

PROPIEDAD Y CONTROL DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL: ALGUNAS NOTAS SOBRE EL ESTATUTO DE LA RADIODIFUSIÓN¹

*Property and control of mass media.
Notes it's the Broadcasting Statute*

Francisco Zúñiga Urbina
Profesor de Derecho Constitucional,
Universidad de Chile y
Universidad Diego Portales
zdc@zdcabogados.cl

RESUMEN: El artículo analiza la propiedad y control de los medios de comunicación social, especialmente la radio, bajo la aproximación del principio constitucional de pluralismo informativo, considerándolo base factual del ejercicio efectivo de las libertades de información y del derecho a la información.

PALABRAS CLAVE: Libertad de expresión, pluralismo informativo, jurisprudencia negativa al pluralismo.

ABSTRACT: The article analyzes the property and control of mass media, specially the radio, under approach to constitutional principle of informative pluralism, considering factual base of effective exercise of the liberty of information and of the right an information.

KEY WORDS: Freedom of speech, informative pluralism, negative jurisprudence of pluralism.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo aborda los límites de la libertad de expresión desde la perspectiva de la propiedad y control de los medios de comunicación social, con especial

referencia al estatuto de la radiodifusión; tema que conecta las libertades de opinión y de información con la realidad de los medios y lo que se ha denominado el pluralismo del sistema informativo.

El tema está prácticamente ausente de tratamiento monográfico en la doctrina nacional y en general adolece de una *capitis diminutio* en cuanto a su importancia, aparece más bien ligada al carácter dual de la libertad de expresión que comprende el derecho a difundir las ideas y el derecho a recibir informaciones e ideas, doble dimensión individual y colectiva que tiene la libertad de expresión (opinión consultiva OC-05/85).²

En este orden de ideas la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han establecido “así, si en principio la libertad de expresión requiere de que los medios de comunicación social estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación, o más exactamente, que no haya individuos o grupos que, a priori, estén excluidos del acceso a tales medios, exige igualmente ciertas condiciones respecto de éstos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos y no vehículos para restringirlas. Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esta libertad. Para ello es indispensable, *inter alia*, la pluralidad de medios, la prohibición de monopolios respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar, y a la garantía de protección de la libertad de expresión”. En términos análogos en el caso *Baruch Ivcher Bronstein* se ha manifestado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos insistiendo en la necesidad de que la libertad de expresión requiere de pluralidad de medios de comunicación, pluralidad de fuentes de información y protección a los profesionales de la comunicación social para gozar de libertad e independencia en el oficio profesión que desempeña.³

Lo cierto es que las libertades de opinión e información, y el derecho a la información, aparecen en el tratamiento que le da la dogmática constitucional enderezado por problemas tradicionales tales como censura, prohibiciones, protecciones penales privilegiadas, protección de fuentes, acceso a la información, publicidad de los actos del poder, derechos de rectificación o respuesta, entre otros. De esta suerte, el pluralismo informativo (interno o “intramedios” asegurador en cada medio de la pluralidad de visiones sociopolíticas, religiosas, éticas y culturales y externo o “entre medios”

² Botón de muestra de lo señalado en la referencia sumaria que tiene el tema en la obra de CEA, José Luis (2004), “Derecho Constitucional Chileno”, tomo II, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, pp. 374-375, y la ausencia de este tema en el libro monográfico editado por Felipe González (2006), “Libertad de Expresión en Chile”, Santiago, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales. El tema también está ausente en el número monográfico de la Revista *Ius et Praxis* (Nº 1, año 6), Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, 2000. Lo propio ocurre con el completo libro de NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2002), *El Derecho a la Libertad de Opinión e Información y sus Límites*, Santiago, Edit. LexisNexis.

³ GROSSMAN, Claudio (2003), “La Libertad de Expresión en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, en libro colectivo *Justicia y Libertad de Prensa*, Miami, SIP, pp. 335-373.

asegurador de una diversidad relevante de medios, con una presencia estatal referencial) y la libertad en los medios de comunicación social que importa protección constitucional y legal a los profesionales de los medios de comunicación social (sobre todo la “cláusula de conciencia”), titulares calificados del derecho fundamental de libertad de información, aparecen en la doctrina y jurisprudencia relegados a un segundo plano, o simplemente negados.⁴

A partir de la distinción entre pluralismo informativo externo e interno ha surgido la necesidad de someter a regulación heterónoma y autónoma a los medios de comunicación social (en especial la radiodifusión sonora y la radiodifusión televisiva), admitiéndose también un rol del Estado como proveedor de información, siendo un modelo clásico el de la BBC; sin perjuicio de la declaración de servicio público-dominio público que afecta a radio y televisión, que de suyo importa regulación heterónoma y de fuerte componente técnico.⁵

Como lo hemos sostenido en otro lugar desde la linotipia –libertad de imprenta– al soporte virtual –libertad de antena– han transcurrido dos siglos, y el desarrollo de la técnica y de las tecnologías han permitido un creciente control social de la información, con peligros de monopolio u oligopolio más que públicos de orden privados, lo que exige un estudio sumario al menos, del pluralismo informativo externo e interno como base factual del ejercicio efectivo de los derechos fundamentales de libertad de información y derecho a la información.⁶

Por tanto acometemos en este trabajo el estudio monográfico de propiedad y control de los medios de comunicación social en las coordenadas del derecho de fundación es decir de la facultad de crear medios materiales a través de los cuales se difunden ideas y opiniones, y del pluralismo informativo, poniendo de relieve críticamente las orientaciones jurisprudenciales habidas en esta materia.

II. PROPIEDAD DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL EN LA CONSTITUCIÓN

La propiedad y control de los medios de comunicación social en la Constitución tiene un tratamiento sumario, pero coherente con derechos fundamentales con conte-

⁴ Consultar libro de RALLO LOMBARTE, Artemi (2000), *Pluralismo informativo y Constitución*, Valencia, Edit. Tirant lo Blanch. Del mismo autor un análisis contemporáneo (2000): “La garantía del pluralismo informativo en Francia. ‘El Conseil Supérieur de l’Audiovisuel’”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 59, Madrid, pp. 93-138. También SATRÚSTEGUI, Miguel (2004), “El pluralismo informativo”, en *Claves de Razón Práctica* N° 148, pp. 40-48.

⁵ Consultar a BENEYTO, Juan (1961), *Ordenamiento Jurídico de la Información*, IEP, Madrid, pp.13-14, 36-41, 216-223.

⁶ Consultar a BASTIDA, Francisco J. (1990), *La Libertad de Antena. El artículo 20 de la C.E. y el derecho a crear televisión*, Barcelona, Edit. Ariel. También ZÚÑIGA U., Francisco (1995), “Libertad de Opinión e Información. De la Libertad de Imprenta a la Libertad de Antena”, *Revista de Derecho* (N° 197), Universidad de Concepción.

nido patrimonial, que cautelan la libertad económica, la libertad de adquirir bienes y el derecho de propiedad. Sobre el tema el artículo 19 N° 12 consagra tres reglas:

1. “La Ley en ningún caso podrá establecer monopolio estatal sobre los medios de comunicación social” (inciso 2°).
2. “Toda persona natural o jurídica tiene derecho a fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos, en las condiciones que señale la Ley” (inciso 4°).
3. “El Estado, aquellas universidades y demás personas o entidades que la ley determine, podrán establecer, operar y mantener estaciones de Televisión” (inciso 5°).

Los antecedentes sobre estas reglas están desarrollados documentadamente en la obra de Silva Bascuñan.⁷

La primera regla establece un mandato de prohibición relativo a monopolios públicos sobre medios de comunicación social. Bien señala Silva Bascuñan: “En la situación en estudio, se prohíbe que sea el Estado quien tenga la exclusividad en el establecimiento, explotación y mantención de los 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 formara 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 existan 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”.⁸

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 lo sumo este 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. En términos análogos se pronuncia Silva Bascuñan: “Aun cuando la Carta no lo dice expresamente, el impedimento de establecer monopolios se extiende asimismo a los particulares, porque ella busca garantizar, como ya expresamos, que los medios de comunicación social pertenezcan a diversos dueños. Ello es consecuencia, por lo demás, de que la Carta reconoce a todas las personas libertad en materia económica y, por lo tanto, la posibilidad de fundar, mantener y explotar un medio de comunicación social, sin perjuicio de ceñirse a las reglas generales establecidas en la propia Constitución para toda actividad económica (artículo 19 N° 21) y las particulares que rijan el funcionamiento de determinado medio de comunicación”.⁹

⁷ SILVA BASCUÑAN, Alejandro (2008), *Tratado de Derecho Constitucional*, segunda edición, tomo XII, De los Derechos y Deberes Constitucionales, Santiago, Edit. Jurídica de Chile, pp. 343-373.

⁸ SILVA BASCUÑAN, ob. cit., p. 346.

⁹ SILVA BASCUÑAN, ob. cit., p. 347. También CEA EGAÑA, José Luis (1988), *Tratado de la Constitución*, Santiago, Edit. Jurídica de Chile, pp. 93-126.

La segunda regla establece un derecho de fundación, de titularidad de personas naturales y jurídicas, en orden a “fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos” –medios escritos– y en “las condiciones que señale la ley” (Ley de Prensa). Fuera del derecho de fundación queda la creación de medios de comunicación audiovisual que requieran de concesión o permiso administrativo por acceder a un ámbito del espacio como es el espectro radioeléctrico, quedando sometidos a la dirección técnica y supervigilancia de la autoridad de las telecomunicaciones: la Subsecretaría de Telecomunicaciones del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (artículos 5º, 6º y 7º del D.L. Nº 1762, 1977 y artículos 3º, 4º, 6º, 7º y 8º de la Ley Nº 18.168 General de Telecomunicaciones).

De esta suerte, en la legislación el derecho de fundación de medios de comunicación social de libre recepción (radiodifusión sonora y radiodifusión televisiva) quedan sometidos a estatutos del Derecho de las Telecomunicaciones, cuyas normas jurídicas y técnicas, tienen como telón de fondo el soporte concesional para acceder al espectro radioeléctrico que integra el dominio público y los elementos propio del servicio público.¹⁰ Por ende, los títulos de intervención de la autoridad de telecomunicaciones son muy intensos en el sector, más allá de las razones tradicionalmente argüidas para sostener la publicación del sector (respeto al ejercicio del mismo derecho por otros sujetos, la declaración de servicio público de ciertos bienes necesarios para la creación de los medios, normas internacionales vigentes en la materia y la utilización de un medio escaso como el espectro radioeléctrico), como por vía ejemplar ocurre en España (STC 12/82 caso Antena 3 S.A.).¹¹

Los avances tecnológicos en telecomunicaciones relativizan las razones que sirven de soporte a la publicación del sector, como ocurre con internet y soporte digital. Lo propio ocurre con la globalización de las comunicaciones y mass media, que derriba fronteras nacionales en el caso de recepción satelital de programas de televisión, según lo confirma la jurisprudencia comunitaria europea (STJCEE de 27 de abril de 1988).¹²

De las otras dos reglas o normas iusfundamentales citadas cabe colegir un vacío constitucional en relación a un medio de comunicación social específico: radiodifusión sonora y que es obra en gran medida de la reforma constitucional de 1989 promulgada mediante la Ley Nº 18.825 que suprimió la referencia a la radio contenida en el

¹⁰ Cea Egaña puntualiza sobre el derecho de fundación en este campo: “La historia fidedigna de la regla permite, sin embargo, afirmar que con ello no se pretendió desconocer la titularidad de la radiodifusión, sino someterla al régimen de concesión, justificado en razón de que las ondas del espectro radioeléctrico son bienes nacionales de uso público” (ob. cit., p. 119).

¹¹ Consultar el colectivo coordinado por GUERRA, Luis López (1994), *Derecho Constitucional*, 2 vols. y 1 suplemento, Valencia, Edit. Tirant lo Blanch, vol. I, pp. 251-277, y de TORRES DEL MORAL, Antonio (1998), *Principios de Derecho Constitucional español*, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, U. Complutense, 4ª edic., pp. 311-313.

¹² Consultar a FERNÁNDEZ R., José Julio (2002), “La modulación de la libertad de información en internet”, en Colectivo *Derechos Fundamentales y Estado*, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, 9 vols., México D.F., Edita III- UNAM y Consorcio de Universidades, pp. 297-321, y a FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa (1998), *Nuevas tecnologías, Internet y derechos fundamentales*, Ed. Mc Graw-Hill.

texto primitivo del inciso 6º del N° 12 del artículo 19. Hasta la reforma de 1989 radio y televisión habían tenido un tratamiento común en la medida en que ambos medios de comunicación social requerían de concesiones para acceder al espectro radioeléctrico, y coherente con ello la Ley N° 18.168 General de Telecomunicaciones y la Ley N° 18.838, reformada por Ley N° 19.131 del Consejo Nacional de Radio y Televisión habían intentado dar un tratamiento sistemático a radiodifusión sonora y a radiodifusión televisiva. La Ley de Prensa intenta suplir el vacío constitucional extendiendo la definición del derecho de fundación a todos los “medios de comunicación social” (inciso segundo del artículo 1º) y la definición de los medios de comunicación social a todos aquéllos aptos para “transmitir, divulgar, difundir o propagar, en forma estable y periódica, textos, sonidos o imágenes destinados al público, cualquiera sea el soporte o instrumento utilizado” (inciso primero del artículo 2º).

De esta manera, el vacío constitucional relativo a la radiodifusión sonora pierde entidad. “Al eliminarse, ... –advierte Silva Bascuñan– la referencia que el texto original hacía a la radio, y no existiendo por ello otra regla que haga mención a dicho medio en el actual N° 12 del artículo 19, pareciera formarse la convicción de que la Carta habría estimado innecesario proteger en forma especial el derecho en relación a ese medio de comunicación. Creemos, sin embargo, que tal silencio no obsta a que la garantía de la libertad de expresión y de información, contemplada en términos amplios en la Ley Fundamental, incluya el derecho a fundar y mantener estaciones de radiodifusión, siempre, claro está, que se cumpla con los requisitos que establezca la ley. Estimamos, en efecto, que la omisión anotada deriva de una simple inadvertencia”.

Sobre propiedad y control de los medios de comunicación social, la jurisprudencia constitucional de obligada cita es la referida al proyecto de nueva “Ley de Prensa”, que en el marco del artículo 19 N° 12 de la Constitución admitió junto a la libertad de emitir opinión y la de informar, el derecho a recibir informaciones, como parte “natural” e “implícito” a las libertades explícitas; “porque de nada sirven estas libertades si ellas no tienen destinatarios reales” (STC Rol N° 226, de 30 de octubre de 1995, considerando 19º).

La jurisprudencia constitucional indicada, con la misma fuerza que declara inconstitucional la preceptiva del proyecto de ley sobre pluralismo en el sistema informativo (artículo 9º que disponía la obligación del Estado de asegurar “la expresión efectiva de las distintas corrientes de opinión...”) por constituir una “intromisión” en la autonomía de los cuerpos intermedios o grupos asociativos como son los medios de comunicación social y su capacidad de organizarse internamente (STC Rol N° 226, 1995, cons. 28º, 29º y 31º), desestima la legitimidad constitucional de la preceptiva sobre propiedad y control de los medios contenida en el proyecto de ley, señalando:

39º) Que, como cuarto capítulo de inconstitucionalidad plantean los requirentes que el contenido del inciso segundo, del artículo 43, del proyecto viola la Carta Fundamental. Dice el texto de este inciso:

“Se reputarán como hechos de la naturaleza de los sancionados en el inciso precedente:

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

41º) Que, en lo que se refiere a la violación del derecho a desarrollar cualquiera actividad económica lícita conviene señalar que este derecho fundamental amparado y protegido por la Constitución, no es sino expresión del reconocimiento de la primacía de la persona humana y de su libre iniciativa para emprender y así realizar la plenitud de sus virtualidades para su propio bien y el de sus semejantes, colaborando en la promoción del bien común. Se trata, pues, de un derecho de fundamental importancia para los individuos, al permitir desarrollar tanto el espíritu de iniciativa como la subjetividad creadora de cada una de las personas.

42º) Que, el derecho reconocido por el artículo 19, N° 21, es consecuencia, por lo tanto, de esa primacía de la persona, que establece de manera precisa y plena de consecuencias jurídicas la Constitución en su artículo 1º, y que reitera su artículo 5º al imponer al Estado, y a cada uno de sus órganos, cualquiera sea su naturaleza, función o jerarquía, el deber de respetar los derechos de las personas e incluso de promover su ejercicio, a fin de que puedan, además, participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

43º) Que, como lo ha expresado este Tribunal (Roles 146 y 167), el ejercicio del derecho fundamental que reconoce y asegura el referido N° 21 del artículo 19 citado, ha de realizarse sin contravenir la moral, el orden público o la seguridad nacional “respetando las normas legales que las regulen” (inciso primero), es decir las normas que el legislador –y sólo el legislador– dicte al efecto, pero en caso alguno éste puede, bajo pretexto de regular una actividad económica, llegar a impedir su libre ejercicio.

44º) Que, a juicio de este Tribunal, el artículo 43 del proyecto deberá ser declarado inconstitucional en lo que se refiere a su inciso segundo, en razón de infringir sus letras a) y b) el artículo 19, en sus numerales 21 y 26, y 24.

En efecto, al disponer el proyecto en análisis que ciertos hechos –que describe el inciso segundo del artículo 43 aludido– son impositivos 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 (letra a) de dicho inciso segundo), 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 da aquí, ya que la

actividad que se pretende impedir no aparece atentatoria a ellas porque se tengan porcentajes mayores a los que el proyecto prevé.

45º) Que, debe igualmente hacerse presente, que la limitación que tanto la letra a) como la letra b) del inciso tercero, de dicho artículo 43 del proyecto, disponen en cuanto a la posesión de porcentajes –llamado “control” por este precepto– afectan de manera directa la posibilidad de desarrollar la actividad económica indicada, por causas ajenas a las que la Constitución precisa en su artículo 19, N° 21, inciso primero, imponiendo exigencias que afectan al contenido esencial de este derecho reconocido expresamente por el artículo 19, N° 26, pues impiden su libre ejercicio; por lo cual debe entenderse que dichas letras a) y b) referidas, también vulneran el artículo 19, N° 26 de la Carta Fundamental.

46º) Que, también este precepto vulnera el artículo 19, N° 24, inciso segundo de la Constitución, en cuanto si bien este inciso dispone la posibilidad de limitaciones al derecho de propiedad, lo permite solamente en la medida que deriven de su función social, función que comprende, por expresa disposición constitucional, cuanto exijan las circunstancias que allí se indican, las cuales, según este Tribunal no se configuran en el caso de autos. Cabe agregar, además, que tales limitaciones jamás pueden afectar el contenido esencial del derecho, esto es, no pueden consistir en “privación” del derecho, como ocurre con la disposición del proyecto en análisis, privación para la cual, en conformidad con la Constitución, no tiene competencia el legislador, situación que conlleva de suyo la vulneración de los artículos 6º y 7º de la Constitución.

47º) Que, a mayor abundamiento, debe tenerse presente que toda pretendida limitación o restricción a un derecho constitucionalmente asegurado, puede establecerse únicamente en los casos o circunstancias que en forma precisa y restrictiva indica la Carta Fundamental; y que, además, tales limitaciones deben ser señaladas con absoluta precisión, a fin de que no sea factible una incorrecta o contradictoria interpretación. Asimismo, esa exigida precisión debe permitir la aplicación de las restricciones impuestas de una manera igual para todos los afectados, con parámetros incuestionables y con una indubitable determinación del momento en que aquellas limitaciones nacen o cesan.

48º) Que, el artículo 43, inciso segundo, del proyecto impugnado, carece de los elementos esenciales necesarios para establecer una restricción, según se ha expresado en el considerando anterior. El elemento referencial que emplea ese artículo, cual es el del control de un segmento del mercado informativo o de un porcentual de la distribución de publicaciones, corresponde a datos eminentemente cambiantes día a día y están sujetos a la libre voluntad, decisión y opinión de quienes cada vez compran o adquieren las publicaciones, sintonizan las emisiones radiales o seleccionan el medio audiovisual de su soberana elección. Estos destinatarios de la información configuran así un universo de magnitud eminentemente variable, resultando de esta manera igualmente variable día a día y momento a momento la magnitud de cualquier porcentaje calculable sobre aquél.

La sentencia reproducida fragmentariamente en lo que nos interesa declara inconstitucional la preceptiva del proyecto de ley de la nueva “Ley de Prensa” referida a

porcentajes máximos de propiedad y control de medios por infringir las normas del rubro (letras a) y b) del inciso segundo del artículo 43) los N^{os} 21, 26 y 24 de la Constitución, es decir, derechos fundamentales de contenido patrimonial: libertad económica y derecho de propiedad, y su refuerzo garantístico normativo de contenido esencial, sin perjuicio de cumplirse con los estándares “implícitos” para establecer una limitación de derechos en los términos del N^o 23 del artículo 19 de la Carta: “a) la limitación debe estar establecida en una ley de quórum calificado, y b) la limitación debe sustentarse en el interés nacional” (STC Rol N^o 226, de 1995 cons. 50^o); lo que redundaría en la inconstitucionalidad formal por carecer de quórum la preceptiva del proyecto de ley sobre limitación de propiedad de dos o más medios en un mismo mercado (letra c) del inciso segundo del artículo 43).

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional está ausente el pluralismo en el sistema informativo consagrado imperfectamente en el artículo 3^o de la Ley de Prensa, y su conexión con la función pública de los medios al formar opinión pública en una sociedad pluralista y en una democracia constitucional, lo que obliga a conectar el pluralismo medial con el pluralismo ideológico, político y social. Por otra parte la sentencia comentada no es deferente con el Legislador, ya que el mentado artículo 43 de proyecto de ley fue introducido mediante indicación del Presidente de la República (Boletín N^o 1035-07, agosto de 2000) fundado en la idea de pluralismo informativo, concebida como el mecanismo que conecta los imperativos políticos de la democracia a la operación de los medios, por una parte y con el control económico que asegure libre competencia y no concentración monopólica.

Así a falta de resguardos directos y efectivos al pluralismo del sistema informativo en la Ley de Prensa, este resguardo sólo se exige de medios de comunicación social de propiedad estatal como ocurre con el estatuto de la Empresa de Televisión Nacional de Chile (artículos 1^o, 3^o, 4^o y 10 de Ley N^o 19.132).

Con todo el camino a una mayor publicación vía desarrollo legislativo del estatuto de radiodifusión sonora y radiodifusión televisiva está abierto, por tratarse de un medio de comunicación social, que requiere de un título o habilitación para acceder al espacio de dominio público y por la función pública que se cumple, se trata de servicios públicos materiales. Tal publicación debe ser armonizada con los derechos subjetivos públicos que nacen de la concesión y el amparo constitucional de éstos (S. C. de Apelaciones de Santiago, 26 de octubre de 1994, Gaceta Jurídica N^o 172).

Este camino a la publicación vía desarrollo legislativo lo admite nuestra jurisprudencia especializada (Comisión Resolutiva, Res. de 11 de agosto de 1993), y también contradictoriamente la jurisprudencia constitucional, que empleando predominantemente una pauta hermenéutica finalista admite la legitimidad constitucional deberes o cargas impuestas a los canales de televisión (franja electoral) para preservar otros bienes concernientes al proceso político democrático, que señala:

7^o. Que, precisado lo anterior, el problema consiste en resolver si estas obligaciones y limitaciones que el proyecto impone a los canales de televisión de libre recep-

ción sólo en aquellas oportunidades en que se realicen procesos electorales y plebiscitarios y con el exclusivo propósito de contribuir a conseguir la plena igualdad de todas las personas en la participación en los señalados procesos, infringen la preceptiva constitucional, ya sea por crear una discriminación arbitraria en su contra, por conculcar su libertad de información o, en fin, por vulnerar el derecho de propiedad sobre sus bienes.

8º. Que, en análisis de las normas constitucionales y legales que han regido el derecho a operar canales de televisión en Chile demuestra, con claridad, que nuestro ordenamiento jurídico ha sido extremadamente exigente y cauteloso en la regulación de este medio de comunicación social, restringiendo la titularidad del derecho sólo a determinadas instituciones, por una parte y dejando testimonio, por la otra, que en el cumplimiento de sus funciones deberán estar siempre presente, de manera muy especial, los intereses generales de la colectividad.

Para demostrar lo primero, basta recordar que la Constitución de 1925 complementada por el artículo 2º de la Ley 17.377 de 1970, sólo permitió establecer canales de televisión a la empresa denominada “Televisión Nacional de Chile”, a la Universidad de Chile, a la Universidad Católica de Chile y a la Universidad Católica de Valparaíso, todas ellas corporaciones de Derecho Público.

Para evidenciar lo segundo, es oportuno transcribir algunos pasajes de la moción parlamentaria que en el año 1969, patrocinada por el Ejecutivo, dio origen a la antes señalada ley 17.377. En ella se expresa: “La creciente importancia de los medios de comunicación y de su impacto en la sociedad contemporánea ha preocupado a los especialistas de todas las disciplinas sociales. Entre estos medios es la televisión, sin duda alguna, el que ha producido el efecto más profundo en la población al afectar incluso los hábitos del grupo familiar y orientar las actitudes y aspiraciones de todo el grupo social. Difícil sería, por lo tanto, ignorar la responsabilidad que cabe a quienes emplean este medio que está transformado, de manera permanentemente acelerada a veces imperceptible, la estructura misma de la sociedad y comprometiendo nuestro destino como Nación. Por estas razones fundamentales creemos que la televisión deber ser orientada por normas que cautelen debidamente los intereses nacionales que ella compromete” (Cámara de Diputados, Sesión N° 14 de 2 de diciembre de 1969, Boletín 321, p. 2099).

10º. Que de lo expuesto en los considerandos anteriores deriva, desde ya, una primera conclusión: los canales de televisión cumplen una verdadera función de utilidad pública y como lo dice el artículo 1º de la ley 17.377, “como medio de difusión han de servir para comunicar e integrar al país”.

11º. Que la segunda conclusión surge del texto mismo de la Carta Fundamental y resulta especialmente relevante para dilucidar el problema en estudio. La Constitución de 1980 establece para la televisión un régimen de titularidad “restringido o selectivo”, ya que sólo el Estado y aquellas universidades y personas o entidades que la ley señale o fije podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión. Y es así como en la actualidad solamente la empresa denominada “Televisión Nacional de Chile” y las Universidades de Chile, Católica de Chile y Católica de Valparaíso gozan del privilegio de tener el derecho exclusivo para operar y mantener canales de televi-

sión de libre recepción. Diferente es la situación de la prensa escrita y de las radioemisoras, la que no obstante ciertas restricciones derivadas de facultades extraordinarias, de carácter transitorio, no tienen tal privilegio de exclusividad ni tampoco constituyen Corporaciones de Derecho Público.

12°. Que de lo relacionado fluye, con nitidez, que las normas del proyecto relativas a la televisión de libre recepción no merecen reparo constitucional, ya que si la Constitución ha encargado a la ley determinar aquellas universidades y demás personas o entidades que, además del Estado, podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión, con exclusión de cualquiera otra que ella no establezca, bien puede también esa ley imponer obligaciones y limitaciones medidas y razonables como son las que las normas del proyecto contemplan. Lo anterior se justifica plenamente tanto como una justa contrapartida al derecho selectivo que se otorga, cuanto porque ellas en definitiva las exige el interés general de la colectividad, a fin de dar una estricta aplicación al precepto del artículo 18 de la Carta Fundamental, en orden a que la ley garantizará siempre la plena igualdad entre los independientes y los partidos políticos en la participación de los procesos electorales y plebiscitarios, igualdad que, obviamente, no se conseguiría si la ley permitiera un uso ilimitado de la televisión en períodos electorales.

13°. Que esta interpretación es la que mejor se aviene no sólo con la letra de la Constitución, sino, también, con su contexto y espíritu, ya que la norma que contempla el derecho a establecer, operar y mantener canales de televisión e implícitamente a imponerles obligaciones justas y razonables, como es la gratuidad, guarda perfecta armonía con el deber del Estado de asegurar una participación equitativa e igualitaria del pueblo en los plebiscitos y elecciones el cual, a través de estos procesos, ejerce la soberanía” (STC Rol N°56, 9 de agosto de 1988).

Es menester agregar que la “franja electoral” (artículos 30-31 de Ley N° 18.700 orgánica constitucional de Votaciones Populares y Escrutinios) ha sido impugnada en sede de protección por los canales y ANATEL, la que fue desestimada (S. C. de Apelaciones de Santiago, 14 de octubre de 1993, rol N° 2653-93 y S. Corte Suprema, 4 de noviembre de 1993, Rol N° 21.977).

Por demás la publicación en el estatuto de la radiodifusión televisiva es de mayor entidad, coincidente con la importancia adquirida por este medio de comunicación social, sometiéndose los medios a la obligación constitucional de “correcto funcionamiento”, el que es encomendado en rol tuitivo, normativo y sancionador al Consejo Nacional de Televisión (CNTV). La Ley N° 18.838 entiende el “correcto funcionamiento” como “...el permanente respeto, a través de su programación, a los valores morales y culturales propios de la nación; a la dignidad de las personas; a la protección de la familia; al pluralismo; a la democracia; a la paz; a la protección del medio ambiente, y a la formación espiritual e intelectual de la niñez y la juventud dentro de dicho marco valórico”. El CNTV de integración colegiada, es pluralista es su composición, y en su práctica regulatoria en torno al pluralismo escasísima, limitada a la comunicación electoral a través de una “Directiva sobre Pluralismo en Televisión para el Periodo de Elección Presidencial”,

adoptada por acuerdo del Consejo el 14 de junio de 1999, y que recoge “principios orientadores” para un “trato equitativo”. El mismo CNTV en su práctica jurisprudencial es más bien sobria limitándose a tres casos sometidos a su decisión.

III. PROPIEDAD Y CONTROL EN EL ESTATUTO DE LA RADIODIFUSIÓN. JURISPRUDENCIA RECIENTE

En consecuencia nos corresponde abordar en este apartado resguardos indirectos y relativamente efectivos del pluralismo del sistema informativo como ocurre con normas fragmentarias de la Ley de Prensa sobre libre competencia y reciprocidad.

A los efectos el tema de este trabajo se hace necesario comentar la jurisprudencia surgida en relación a los artículos 37 y 38 y 9º inciso 3º de la Ley N° 19.733 sobre Libertades de Opinión e Información y ejercicio del Periodismo (Ley de Prensa); preceptos materialmente ligados al derecho de la competencia y al derecho de las telecomunicaciones. Los artículos 37 y 38 de la Ley de Prensa disponen reglas acerca de la libre competencia y someten al procedimiento no contencioso de consultas cualquier cambio en la propiedad o control de un medio de comunicación social, procedimiento hoy encomendado a la competencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en virtud de la Ley N° 19.911 (artículo 18 N° 2 DFL N° 1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del DL 211, de 1973). El artículo 9º inciso final de la Ley de Prensa establece una regla de reciprocidad para personas jurídicas con capital extranjero superior al 10% que obtengan una concesión de radiodifusión sonora de libre recepción.

El Tribunal de Defensa de la Competencia mediante la Resolución N° 20/2007 de 27 de julio del mismo en la presentación del “conflicto” o asunto planteado a su competencia en “procedimiento no contencioso” señala:

Segundo. Que, la Ley N° 19.733, de Libertad de Opinión e Información, establece normas especiales de defensa de la competencia y atribuciones específicas a este Tribunal, en resguardo del pluralismo y diversidad en el sistema informativo. En efecto, dicha normativa establece, en primer término, que los cambios en la propiedad o control de medios de comunicación social deberán ser informados a la Subsecretaría de Telecomunicaciones del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (Subtel) dentro de treinta días de su ejecución y, respecto de aquellos medios que requieren de concesión para operar, establece la obligación de contar con un informe favorable del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, respecto a su impacto en el sistema informativo, previo a la operación. Esta última es una exigencia extraordinaria en nuestro sistema de control de concentraciones, en el que la regla general, respecto de los actos o contratos que se pretenden celebrar, es la voluntariedad de las consultas, como dispone el artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211;

Tercero. Que, además, el artículo 37, inciso primero, de la mencionada Ley N° 19.733 dispone textualmente que, “Para efectos de lo dispuesto en el decreto ley

Nº 211, de 1973, se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones, que tienden a impedir la libre competencia, los que entraben la producción de informaciones, el transporte, la distribución, circulación, el aviso y la comercialización de los medios de comunicación”;

Cuarto. Que, de la historia de las normas citadas, se observa la especial preocupación de los legisladores porque la concentración en la propiedad de los medios de comunicación social pueda resultar atentatoria para el funcionamiento del sistema democrático, considerando como esencial, para la libertad de expresión, la pluralidad de medios de comunicación social. Estas disposiciones buscan equilibrar adecuadamente el pluralismo informativo con una economía de mercado, con el fin de promover el desarrollo de una democracia pluralista y transparente en el país;

Quinto. Que, adicionalmente, para los consumidores de información podría ser costoso discernir sobre la calidad y veracidad de aquélla que es transmitida por un determinado medio de comunicación, si no pueden compararla con la que reciben de otras fuentes. En consecuencia, una forma de proteger a los ciudadanos de la posibilidad de que consuman indiscriminadamente información defectuosa producida por un medio de comunicación, es procurando maximizar la probabilidad de que puedan contrastarla con la que producen otros informantes. De ahí la importancia para el consumidor del pluralismo en materia de información;

Séptimo. Que, corresponde entonces a este Tribunal, en el contexto precedente y en el marco del artículo 38 de la Ley de Libertad de Opinión e Información, conocer y pronunciarse respecto de cualquier hecho o acto relevante relativo a la modificación o cambio en la propiedad o control de un medio de comunicación social bajo el régimen de concesiones, porque el legislador asoció en alguna medida el pluralismo en el sistema informativo con el grado de concentración empresarial en el mercado de la información;

Octavo. Que, por lo razonado en los motivos anteriores, en opinión de este Tribunal, a los fines de la ley, lo que interesa es que el contenido social, cultural y político transmitido por un medio de comunicación masivo pueda ser verificable, comparable o contrastable con otros medios de comunicación. En ese sentido, el artículo 38 no impone la necesidad de efectuar un análisis de diferente naturaleza a aquel propio de cualquier operación de concentración, a la luz de las normas sobre protección a la libre competencia, sin perjuicio de que establece la exigencia de considerar también en dicho análisis los efectos que una concentración empresarial en la industria de los medios de comunicación pueda producir en el pluralismo informativo y en la libertad de expresión;

Noveno. Que, en suma, el legislador ha considerado que la libre competencia es uno de los medios o instrumentos idóneos para, indirectamente, alcanzar o mantener un grado razonable de pluralismo y diversidad de información, asignando especialmente a este Tribunal un deber de resguardo de la adecuada competencia en este mercado, por medio del examen previo a cualquier modificación o cambio en la propiedad o control de un medio de comunicación social. Por esta razón, y con objeto de cautelar la competencia económica e indirectamente la diversidad de información,

que son los bienes jurídicos que se pueden ver afectados por la operación consultada, este Tribunal analizará los posibles efectos de la misma en el mercado;

La estructura argumentativa preliminar del Tribunal es muy valiosa, ya que liga el control de concentraciones con la pluralidad de fuentes de información y de medios que la proveen, en una suerte de “mercado de la información”. Tal pluralismo informativo permite que el contenido social, cultural y político transmitido por los medios sea verificable, comparable o contrastable con otros medios. Además para el Tribunal la radiodifusión sonora es un servicio de telecomunicaciones concesionado por el Estado, cuyas transmisiones de radio están destinadas a la recepción libre y directa por el público en general, (considerando undécimo) por lo que constituye un bien público, toda vez que no existe rivalidad ni exclusión en su consumo. La transmisión de las señales de radio se realizan a través del espectro radioeléctrico y el consumidor no paga por el servicio de información y entretenimiento que recibe, le basta tener un radio receptor para escuchar junto con los servicios mencionados el mensaje publicitario y quien paga por el servicio es precisamente el que contrata el mensaje publicitario con las agencias de medios o directamente con la radio o cadena de radios.

Sobre concentración actual de mercado la citada Resolución N° 20/2007 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia indica:

Tigésimo octavo. Que, para medir la concentración en el mercado de avisaje en radios este Tribunal tendrá presente que la captación de inversiones publicitarias presenta, en principio, una relación directa con el ranking de audiencia, toda vez que, cuanto mayor sea la audiencia de la radio, mayor parece ser el interés de los anunciantes en publicitar en ella y, a su vez, que la audiencia potencial a la que pueda acceder la radio está condicionada a la disponibilidad de una concesión;

Tigésimo noveno. Que, al respecto, es razonable pensar que los anunciantes y agencias de medios asignan las inversiones en publicidad sobre la base de la audiencia de cada radio. En ese sentido, IPSOS Chile realiza el denominado “Estudio de Sintonía Radial Oficial en Chile”, mediante el cual se determinan los niveles de audiencia de las radios AM y FM para Santiago y las principales ciudades del país (específicamente en las ciudades de Iquique, Antofagasta, La Serena, Valparaíso, Concepción y Temuco). Así, con la información correspondiente al período enero-junio de 2006, que rola a fojas 483, este Tribunal estimó las participaciones en audiencia por radio o grupo controlador para Santiago y las principales ciudades del país, la que se presenta en el Cuadro 3 siguiente;

Cuadragésimo. Que resulta relevante considerar el hecho de que en regiones la audiencia está más atomizada que en el caso de Santiago, debido a la mayor audiencia que obtienen las radios AM y FM que producen contenidos locales y regionales (por ejemplo, FM Carnaval, AM Festival, FM Punto Siete, entre otras):

Cuadro 3...

Así, de perfeccionarse la operación de concentración en los términos consultados, CRC participará con el 44,7% de la audiencia total en Santiago, el 45,5% en Iquique, el 37,7% en Antofagasta, el 45,6% en La Serena, el 28,6% en Valparaíso, el 40,1% en

Concepción y el 38,1% en Temuco. La empresa resultante de la operación participará así, en promedio con el 38.9% de la audiencia en regiones;

Cuadragésimo primero. Que, por otro lado, los datos sobre gastos en publicidad presentados en el Cuadro 4, siguiente, muestran que el mercado nacional de avisaje en radios ha estado, previo a la operación consultada, moderadamente concentrado. La empresa líder del mercado (Iberoamerican-IARC), con ocho señales radiales (o radios), captó durante el año 2005 el 32,8% de la inversión publicitaria realizada, mientras que las tres principales cadenas de radios (IARC, Grupo Bezanilla y Cia. Chilena de Comunicaciones), que agrupaban 13 señales de radio el año 2005, concentraban ese año, en forma colectiva, el 52,2% de la inversión publicitaria;

Cuadro 4 ...

Cuadragésimo segundo. Que, de realizarse la operación de concentración en los términos consultados, se modificaría la configuración del mercado de avisaje en radio. Ello por cuanto CRC pretende adquirir a su principal competidor y líder del mercado. En términos cuantitativos, esto significa que CRC, al absorber a AIRC, pasaría a ser el líder del mercado con una participación del 37,4% del avisaje en radio y con 12 señales de radio a nivel nacional. Los competidores más próximos de la empresa concentrada serían los grupos Flia. Bezanilla y Cia. Chilena de Comunicaciones, los que participan con el 10,2% y 9,2% del mercado de avisaje en radios y que cuentan con 3 y 2 señales, respectivamente;

Cuadragésimo tercero. Que, de verificarse la operación en los términos consultados, el grado de concentración de la industria aumentaría en 299 puntos, medido en términos del índice de Herfindahl Hirschmann (IHH). Según estándares internacionales (por ejemplo, las Merger Guidelines vigentes en esta materia en los Estados Unidos de América), un cambio de IHH de esa magnitud en una industria moderadamente concentrada podría tener efectos negativos en la competencia en el mercado relevante y, por lo tanto, es necesario analizar tanto las condiciones de entrada de la industria como la posibilidad de que se produzcan comportamientos oportunistas por parte de la empresa concentrada;

Cuadragésimo quinto. Que complementa lo anterior un hecho que, en opinión de este Tribunal, es esencial: los auditores no enfrentan costos relevantes para cambiar en forma instantánea la emisora de su preferencia, lo que facilita la volatilidad de las participaciones de las distintas radios en la audiencia y, consecuentemente, en el avisaje. Así, para mantener sus participaciones de mercado, las radios deben desplegar un constante esfuerzo competitivo;

El Tribunal circunscribe los efectos del control de concentraciones a la sintonía de radios e inversión publicitaria, recogiendo las participaciones de los consorcios radiales en el mercado, de suerte que el grado de concentración medido en índice IHH exige examinar las barreras de entrada del sector.

Sobre las barreras de entrada en el mercado la Resolución N° 20/ 2007 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia agrega:

Cuadragésimo sexto. Que, habiéndose analizado de esta forma el mercado rele-

vante y las participaciones de la consultante y sus competidoras en el mismo, antes y después de la operación consultada, corresponde a este Tribunal determinar en las consideraciones siguientes si en el mercado relevante de autos existen barreras a la entrada que puedan retrasar, o dificultar en forma significativa, el ingreso oportuno de potenciales competidores, lo que podría aumentar el poder de mercado de las empresas establecidas y, en particular, de la empresa resultante de la operación de autos;

Cuadragésimo octavo. Que la concesión, al otorgar el uso y goce exclusivo de una parte del espectro radioeléctrico, constituye un insumo esencial para la producción de servicios de radiodifusión sonora. En ese sentido, la principal barrera a la entrada al mercado de servicios de radiodifusión sonora sería la disponibilidad de espectro radioeléctrico. Es por ello que este Tribunal procederá a analizar, a continuación, la distribución de las concesiones de radiodifusión en el área de servicios de las empresas consultantes, así como la disponibilidad de espectro en dichas áreas. Al respecto, y tal como se anticipara en el considerando vigésimo séptimo, la tendencia de los mercados de servicios de radiodifusión es a desplazar las transmisiones radiales hacia la frecuencia modulada, razón por la cual el análisis de disponibilidad de espectro se centrará en esa banda de frecuencias;

Reconoce la sentencia que la concesión de radiodifusión otorgada por el Estado es imprescindible para explotar comercialmente una radio emisora y constituye un insumo esencial para la producción del servicio de radiodifusión sonora constituyendo la principal barrera a la entrada al mercado relevante la disponibilidad de espectro radioeléctrico, (considerando cuadragésimo octavo). En el considerando cuadragésimo noveno, el Tribunal señala que es posible observar que para muchas de las ciudades más importantes del país y desde luego, para Santiago, no existe espectro radioeléctrico disponible en la banda FM y por lo tanto, la entrada de un nuevo competidor, sólo es posible vía la adquisición de un operador existente. En la renovación de concesiones los operadores existentes tienen preferencia en el concurso a que debe llamar la Subsecretaría de Telecomunicaciones, para la asignación de las concesiones, (considerando quincuagésimo segundo y quincuagésimo tercero). Lo anterior, constituye una barrera infranqueable a la entrada en el medio radial. Enseguida, también la sentencia discurre en relación al costo para instalar una radioemisora, estimando que un concepto radial similar al comercializado por las empresas involucradas en la operación consultada, ascendería aproximadamente a US\$ 1.5 millones, lo que también constituye una barrera considerable a la entrada. También considera en el considerando quincuagésimo séptimo que una importante barrera a la entrada es el hecho de que exista un conglomerado que cuente con un número importante de radios y con participación importante en el mercado, como es el caso y reconoce que no existen competidores equivalentes en el mercado a la empresa que se constituirá mediante esta integración, (considerando quincuagésimo octavo). En el quincuagésimo noveno, señala que la empresa fusionada concentraría una fracción significativa de la audiencia en los distintos segmentos socioeconómicos, haciendo más atractivo para un anunciante publicitar sus productos en este grupo radial. Grafica lo anterior con un cuadro que expone en el mismo considerando.

Sobre el impacto de la concentración bajo los efectos de la operación consultada en el procedimiento el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia resuelve:

Quincuagésimo octavo. Que en caso de aprobarse la operación consultada en la forma solicitada, aumentaría la concentración en el mercado del avisaje en radio, al reunirse de 12 señales de radio que hoy captan el 37,4% del total de la inversión de avisaje cursada por este medio, y el 44,7% y el 38,9% de la audiencia en Santiago y en Regiones, respectivamente. Cabe destacar que no existen competidores equivalentes en el mercado, pues el competidor más cercano –el grupo Bezanilla– captura el 11,3% de la inversión publicitaria con 3 señales de radio y el siguiente –la Cía. de Chilena de Comunicaciones– concentra el 10,3% de la inversión publicitaria en el medio, con 2 señales de radio;

Sexagésimo primero. Que si bien la mayor concentración en el mercado de avisaje en radio no es, por sí misma, contraria a las normas de la libre competencia, podría aumentar el riesgo de comportamientos oportunistas por parte de la empresa fusionada. Por un lado, existe el riesgo de fijación de precios abusivos y, por otro, el de adoptar prácticas exclusorias, como la predación y las ventas atadas, con el objeto de aumentar su poder en el mercado relevante. La probabilidad de ocurrencia de estas conductas se analizará a continuación;

Cabe puntualizar que en la sentencia no demuestra eficiencias y sinergias positivas en la operación consultada que pudieren compensar las deficiencias de la misma, por lo tanto, es inaplicable, o no favorece a la operación de concentración de que se trata “la regla de la razón” que usualmente se considera desde un aspecto técnico en estas materias. Esta cuestión se reconoce expresamente en los considerando sexagésimo séptimo y siguientes de la sentencia. Mas aún, el considerando sexagésimo noveno, señala que la consultante no ha proporcionado información que respalde la efectividad de las eficiencias argumentadas, ni cómo o en qué grado éstas serían traspasadas a los consumidores.

Finalmente, sobre las eficiencias de la operación de concentración el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia puntualiza:

Septuagésimo tercero. Que, en efecto, a juicio de este Tribunal, existe con la operación de concentración la oportunidad de una utilización más eficiente del espectro radioeléctrico, siempre que aumentara la variedad y calidad de contenidos y con ello la audiencia y la participación del medio en la inversión publicitaria total. Sin embargo, no hay certeza de que éste sea efectivamente el resultado de la operación y, por tanto, el Tribunal impondrá condiciones a la operación;

A su vez en el considerando septuagésimo quinto, reiteran los sentenciadores que un entrante al mercado enfrentará, como principal barrera a la entrada, la necesidad de obtener una concesión de espectro radioeléctrico, cuestión imposible por su agotamiento para las principales ciudades del país. A lo anterior, señala el considerando, deberán agregarse los importantes costos de entrada que impondrá la existencia de un conglo-

merado que cuenta con un número importante de radios (300 radios y 12 cadenas nacionales) y de penetración significativa en diferentes segmentos del mercado.

La sentencia reconoce expresamente que no existe penetración de nuevas tecnologías que permitan reducir sustancialmente el efecto de barrera a la entrada que implica la limitación de las concesiones de radiodifusión sonora (considerandos septuagésimo sexto y séptimo).

Los sentenciadores anuncian que impondrán condiciones a la operación, en los considerandos sexagésimo cuarto, septuagésimo tercero, septuagésimo octavo, octogésimo séptimo y las condiciones que en definitiva imponen, son menores y éstas no son capaces de resolver una importante materia, cual es, la de mantener la libre competencia post-fusión en la forma que ésta operaba antes de la fusión en análisis, tampoco promueven ni resguardan la competencia frente a los riesgos a que ésta se expone con las mínimas condiciones que los sentenciadores finalmente imponen. Éstos no consideran el informe de la Fiscalía Nacional Económica al efecto y tampoco la recomendación y las condiciones que este organismo recomienda específicamente para este caso.

Concluye sobre la materia examinada el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia:

Octogésimo segundo. Que, con el fortalecimiento de la radio como alternativa para las empresas que publicitan en los medios los bienes y servicios que ofrecen, es de esperar que aumenten los niveles de calidad y autonomía de las emisoras radiales en materia informativa, pues la existencia de compañías relevantes y solventes operando en la industria radiofónica, debiera tender a favorecer, entre otras cosas, la existencia de mejores y más eficientes departamentos de prensa, que no dependan de manera determinante de agencias externas de noticias para producir informaciones, aumentando así la oferta en materia informativa y ampliando y mejorando las alternativas de la ciudadanía para acceder a distintas fuentes de conocimiento y de opinión. Lo anterior, toda vez que el rol informativo requiere de un nivel de costos fijos mayores a los de entretenimiento, esto especialmente si se comparan, en un extremo, programas exclusivos de música con, en el otro extremo noticieros;

Octogésimo tercero. Que, en suma, este Tribunal estima que existen niveles de concentración que pueden ayudar a reforzar el contenido informativo emitido en radios. El consumidor de contenidos informativos siempre tendrá la posibilidad de contrastarlos con los que emiten otras radios y otros medios como diarios y televisión. Lo anterior es así pues, si bien estos medios no son tan buenos sustitutos entre ellos a ciertas horas del día y considerando las actividades cotidianas del consumidor, se puede afirmar que, a lo largo de la jornada, éste se verá expuesto a más de un medio informativo;

Octogésimo cuarto. Que, sin perjuicio de lo expuesto, el mandato que el artículo 37 de la Ley N° 19.733 entrega a este Tribunal dice relación también con el deber de asegurar que en el funcionamiento de los medios de comunicación en general exista un adecuado nivel de competencia, de manera tal que se promueva la pluralidad de

actores en la industria, así como la libertad para acceder a la propiedad de medios de comunicación, para efectuar cambios en la misma, y para producir y distribuir contenidos e información;

En suma la sentencia del Tribunal recoge una observación central el nivel de concentración de la industria ayuda a reforzar o mejorar el contenido informativo, y con ello la aptitud de los consumidores de contratar la información mono y multimedialmente.

En otro de materias, específicamente en cuanto a la regla de origen del capital y reciprocidad, es decir el inciso tercero del artículo 9º de la Ley Prensa el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia dedica un importante obiter dicta, que fragmentariamente señala:

Octogésimo noveno. Que, en efecto, el artículo 9º de la Ley N° 19.733 establece que la adquisición de concesiones para radiodifusión por personas jurídicas con participación de capital extranjero superior al diez por ciento –siendo ése el caso de la consultante GLR, conformada por capitales de origen español– sólo podrán otorgarse si se acredita, previamente, que en su país de origen se otorga a los chilenos derechos y obligaciones similares a las condiciones de que gozarán estos solicitantes en Chile;

Nonagésimo. A juicio de este Tribunal, se debe hacer presente que las normas de la Ley N° 19.733 antes indicadas, respecto de la propiedad o control de concesiones de espectro radioeléctrico, son aplicables no sólo al titular directo de la concesión, sino que a aquellas personas o sociedades que tienen o ejercen control sobre ésta, sea mediante sociedades relacionadas, participación accionaria, acuerdos de control y cualquier otra figura contractual por la que se manifieste dicho control, en la medida que éstos tengan efectos en Chile. De otra forma, tales normas quedarían sin real sentido y aplicación, siendo fácilmente eludibles con la sola figura de la transferencia de acciones entre empresas matrices;

En efecto, el obiter dicta es muy relevante ya que la Ley N° 19.733 sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo, establece obligaciones para quienes van a adquirir medios de comunicación y se le dan importantes facultades al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Lo anterior es por cuanto, la monopolización de los medios de comunicación social, preocupa mucho más que otras concentraciones, desde luego, declara artículos o servicios esenciales los pertinentes a la operación y manutención de los medios de comunicación social y luego, a diferencia de cualquier otro mercado, obliga a los Organismos de la Competencia, al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y a la Fiscalía Nacional Económica estar excepcionalmente atentos e impedir la concentración de medios de comunicación social en pocas manos y esto, no sólo por una consideración económica que es también muy relevante, si no por estar en juego el derecho fundamental de la libertad de información y derecho a la información: En razón de ello se le dio tales facultades a las Comisiones Preventivas en el pasado, facultades que pasaron al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, puesto que no era especialmente necesario legislar esta materia si era sólo por el tema económico.

En consecuencia, cualquier figura que estructure una mediana o alta concentración respecto de los medios de comunicación social, particularmente, de los sujetos a concesión otorgada por el Estado, como es el caso de las radioemisoras, resulta en conformidad a nuestras normas jurídicas inacabable y se debe impedir por expreso mandato de la ley.

Lo expuesto nos obliga a tener presente los argumentos preliminares de la resolución del Tribunal que estableció en el considerando segundo, precisamente lo expuesto precedentemente, señala que la Ley N° 19.733 de Libertad de Opinión e Información, establece normas especiales de defensa de la competencia y le da atribuciones al órgano jurisdiccional: “en resguardo del pluralismo y diversidad en el sistema informativo”. También señala que el informe favorable del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, respecto al impacto en el sistema informativo, previo a la operación, es una exigencia extraordinaria en nuestro sistema de control de concentraciones en que la regla general es la voluntariedad de las consultas. En el considerando cuarto, sostiene el Tribunal, que la concentración en la propiedad de los medios de comunicación social puede resultar atentatoria para el funcionamiento del sistema democrático, considerando como esencial para la libertad de expresión, la pluralidad de medios de comunicación social y así en los considerandos quinto, sexto, séptimo y octavo, discute el Tribunal en estas mismas ideas, tanto que en el considerando séptimo señala que el legislador asoció en alguna medida el pluralismo en el sistema informativo con el grado de concentración empresarial en el mercado de la información y termina, en el considerando noveno, señalando que el legislador ha considerado que la libre competencia es uno de los medios o instrumentos idóneos para, indirectamente, alcanzar y mantener un grado razonable de pluralismo y diversidad de la información, asignado dice especialmente a este Tribunal, un deber de resguardo de la adecuada competencia en este mercado, por medio del examen previo a la modificación o cambio en la propiedad o control de un medio de comunicación social.

No obstante el claro sentido de los considerandos referidos, cuando resuelve en esta materia, finalmente el Tribunal no considera sus propios iniciales considerandos y sólo lo hace el Ministro Sr. Menchaca en el voto en contra, quien estuvo por rechazar la operación consultada por precisamente, esas consideraciones que fueron generales del Tribunal y que están en los nueve primeros considerandos.

Ahora bien como se ha expuesto el citado artículo 9° inciso tercero de la Ley N° 19.733, dispone que las concesiones para radiodifusión sonora de libre recepción solicitadas por personas jurídicas con participación de capital extranjero superior al 10%, sólo podrán otorgarse si se acredita, previamente, que en su país de origen se otorga a los chilenos, derechos y obligaciones similares a las condiciones de que gozarán estos solicitantes en Chile. Igual exigencia deberá cumplirse para adquirir una concesión ya existente. La infracción al incumplimiento de esta condición significará la caducidad de pleno derecho de la concesión.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia se refirió a esta materia en su resolución en el considerando octogésimo octavo señalando el alcance de la norma

para la operación consultada; puntualizando, entre otras cosas, que dicha operación no cumpliría con las normas sobre reciprocidad internacional respecto de la propiedad o control de concesiones de espectro radioeléctrico.

El Tribunal, en el considerando octogésimo noveno citado, dice que en efecto, el inciso tercero del artículo 9º de la Ley Nº 19.733, establece que la adquisición de concesiones para radiodifusión por personas jurídicas con participación de capital extranjero superior al 10% –siendo ese el caso de la consultante GLR conformada con capitales de origen español– sólo podrán otorgarse si se acredita, previamente, que en su país de origen se otorga a los chilenos derechos y obligaciones similares a las que gozarán estos solicitantes en Chile.

El Tribunal respecto a esta materia va más al fondo del asunto y en el considerando nonagésimo, lo que establece la doctrina es en el sentido de que, las normas respecto a la propiedad o control de concesiones del espectro radioeléctrico, son aplicables no sólo al titular directo de la concesión, sino que a aquellas personas o sociales que tienen o ejercen control sobre ésta, sea mediante sociedades relacionadas, participación accionaria, acuerdos de control y cualquier otra figura contractual por la que se manifieste dicho control, en la medida que éstos tengan efectos en Chile. Finaliza el considerando, señalando que de otra forma, tales normas quedarían sin real sentido de aplicación, siendo fácilmente eludibles con la sola figura de la transferencia de acciones entre empresas matrices.

Pero circunscribiendo el Tribunal su propia competencia, en el considerando nonagésimo primero señala que no obstante lo anterior, esta circunstancia, la de su reciprocidad, no será considerada en la resolución de esta consulta, dado que su cumplimiento, así como otros requisitos formales (cuando éste es un requisito de fondo), establecidos en la ley, debe ser fiscalizado por la Subsecretaría de Telecomunicaciones y no por el Tribunal, por cuanto excedería su competencia en un procedimiento de esta naturaleza.

La conclusión del Tribunal resulta compleja y obligó a obtener dictamen de Contraloría General de la República en la materia que se cita fragmentariamente más adelante y a incoar un procedimiento administrativo fiscalizador por la Subsecretaría de Telecomunicaciones que hasta la fecha del dictamen no había fiscalizado el cumplimiento de la regla de reciprocidad.

Sólo resta agregar que la sentencia Rol 4578-2007 de la Excma. Corte Suprema en sede de reclamación, desestima el recurso especial interpuesto, fundado en:

6º) Que del análisis de los antecedentes de la causa aparece que las medidas dispuestas por la sentencia que se revisa por esta vía aparecen como suficientes y adecuadas para cautelar la libre competencia, garantizando así la pluralidad de medios y con ello la libertad de expresión y la diversidad de información.

En efecto, justamente porque en la sentencia se determinó que, de aprobarse y verificarse la operación tal como fue solicitada, el grado de concentración aumentaría

de forma tal que podría tener efectos negativos en la competencia en el mercado relevante, es que se decidió aprobar la operación con las condiciones impuestas. Si bien la principal barrera de entrada al mercado de la radiodifusión sonora es la disponibilidad de espectro radioeléctrico, la sentencia impugnada estableció, con el informe acompañado a fojas 1, que el año 2010 expiran 45 de las concesiones con las que contaría la empresa consultante, cinco de ellas en la ciudad de Santiago, y el 2014 el total de las concesiones expiradas será de 55, 6 de ellas en esta ciudad; y aunque tendrá el derecho preferente para renovar sus concesiones, éstas deberán someterse a un concurso público en el cual podrán participar otros interesados y adjudicárselas en caso de presentar mejores condiciones técnicas o económicas que GLR Chile Limitada. Por otra parte y en lo que a la publicidad radial de difusión nacional se refiere, según lo declara el Gerente de Administración y Finanzas de Mindshare Chile S.A.C., don Cristián Scholz Durán, a fojas 748, como norma los medios se encuentran imposibilitados de realizar cualquier prestación de servicios publicitarios sin pasar por las agencias mediales. Explicó el testigo que luego de que el cliente le señala a estas agencias el producto que quiere dar a conocer, el formato de presentación del aviso, el target al que está enfocado ese producto y un presupuesto, elaboran una estrategia de medios, la que presentan al cliente para su aprobación y posterior compra a los proveedores de medios, lo que importa que la mayoría de la publicidad es contratada por estas agencias, de manera que son ellas las que negocian en forma centralizada la inversión publicitaria de quienes desean dar a conocer sus productos o servicios, lo que dificultaría que la empresa consultante pudiese fijar precios a sus anunciantes por encima de sus competidores. Por otro lado, el riesgo del ejercicio de prácticas excluyentes en esta materia por parte del GLR Chile Limitada se ve disminuido por el hecho de que, si llegara a bajar los precios a cobrar a los anunciantes en relación a las demás empresas de radiodifusión del mercado relevante, ello importaría entonces el aumento de tiempo destinado a la publicidad de los diversos productos y servicios y con ello la disminución de la audiencia, la que, sin ningún costo, puede cambiar de estación radial en busca de mejores o más entretenidos contenidos;

7º) Que, por último, el hecho de que el mercado sea limitado, como ya se analizó, determina que, de producirse una fusión, casi en forma inevitable se produzca el fenómeno de concentración del mercado, cuyas consecuencias se verán luego de encontrarse operando las empresas fusionadas, sin que necesariamente ellas sean negativas si, como en el caso que nos ocupa, la autoridad correspondiente ha impuesto las condiciones que importan medidas destinadas a evitarlas. Sin perjuicio de ello, si luego de concentrarse esta operación se produce alguna situación que se estime atentatoria contra la libre competencia, tanto la Fiscalía Nacional Económica como los particulares que se sientan perjudicados con dicha situación podrán, la primera, presentar un requerimiento y los segundos, entablar un reclamo.

Finalmente sobre la competencia para fiscalizar el inciso tercero del artículo 9º de la Ley de Prensa el dictamen N° 1861 de 15 de enero de 2008, establece la plena competencia de la Subsecretaría de Telecomunicaciones para fiscalizar la regla de reciprocidad aludida en el obiter dicta de la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. El dictamen fragmentariamente señala:

“De los propios términos del inciso 3º del artículo 9º de la Ley N° 19.733, resulta que éste se limita a complementar la normativa sectorial preexistente a su publicación, innovando respecto de aquélla contenida en la Ley N° 18.168, por la vía de agregar nuevos requisitos para el otorgamiento y adquisición de las concesiones de radiodifusión, pero sin que con ello se pretenda reformular el marco jurídico establecido en esta materia, ni alterar las competencias de los organismos que intervienen en tales materias.

Las materias en cuestión –otorgamiento y adquisición de concesiones de radiodifusión sonora de libre recepción–, se insertan dentro del ámbito sectorial que es propio del Ministerio y Subsecretaría indicados, lo que no se ve alterado por las exigencias que al respecto agregó la Ley N° 19.733.

Ahora bien, dichas exigencias, aplicables a las personas jurídicas con participación de capital extranjero superior al diez por ciento, consisten en la acreditación de que en el respectivo país de origen se otorga a los chilenos derechos y obligaciones similares a las condiciones de que gozarán estas personas en Chile, circunstancia de hecho que debe probarse en el correspondiente procedimiento administrativo por ser relevante para la decisión del mismo.

Para tales efectos, según lo establece el artículo 35 de la Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, la autoridad administrativa competente puede valerse de cualquier medio de prueba admisible en derecho, sin perjuicio de solicitar a otros órganos los informes que juzgue necesarios para resolver, fundamentando la conveniencia de requerirlos, conforme lo señala el artículo 37 de la misma Ley.

Por otro lado, comoquiera que las exigencias que agregó la Ley N° 19.733 no sólo se deben cumplir al tiempo de otorgarse la concesión o de adquirirse una ya existente, corresponde que la autoridad sectorial fiscalice el efectivo cumplimiento de las mismas durante todo el plazo de su vigencia. En este sentido, como ya se ha indicado, el inciso 2º del artículo 9º de ese texto legal impone a los medios de comunicación social la obligación de proporcionar información acerca de diversos aspectos –relativos a sus propietarios, controladores, constitución societaria, entre otros–, la que debe encontrarse permanentemente a disposición de la autoridad que la requiera en el ejercicio de sus competencias, precepto que debe complementarse con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 37 de la Ley N° 18.168 y con la letra k) del artículo 6º del Decreto Ley N° 1.762, de 1977, que facultan a la Subsecretaría de Telecomunicaciones para requerir de los concesionarios y entidades que operen en el ámbito de las telecomunicaciones, los antecedentes e informaciones que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones o cometidos, quienes estarán obligados a proporcionarlos.

Finalmente, debe consignarse que la fiscalización por parte de la Subsecretaría de Telecomunicaciones de las exigencias tantas veces aludidas, debe ejercerse por su propia iniciativa, sin perjuicio de las peticiones que le formulen otros órganos o de las denuncias que reciba de los particulares, aspecto, este último, que resulta concordante con que la información a que se refiere el inciso 2º del artículo 9º de la Ley N° 19.733 sea de libre acceso al público y que deba encontrarse permanentemente actualizada y a su disposición en el domicilio del respectivo medio de comunicación social.

Conviene agregar, que tales infracciones podrá denunciarlas, además de aquéllos que señala el inciso 2º del artículo 23 de la propia Subsecretaría de Telecomunicaciones, conforme a los antecedentes que recabe en ejercicio de sus funciones fiscalizadoras”.

El organismo contralor fija probablemente más allá de lo pedido en el procedimiento dictaminador un alcance restrictivo a la regla de reciprocidad establecido en el dictamen aludido:

“Finalmente, se consulta si las exigencias que establece el inciso 3º del artículo 9º de la Ley N° 19.733, son aplicables tanto al titular directo de la concesión, como a aquellas personas o sociedades que tienen o ejercen control sobre este titular, mediante sociedades relacionadas, participación accionaria o cualquier figura contractual que manifieste dicho control.

Al respecto, cabe señalar que la exigencia de acreditar la reciprocidad en el trato que se otorgue a los chilenos en materia de otorgamiento y adquisición de concesiones de radiodifusión es de carácter excepcional, y se encuentra sujeta a una doble limitación, tanto respecto de las personas que afecta, como en cuanto a los actos o convenciones que involucra. Así, tal como lo consigna la norma en estudio, dicha exigencia sólo es aplicable a aquellas personas jurídicas con participación de capital extranjero superior al diez por ciento que soliciten se les otorgue una concesión de radiodifusión o se les autorice adquirir una ya otorgada, sin que se pueda extender a las entidades que tengan o ejerzan control sobre dichas personas jurídicas con participación de capital extranjero, ni a otros actos o convenciones distintos al otorgamiento o adquisición de una concesión, para lo cual la ley había tenido que disponerlo expresamente”.

El citado dictamen del organismo contralor extiende su potestad dictaminadora a una interpretación gramatical de la regla de reciprocidad, negando lugar a la posibilidad de “descorrer el velo” de la malla de sociedades para determinar la obtención o adquisiciones de concesiones radiales, por personas jurídicas con capital de origen extranjero superior al 10%.

En suma, la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia nos permite establecer la relativa eficacia del control de concentraciones para acometer la tutela del pluralismo informativo, quedando subordinado el control a la apertura relativa del mercado de la información. Ello desde la perspectiva de *lege ferenda* permite observar el brutal vacío en el resguardo del pluralismo informativo externo, a lo que se suma la precaria tutela del pluralismo informativo interno, sólo asegurado para la televisión pública. Asimismo, la jurisprudencia administrativa reafirma la competencia de la Subsecretaría de Telecomunicaciones en orden a fiscalizar el artículo 9º de la Ley de Prensa, pero deja abierta la importante cuestión acerca del alcance sustantivo de la regla de reciprocidad.

IV. PLURALISMO INFORMATIVO: DEL “MERCADO DE LAS IDEAS” A LA CIUDADANÍA

La Ley de Prensa, al quedar clausurada por vía contramayoritaria (STC Rol N° 226) 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 grave la reduce al derecho de fundación. Por otra parte, el único caso de pluralismo interno o “intramedios” se da en relación al Estado y TVN.

La clausura contramayoritaria del pluralismo informativo y de la regulación de la concentración (propiedad y control) de los medios de comunicación social referidos a los citados artículos 9º y 43 del proyecto de ley impugnado ante el Tribunal Constitucional no sólo da cuenta de una lectura ideológicamente sesgada de la Constitución (que en los escoramientos conservadores y neoliberales prefiere la tutela de los derechos fundamentales de contenido patrimonial) sino que sacrifica a una lectura de la Constitución de cuño neoliberal a las definiciones iusfundamentales tan caras al orden republicano democrático. Efectivamente tal definición iusfundamental por dicho orden exige una sólida opinión pública que reviste de transparencia las decisiones públicas y la formación de un “mercado de las ideas” que contribuye a tener más plenos ciudadanos, y por ende, una personalidad más plena.

En este contexto, no auspicioso para el pluralismo informativo, se da el análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y de la Corte Suprema recaída en procedimientos no contenciosos de consultas e informe tanto del DL Nº 211, de 1973 como de la Ley de Prensa; que es un resguardo indirecto y de eficiencia relativa del pluralismo informativo por la vía de cautelar la libre competencia y la concentración producto en la especie objeto de comentario de operaciones de compra de acciones o derechos de sociedades titulares de concesiones de radiodifusión sonora. Lo dicho es consecuencia de que el Derecho de la Competencia se hace cargo del control de concentraciones patrimoniales y su impacto en los mercados y la libre competencia y no directamente en el pluralismo informativo externo e interno.

A nuestro juicio la herramienta para introducir pluralismo informativo en radiodifusión sonora y televisión de libre recepción, obviando los peligros de la concentración y la formación de oligopolios monomediales y multimediales, tan evidentes en nuestro medio en particular tratándose de la prensa escrita y radio, la herramienta es su publicación.

No se trata de una *publicatio sectorial*, en que la calificación de la actividad empresarial en medios de comunicación social sea garantizada, asumiendo la prestación el Estado; sino simplemente a partir del mixtum servicio público material-dominio público propio de los medios radiales y televisivos abiertos una autoridad técnica e independiente que 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 éticas o religiosas.

De la manera expuesta el pluralismo informativo interno y externo divide profundamente las aguas en materia de libertades de opinión e información y derecho a la información, desde su planteamiento liberal. Subraya esta separación de aguas en el

seno del liberalismo Owen Fiss al indicar: “Algunos liberales consideran a la libertad de expresión como protección del interés individual en la autoexpresión, del derecho del individuo a decir todo cuanto quiera. Para ellos el Estado es la amenaza contra la que el individuo debe ser protegido. Otros entienden la libertad en términos más sociales. Según esta interpretación, el papel de la Primera Enmienda es preservar la plenitud y franqueza del debate público: asegurar que las personas son conscientes de todas las cuestiones con las que se ven enfrentadas, y de los argumentos a favor y en contra. La libertad de expresión, según esta opinión, es un derecho público –un instrumento de la autodeterminación colectiva–, y el Estado es presentado bajo una nueva forma posiblemente como un amigo de la libertad”. El propio Fiss uniendo capitalismo y democracia (aceptando la inevitabilidad de un por-venir capitalista), subraya un cierto número de principios divergentes, saber: soberanía popular, independencia económica, elección meditada, participación activa y satisfacción ciudadana; todos principios que están en tensión con el capitalismo contemporáneo de acumulación, concentración y globalización que parece hoy no tener límites, y que supone peligros para la democracia misma.¹³ A pesar de todo Fiss admite la necesidad de “intervencionismo” estatal, para asegurar la democracia como un sistema de gobierno que hace residir la responsabilidad final al público para que decida cómo quiere vivir, público completamente informado para realizar ese juicio, todo lo cual conlleva una “prensa libre”. Agrega Fiss: “Una forma de expresar esto es decir que en un sistema democrático la misión de la prensa es producir un debate sobre asuntos de importancia pública que sea “desinhibido, vigoroso y completamente abierto” (...) “por lo tanto, se debería trazar una distinción entre una “expresión de opiniones democráticamente determinada” y lo que he llamado un “debate público vigoroso”, y este último debería ser considerado como la pauta con la cual deberíamos medir el resultado del mercado”.¹⁴

En cuanto las intervenciones estatales, a las relativas a la propiedad de los medios, plantea Fiss intervenciones “suplementarias o intersticiales” fundadas en la idea que el mercado sin regulaciones puede limitar o desvirtuar el debate público, entre las que se cuentan: “reglamentación de la programación” que obligue a los medios a cubrir cuestiones de importancia pública y dar trato equitativo; estructurar la propiedad de los medios para abrir los medios al discurso público como puede ser la legislación antimonopolio o la prohibición de “propiedad cruzada” en el mismo mercado; crear un red de medios de propiedad pública, entre otros. Esta panoplia de “reglamentaciones” de programación y estructural dirigir a abrir y enriquecer el debate público son “regulaciones de acceso” enderezadas más al ejercicio colectivo de libertades que al ejercicio individual. Observa finalmente Fiss el efecto virtuoso de estas “reglamentaciones” en el “ethos profesional”, el cual también debe ser reforzado.

En consecuencia lo expresado a título ilustrativo, no trata de reponer debates habidos en otros países acerca de la supuesta naturaleza liberticida de la intervención

¹³ Consultar de Fiss, Owen (1997), *Libertad de Expresión y Estructura Social* (Trad. J.F. Malem Peña), México DF, Distribuciones Fontamara, pp. 13-14.

¹⁴ Fiss, O., ob. cit., p. 183.

estatal, del servicio público en radio y en especial en televisión, como lo ha sostenido en España Ariño Ortiz y en Francia Devolvé.¹⁵ Tampoco se trata de postular “la vuelta a Duguit” ante un estado insatisfactorio en materia de medios y pluralismo informativo.¹⁶ Por el contrario se trata de una comprensión de los derechos fundamentales no el “cielo de los conceptos”, sino en la realidad y en su “vinculación social”, y en tal contexto la información en la sociedad de la información es un bien público; y en estas coordenadas el servicio público material y la dominialidad del espectro radioeléctrico son un instrumento para la publicación sectorial.¹⁷

En suma, a nuestro juicio, el tratamiento acerca del pluralismo informativo, no pasa tanto por la propiedad o control de los medios de comunicación social, sin perjuicio del sano control de las concentraciones y defensa de la libre competencia en los mercados, sino por contextualizar los derechos fundamentales de libertad de opinión y derecho a la información, con el carácter de bien público que tiene la información para una sociedad pluralista y una democracia constitucional. Luego, sin perjuicio de la autorregulación ética y de buenas prácticas de los medios; los medios de comunicación social radial y televisivo abiertos, dominados por el binomio servicio público material y dominialidad del espectro radioeléctrico, junto a la gestión y regulación técnica deben quedar sometidos a la regulación de contenidos mínimos y de trato equitativo por un ente público independiente.

Subyace a lo expuesto un modelo dual: intervencionista en la comunicación audiovisual y abstencionista en la prensa escrita, lo que está en estrecha conexión con la masificación y permanencia que los medios radiales y televisivos tienen en la vida cotidiana de las personas, y las dificultades técnicas y financieras asociadas a la fundación de un medio de este tipo, en que la intervención estatal es necesaria. Lee C. Bollinger defiende el modelo dual, ya que el abstencionismo libera a la escritura que apela a la reflexión y ata a la imagen que apela a los instintos.¹⁸

El desafío actual en materia de medios de comunicación social y pluralismo informativo, es dar el salto a un mercado de ciudadanos, con un “debate público de calidad”, con niveles de “calidad de la política”, sin outsiders o excluidos por antisistema, una democracia más plena.¹⁹

¹⁵ Consultar de ARIÑO ORTIZ, Gaspar (1997), *El Proyecto de Ley sobre Televisión Privada*, Informe, IEE, Madrid, y de DEVOLVÉ, P. (1987), “Service Public et Libertés Publiques”, en *Revue Francaise de Droit Administrative* 3(1), janvier-fevr.

¹⁶ Consultar a REBOLLO, Luis Martín (1983), “De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica”, en *RAP* (Nº 100-102), vol. III.

¹⁷ Consultar a CHINCHILLA MARÍN, Carmen (1991), “El servicio público ¿Una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexiones sobre el caso de la televisión”, en VV.AA., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, 5 vol., Madrid, Edit. Civitas, vol. II, pp. 943-972.

¹⁸ “Images of a Free Press”, Chicago, University Press, 1991.

¹⁹ Consultar el valioso libro de CODERCH, Pablo Salvador (1993), *El Derecho de la Libertad*, Madrid, Edit. CEC, en especial pp. 133-147.

Se trata en este planteamiento de compatibilizar el “mercado” y los “consumidores” a secas propios de la lógica medial de sintonía más reparto de la torta publicitaria, por una “mercado de las ideas” y una ciudadanía abierta al debate público, presupuesto de una opinión pública, que sea efectivo control social de poder; todo lo cual exige pluralismo informativo interno y externo para todos los medios, y en especial para radio y televisión.²⁰

Este pluralismo interno y externo debe ser fruto de la heteronormación legislativa e infralegislativa rodeada de las garantías que concede la autonomía del ente público. Es un pluralismo que proviene del campo de política, y no sólo de la lógica de la libertad de mercados, para matizar la lógica del capitalismo o de cualquier orden social, político o económico de conservar un status quo, de lo cual los medios no sean sino caja de resonancia o eficientes coadyuvantes.

Las “reglamentaciones” de los medios no deben ser observadas como intervenciones ablatorias o confiscatorias, sino simplemente como delimitación y límites impuestos por la ley y las normas dictadas conforme a ella, para salvaguardar el pluralismo informativo.

Ahora bien, retomando lo expuesto el segmento de mercado de los medios de comunicación social no es sólo un mercado de consumidores de información, como se observa desde la libertad económica y derechos fundamentales de contenido patrimonial, sino un mercado de ciudadanos, en que la formación abierta y plural de la opinión pública es un sostén de legitimidad política y ético dialógica de la democracia constitucional. Como bien señala el Tribunal Constitucional Federal germano: “Es constitutivo para el orden democrático libre, al garantizar la lucha intelectual, la libre discusión de las ideas y de los intereses que son la necesidad vital para el funcionamiento de este tipo de Estado... Sólo la libre discusión pública sobre temas de importancia general garantiza la libre formación de la opinión pública, que en el Estado democrático libre se realiza de forma necesariamente “pluralista”, en discusión con distintas posturas, defendidas por razones diferentes pero expuestas con libertad, ante todo con los pros y contras. El artículo 5º, párrafo 1 de la Constitución alemana garantiza a todo ciudadano el derecho de participar en esta discusión pública” (BVerfG 12, p. 125).

Esta definición del concepto de “opinión pública”, contenida en la sentencia de 25 de enero de 1961 del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana, como bien observa Pausewang “...parte de la premisa de que de la confrontación entre

²⁰ Para el sugerente concepto del “mercado de las ideas” y sus orígenes en el voto particular de O. W. Holmes en “Abrams v. United States” (250 U.S. 616, 1919) y las influencias recibidas de J.S. Mill y H. Laski se puede consultar a BISBAL TORRES, Marta, “El ‘mercado libre de las ideas’ de O. W. Holmes”, *Revista Española de Derecho Constitucional* Nº 81, CEPC, Madrid, 2007, pp. 183- 2008. También sobre el mercado de las ideas a partir del caso “Lamont v. Postmaster General” (381 U.S. 301, 1965) se puede consultar a TRIBE, Laurence H. (1988), *American Constitutional Law*, Mineola, New York, The Foundation Press Inc., 2ª edit., pp. 785-787

opinión y contraopinión, de crítica y réplica, ha de nacer por último la opinión que más se acerque a la verdad. Exige, por lo tanto, el pluralismo de opiniones, exige la crítica y la discusión pública como medios para encontrar la verdad. La opinión pública representa una especie de “parlamento invisible”, que en el fondo es el que hace posible la democracia parlamentaria. Porque incluso en el pensamiento democrático liberal, la democracia representativa sólo tiene sentido si los diputados, en su calidad de hombres de confianza de esta opinión pública, practican en el parlamento una discusión representativa para la controversia pública”. Agrega Pausewag: “De la misma forma como el parlamento ejerce al mismo tiempo el control del gobierno, la opinión pública no sólo ha de ejercer el control del parlamento, sino incluso de los asuntos públicos, para que el sistema funcione. Debido a ello, Schindler llama a la opinión pública “la última instancia no-organizada de la democracia”. “La libertad de prensa, como garantía de la democracia, implica una triple tarea. Para poder cumplir con su obligación constitucional, la prensa ha de transmitir a la opinión pública la medida necesaria de información que se precise para dar sentido a la discusión pública. Así pues, en primer lugar ha de ofrecer unas noticias lo más completas, exactas y objetivas posible acerca de todos los acontecimientos de importancia para la discusión pública. En segundo lugar, como foro y portavoz de la opinión pública tiene la obligación de despertar, encauzar y fomentar la formación de la opinión; los comentarios de la prensa han de provocar el aplauso o la crítica, a la vez que las cartas de los lectores han de garantizar la intervención directa de la opinión pública. En tercer lugar, la prensa ha de ser un medio de la crítica y del control del poder público: ha de poner al descubierto anomalías, señalar públicamente las transgresiones de la ley por parte de las autoridades, señalar los peligros públicos, y posibilitar su solución a través de la discusión pública. A través de esta tercera tarea, la de ser “cuarto poder” o instancia de control del poder legislativo, ejecutivo y judicial, la opinión pública también ha de ejercer el control sobre su representación, el Parlamento.”²¹

En suma, no basta con la libertad de expresión ligada históricamente a la relación persona-Estado, la formación de la opinión pública y de un espacio público de debate requiere de un pluralismo informativo externo e interno, que mira a la base factual de los derechos fundamentales de libertad de opinión e información y derecho a la información, es decir, a su ejercicio efectivo y límites reales. Luego postular el pluralismo informativo no sólo guarda armonía con los valores superiores del ordenamiento y con los principios de pluralismo ideológico, político, religioso, social y cultural consagrados en la Constitución, sino que es una herramienta efectiva para compatibilizar libertad política e igualdad política. Es decir, para que en el contexto del capitalismo desarrollado la democracia admita al menos la igualdad política de los ciudadanos, la Constitución y legislación debe tratar a los medios de comunicación social y a la información como partes basales en la consolidación de un “mercado de las ideas” en que los receptores (personas) son ciudadanos. Bien observa Loewenstein: “En la democra-

²¹ Consultar el trabajo de PAUSEWAG en manual a cargo de ABENDROTH, Wolfgang, y LENK, Kurt, *Introducción a la Política* (trad. M. Faber Kaiser), Edit. Anagrama, Barcelona, 1971, pp. 312-313, 315.

cia constitucional, basada en el circuito abierto del poder, se supone, por otra parte, que el acceso a los medios de comunicación de masas es igual para todas las ideologías reales, y para los grupos pluralistas que las promueven en una sociedad libre requiere no sólo el derecho de libre expresión de la opinión sino también el medio para su realización, la libertad de propaganda, una prensa libre, una radio y una televisión libres”.²² Sólo una opinión pública libre y plural logra situar a la ciudadanía fuera del campo de la dirección o manipulación mediática de los “detentadores invisibles del poder político”, en especial de los propietarios y/o controladores de los medios de comunicación social.

V. ALGUNAS CONCLUSIONES

En este apartado final las conclusiones están abiertas, la doctrina nacional no ha dado importancia al pluralismo informativo interno y externo como base factual del ejercicio de las libertades de opinión y de información y al derecho a la información, compatibilizando la dimensión individual y colectiva de estos derechos, en la formación de opinión pública y debate público. Este déficit de tratamiento dogmático es una deuda pendiente de la teoría de los derechos fundamentales.

Asimismo, el Tribunal Constitucional clausuró epocalmente la posibilidad que la nueva Ley de Prensa contuviese normas sobre pluralismo informativo en una sentencia a la que nos hemos aproximado críticamente, dado el escoramiento conservador y neoliberal de esta Judicatura en la materia.

Por último, hemos subrayado las limitaciones que tienen las normas imperativas y de orden público económico del Derecho de la Competencia y del Derecho de las Telecomunicaciones para hacer frente a las concentraciones y al origen del capital tratándose de radiodifusión sonora. La jurisprudencia comentada del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Corte Suprema y de la Contraloría General de la República son sólo un pretexto para abordar el tema, y dar cuenta del carácter indirecto y de la eficacia relativa que tiene el control de las concentraciones en relación al pluralismo informativo.

Luego, subsiste como cuestión central la construcción de un “mercado de las ideas” o espacio de ciudadanía y política, y en tal empeño nuestro planteamiento es que la publicación de radio y de televisión son instrumentos que sirven de base a “reglamentaciones” que abran paso al pluralismo informativo interno y externo.

Las actuales “reglamentaciones” de la nueva Ley de Prensa son insuficientes, aunque con avances en el estatuto de los periodistas y modestamente en las ayudas

²² LOEWENSTEIN, Karl (1983), *Teoría de la Constitución* (traducción y estudio A. Gallego A.), Barcelona, Edit. Ariel, 2ª edic., 3ª reimpresión, pp. 418.

públicas. El pluralismo informativo interno y externo requieren de un desarrollo legislativo con una perspectiva de *lege ferenda* coherente y sostenida.

Con todo, la ecuación libertades de opinión e información y derecho a la información más pluralismo informativo, deja subsistente una preocupación central en nuestra aproximación al tema: en una democracia constitucional contemporánea las “grandes corporaciones mediáticas” entrelazan las líneas editoriales e intereses empresariales con la lógica del poder político, alineándose con la competencia gobierno-oposición por el poder, lo que satisface una aproximación puramente descriptiva, mínima o tipológica de la democracia, que concibe a ésta como reglas y procedimientos que hacen posible la competencia de élites por el poder. Pero este alineamiento medial dibuja o traza en las democracias constitucionales fronteras invisibles, pero infranqueables al pluralismo, y fuera de tales fronteras están los grupos antisistema o los marginales.

En este cuadro tan propio de las democracias contemporáneas huelga advertir los peligros para una democracia constitucional de la confusión del poder económico, poder mediático y poder político, los que son del todo evidentes, y de lo cual el ejemplo de Berlusconi en Italia es sólo un botón de muestra esperpéntico; pero podemos observar hoy un alineamiento político o ideológico duro o “soft” de los medios con el poder (Bastida).²³

En nuestro país, como es obvio la situación dista del pluralismo con fronteras y con alineamientos tan propio de las democracias constitucionales, la propiedad y control de los medios de comunicación social escritos, radio y televisión en general (con excepciones en los tres tipos de medios, reforzado por la televisión pública) está fuertemente concentrada por una parte y claramente escorada ideológica y políticamente con sectores conservadores y neoliberales por otra parte, a veces siendo participe de estrategias de corto plazo. Por ende, los medios de comunicación social no han asumido siquiera esa modalidad de pluralismo, que los hace parte del alineamiento básico gobierno-oposición tan usual de una democracia constitucional.

Pero con todo el desafío en una democracia constitucional hoy es mayor, ya que la definición democrático republicana fundada en la igualdad política como premisa exige de un pluralismo informativo externo e interno, que no subordine a los medios de comunicación social a las exigencias de conservación de un modelo de dominación política que se desenvuelve en las coordenadas del capitalismo. El pluralismo informativo debe servir de soporte a una opinión pública libre y a una ciudadanía activa, en suma a la política como campo natural de dicha ciudadanía, independiente relativamente de la economía.

²³ Consultar el interesante estado de la cuestión de BASTIDA F., Francisco J. (2004), “Medios de Comunicación Social y democracia en Veinticinco años de Constitución”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 71, Madrid, CEPC, Monográfico XXV Aniversario de la Constitución III, pp. 161-186.

BIBLIOGRAFÍA

- ABENDROTH, Wolfgang, y LENK, Kurt (1971): *Introducción a la Política* (trad. M. Faber Kaiser), Barcelona, Edit. Anagrama.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar (1987): *El Proyecto de Ley sobre Televisión Privada*, Informe, Madrid, IEE.
- BASTIDA F., Francisco (1990): *La Libertad de Antena. El artículo 20 de la C.E. y el derecho a crear televisión*, Barcelona, Edit. Ariel.
- BASTIDA F., Francisco (2004): “Medios de Comunicación Social y democracia en Veinticinco años de Constitución”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 71, Madrid, CEPC, Monográfico XXV Aniversario de la Constitución III, pp. 161-186.
- BENeyTO, Juan (1961): *Ordenamiento Jurídico de la Información*, Madrid, IEP.
- BOLLINGER, Lee C. (1991): “Images of a Free Press”, Chicago, University Press.
- BISBAL TORRES, M. (2007): “El ‘mercado libre de las ideas’ de O. W. Holmes”, *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 81, Madrid, CEPC, pp. 183-208.
- CEA EGAÑA, José Luis (2004): *Derecho Constitucional Chileno*, tomo II, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile.
- CEA EGAÑA, José Luis (1988): *Tratado de la Constitución*, Santiago, Edit. Jurídica de Chile.
- CHINCHILLA MARÍN, Carmen (1991): “El servicio público ¿Una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexiones sobre el caso de la televisión”, en VV.AA. *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, 5 vols., Madrid, Edit. Civitas, col. II, pp. 943-972.
- CORDERCH, Pablo Salvador (1993): *El Derecho de la Libertad*, Madrid, Edit. CEC, en especial pp.133-147.
- DEVOLVÉ, P. (1987): “Service Public et Libertés Publiques”, en *Revue Francaise de Droit Administrative* 3(1), janvier-fevr.
- FERNÁNDEZ R., J.J. (2002): “La modulación de la libertad de información en internet” en colectivo *Derechos Fundamentales y Estado*, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, 9 vols., México D.F., Edita III- UNAM y Consorcio de Universidades, pp. 297-321.
- FERNÁNDEZ ESTEBAN, M.L. (1998): *Nuevas tecnologías, Internet y derechos fundamentales*, Ed. Mc Graw-Hill.
- FISS, Owen (1997): *Libertad de Expresión y Estructura Social* (Trad. J.F. Malem Seña), México D.F., Distribuciones Fontamara.
- GONZÁLEZ, Felipe (2006): *Libertad de Expresión en Chile*, Santiago, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales. Ídem el número monográfico de la *Revista Ius et Praxis* N° 1, año 6, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, 2000.
- GROSSMAN, Claudio (2003): “La Libertad de Expresión en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, en libro colectivo *Justicia y Libertad de Prensa*, Miami, SIP, pp. 335-373.
- LOEWENSTEIN, K. (1983): *Teoría de la Constitución*, (traducción y estudio A.Gallego A.), Barcelona, Edit. Ariel, 2ª edic., 3ª reimpresión.
- LÓPEZ GUERRA, L. (1994): *Derecho Constitucional*, 2 vols. y 1 suplemento, Valencia, Edit. Tirant lo Blanch.

- MARTÍN REBOLLEDO, Luis (1983): “De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica”, en *RAP* N° 100-102, vol. III.
- RALLO LOMBARTE, A. (2000): *Pluralismo informativo y Constitución*, Valencia, Edit. Tirant lo Blanch.
- RALLO LOMBARTE, A. (2000): Un análisis contemporáneo “La garantía del pluralismo informativo en Francia. ‘El Conseil Supérieur de l’Audiovisuel’”, *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 59, Madrid, pp. 93-138.
- SATRÚSTEGUI, M. (2004): “El Pluralismo informativo”, en *Claves de Razón Práctica* N° 148, pp. 40-48.
- SILVA BASCUÑÁN, A. (2008): *Tratado de Derecho Constitucional*, segunda edición, tomo XII, De los Derechos y Deberes Constitucionales, Santiago.
- TRIBE, L. (1988): *American Constitutional Law*, New York, Mineola, The Foundation Press Inc., 2ª edit., pp. 785-787.
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco (1995): “Libertad de Opinión e Información. De la Libertad de Imprenta a la Libertad de Antena”, *Revista de Derecho* N° 197, Universidad de Concepción.