, pluralismo y libertad de expresión, Fundación Chile XXI, Colección Ideas, año 5, N° 53, mayo 2005.
10. CORREA, Sofía y RUIZ-TAGLE, Pablo. Ciudadanos en democracia. Fundamentos del sistema político chileno, Santiago, Editorial Debate, 2010.
11. EVANS, Enrique Los Derechos Constitucionales, Editorial Jurídica de Chile, 1999.
12. FERNÁNDEZ, Germán. Acceso a los medios de comunicación social privados y pluralismo informativo", en TORNOS MAS, J. (coord.), *Democracia y medios de comunicación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

13. FERRAJOLI, Luigi. Libertad de información y propiedad privada. Una propuesta no utópica. En Miguel Carbonell, (compilador), Problemas. Contemporáneos de la libertad de expresión. México, CNDH y Editorial. Porrúa, 2004.
14. FISS, Owen. Free speech and social structure, Tel Aviv University Studies in Law, 1998.
15. GAVARA, Juan Carlos. Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.
16. GRIMM, Dieter. Constitucionalismo y derechos fundamentales, Editorial Trotta, Madrid, 2006.
17. GONZÁLEZ, Gustavo. Medios de Comunicación bajo el signo de la concentración, en "The Media in Latin America". Open University Press. McGraw-Hill Education. 2008.
18. GOODE, Luke. Jürgen Habermas: Democracy and the Public Sphere, Londres, Pluto Press, Londres, 2005.
19. HABERMAS, Jürgen. The Public Sphere. En SEIDMAN, Steven (Ed.), Jürgen Habermas on Society and Politics. A reader, Boston, Beacon Press, 1989.
20. HABERMAS, Jürgen. Facticidad y Validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, 4ta edición, Madrid, España, Editorial Trotta, 2001.
21. HABERMAS, Jürgen. Historia y crítica de la Opinión Pública. La transformación estructural de la vida pública, 9na edición, Barcelona, España, Editorial Gustavo Gili, 2006.

22. HABERMAS, Jürgen. Political Communication in Media Society: Does Democracy Still Enjoy an Epistemic Dimension? The impact of Normative Theory on Empirical Research, *Communication Theory*, Vol. 16, No. 4. 2006.
23. HÄBERLE, Peter. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de ley, Editorial Dykinson, Madrid, 2003.
24. HESSE, Conrado. Significado de los derechos fundamentales, En: *Manual de Derecho Constitucional*, ed. por Benda et al, 2da edición, Madrid, España, Editorial Marcial Pons, 2002.
25. HOFFMANN-RIEM, Wolfgang, Libertad de comunicación y de medios, En *Manual de Derecho Constitucional*, ed. por Benda et al, 2da edición, Madrid, España, Editorial Marcial Pons, 2002.
26. HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Retos que la Libertad de Comunicación plantea al Derecho, *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm 19, 2002.
27. HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. La dimensión jurídico-objetiva de la libertad de información y comunicación, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 77, mayo-agosto, 2006.
28. JARAQUEMADA, Jorge. Concentración de la propiedad en los medios y su efecto en el pluralismo, Universidad de Chile, Instituto de Ciencia Política, Santiago, 1998.
29. MAGDALENO, Antonio. Los límites de las libertades de expresión e información en el Estado social y democrático de Derecho, Congreso de los Diputados, Madrid, 2006.
30. MASTRINI, Guillermo y BECERRA, Martín, Presente y tendencias de la concentración de medios en América Latina, *Zer. Revista de Estudios de*

Comunicación, vol. 12, nº 22, 2007, p. 15-40. [en línea] <
<http://www.stps.metu.edu.tr/stpswp/series05/0508.pdf>>

31. MCEWEN, Michael. A Report to the CRTC Media Ownership; Rules Regulations and Practices in Selected Countries and Their Potential Relevance to Canada, Canadian Radio-television and Telecommunications Commission, 2007 [en línea] < <http://www.crtc.gc.ca/eng/publications/reports/mcewen07.htm>> [consulta: 15 de marzo 2011].
32. MOLINA, Hernán. Derecho Constitucional, Universidad de Concepción, Chile, 1998.
33. MÖNCKEBERG, María Olivia. Los Magnates de la prensa, Editorial Random House Mondadori, Sanatiago, 2009.
34. NINO, Carlos Santiago. Fundamentos de Derecho Constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2002.
35. NOGUEIRA, Humberto. El derecho a la libertad de opinión e información y sus límites, Editorial LexisNexis, 2002.
36. LLORENS-MALUQUER, Carles. Concentración de empresas y el pluralismo: la acción de la Unión Europea Bellaterra (tesis doctoral), Servei de Publicacions de la Universitat Autònoma de Barcelona, 2001. Disponible en: <http://www.tdcat.cbuc.es/TDCat-0111102-124855/>
37. QUADRA-SALCEDO, Tomás. Comunicación y corporaciones locales”, en Quadra-Salcedo, T. (coord.), El régimen jurídico de la comunicación local, Barcelona, Marcial Pons, 2002.
38. RUIZ-TAGLE, Pablo. Propiedad de los medios y libertad de expresión en Chile, Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, 2011, p. 1-14. (en prensa)

39. RUIZ-TAGLE, Pablo. Una visión democrática y liberal de los derechos fundamentales para la Constitución chilena del Bicentenario, Andrés Bordalí Salamanca (coordinador), Justicia Constitucional Y Derechos Fundamentales, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2006, p. 68-129.
40. RUIZ-TAGLE, Pablo y CRISTI, Renato. La República en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo Republicano, Santiago, Editorial LOM, 2006.
41. RUIZ-TAGLE, Pablo. Apuntes sobre libertad de expresión y censura en Chile, DERECHO, JUSTICIA Y LIBERTAD, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México D.F. 2002, p. 139-170.
42. SANCHEZ-TABERNERO, Alfonso. Concentración de la comunicación en Europa. Empresa comercial e interés público. Centre d'Investigació de la Comunicació, Barcelona, 1993.
43. SIERRA, Lucas. pluralismo y comunicación social: libertad de expresión y dos conceptos de libertad. Rev. derecho (Valdivia), ago. 1997, vol.8 supl, pp.17-26.
44. SIERRA, Lucas. La transición y la esfera pública, Revista Persona y Sociedad, Universidad Alberto Hurtado, agosto 2004, vol. 18, n°2, pp. 113-120.
45. SIERRA, Lucas. Reforma legislativa de la televisión ante el futuro digital. Un paso adelante, uno atrás, Estudios Públicos, 114 (otoño 2009), pp. 127-161.
46. SILVA BASCUÑAN, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional, tomo XII, Editorial Jurídica de Chile, 2008
47. SOLOZABAL, Juan José. La libertad de expresión desde la Teoría de los derechos fundamentales, Revista Española de Derecho Constitucional, año 11. Núm. 32. Mayo-agosto 1991.
48. VERDUGO, Mario; PFEFFER, Emilio; NOGUEIRA, Humberto. Derecho Constitucional. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
49. VIVANCO, Ángela. Concentración de medios en las sociedades democráticas: ¿peligro para la libertad de expresión o condición de subsistencia?, En Diálogo

Político, Año XXIV - N° 3, 2007, p. 14 , disponible en http://www.kas.de/wf/doc/kas_12400-544-4-30.pdf

50. ZÚÑIGA, Francisco. Propiedad y Control de los medios de comunicación social: algunas notas sobre el estatuto de la radiodifusión, Revista de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 6 N° 1, 2008, pp. 171-203.

b. Normas jurídicas

1. Constitución Política de la Republica de Chile, edición 2010.
2. Ley 17.377 del 24 de octubre de 1970.
3. Decreto Ley N° 211 de 1973, sistematizado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, del año 2005.
4. Ley N° 18.838 de 30 de septiembre de 1989.
5. Ley N° 19.733 de 4 de junio de 2001.
6. Ley 20.361 de 13 de julio de 2009.

c. Otros documentos legales

1. Libro Verde de la Comisión Europea, Pluralismo y concentración de los medios de comunicación en el mercado interior, COM (92) 480 final, Bruselas, 23 de diciembre de 1992
2. Informe de la Comisión Especial sobre las libertades de pensamiento y expresión, el derecho a la información y los medios de comunicación, año 2008,

[en línea] < <http://www.camara.cl/sala/doc2.aspx?DOCID=1909>> [consulta: 30 de mayo de 2011].

3. Informe de la Comisión Especial investigadora sobre avisaje del Estado, año 2007, <<http://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=59&prmTIPO=INVESTIGAFIN>> [consulta: 30 de mayo de 2011].
4. Historia de la Ley N° 19.733. Sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, año 2001.