



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Procesal

Centro de Estudios en Derecho Informático

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LIBRE EMPRENDIMIENTO

**Equilibrio entre las normas del pluralismo informativo y de la libre
competencia como modelos regulatorios del mercado de los medios de
comunicación.**

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

Autor: César Ignacio Abusleme Mardones

Profesora Guía: Lorena Donoso Abarca

Santiago, Chile

2012

“In the future, everyone will be world-famous for 15 minutes”

Andy Warhol, 1968.

TABLA DE CONTENIDOS

TABLA DE CONTENIDOS	2
RESUMEN	10
INTRODUCCIÓN	11
I. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA.....	11
a. Planteamiento del problema.....	11
b. Novedad.	13
c. Objetivos de la investigación.	13
c.1. Objetivo general.....	13
c.2. Objetivos específicos.....	14
d. Limitaciones de la investigación.	15
d.1. Limitación temporal.....	15
d.2. Limitación material.	15
II. BASES NORMATIVAS.....	16
A. Constitución Política.....	16

b. Ley de Prensa.....	16
c. Ley de Defensa de la Libre Competencia.	17
d. Convención Americana sobre Derechos Humanos.	17
e. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.	18
III. HIPÓTESIS.	18
IV. MARCO METODOLÓGICO.	19
a. Método de investigación.....	19
b. Técnicas de recolección de datos y tratamiento de la información...20	
CAPÍTULO I.- “EL PLANO DEL DEBER SER: PLURALISMO”.....	21
1.1. CONCEPTO DE PLURALISMO.	21
1.2. PLURALISMO Y DERECHOS FUNDAMENTALES.	23
1.2.1. Democracia.....	23
1.2.2. Derecho de asociación.	29
1.2.3. Libertad de expresión.....	30
1.2.4. Libertad de prensa.	32
1.3. PLURALISMO INFORMATIVO.	33

1.3.1. Concepto.....	33
1.3.2. Formas.....	34
1.3.2.1. Pluralismo interno.....	35
1.3.2.2. Pluralismo externo.....	36
1.4. PLURALISMO Y ECONOMÍA.....	37
CAPÍTULO II.- “EL PLANO DEL SER: CONCENTRACIÓN”.....	39
2.1. EL MERCADO DE LA PRENSA.....	39
2.2. <i>EL MERCADO DE LAS AUDIENCIAS</i>	40
2.2.1. Concepto.....	40
2.2.2. Prensa escrita.....	40
2.2.2.a. Definición de diario.....	44
2.2.2. b. El medio electrónico.....	44
2.2.2.c. Fenómeno del remplazo y fenómeno de la extensión.....	46
2.2.2.d. Era de la información, democracia y mercado.....	49
2.2.3. Televisión.....	53
2.3. EL MERCADO DE LA PUBLICIDAD.....	55

2.3.1. Concepto.....	55
2.3.2. Configuración.....	55
2.3.3. Avisaje estatal y privado.....	63
2.3.4. Avisaje legal y comercial.....	64
2.4. CARACTERÍSTICAS DE LA CONCENTRACIÓN.....	67
2.4.1. Fenómeno mundial.	67
2.4.2. Estatal.	68
2.5. <i>LA TENSIÓN CONCENTRACIÓN-PLURALISMO</i>	69
CAPÍTULO III.- “MEDIDAS CORRECTIVAS DE LA TENSIÓN CONCENTRACIÓN- PLURALISMO EN DERECHO COMPARADO”	71
3.1. Antecedentes.....	71
3.2. Deficiencias generales.....	71
3.2.1. El enfoque audiovisual.	72
3.2.2. La convergencia tecnológica.....	73
3.2.3. La pregunta por el acceso y el enfoque tecnológico.	73
3.3. Comunidad Europea.	74

3.3.1. La protección de la libre competencia.....	75
3.3.2. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea...	76
3.3.3. Convergencia.	77
3.3.4. Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual.....	79
3.4. Estados Unidos.	82
3.4.1. Bien jurídico protegido: libre competencia.....	82
3.4.2. Federal Communications Commission.....	83
3.4.3. Políticas actuales de la FCC.....	84
3.4.4. Medios impresos y medios electrónicos.....	86
3.5. Argentina.....	87
3.5.1. El enfoque audiovisual.	87
3.5.2. Bien jurídico protegido: la libertad de expresión.	88
3.5.3. Autoridad audiovisual.	90
 CAPÍTULO IV.- “EL MERCADO DE LA PRENSA COMO OBJETO DE REGULACIÓN EN EL DERECHO CHILENO”	 92
4.1. EL MERCADO DE LA PRENSA COMO OBJETO DE REGULACIÓN.	92

4.2. OBLIGACIÓN ESTATAL.....	93
4.2.1. Tratados Internacionales de Derechos Humanos.....	94
4.2.3. Congreso Nacional.	96
4.2.4. Tribunal Constitucional.	97
4.2.5. La Ley.....	103
4.3. ANÁLISIS DE LA LEY N° 19.733.....	104
4.3.1. Remisión a la normativa antimonopólica general.....	105
4.3.2. Pluralismo y propiedad.....	107
4.3.3. Cuoteo del mercado.....	109
4.3.4. ¿Legislación antimonopólica especial?	114
4.3.5. El rol de las Comisiones Preventivas.....	119
4.3.6. La reforma: Ley N° 20.361.....	120
4.3.7. Resultado final.....	122
4.4. REGULACIÓN DEL MERCADO PUBLICITARIO.....	123
4.4.1. Avisaje estatal.....	124
4.4.1.a. Dirigismo de los fondos estatales.....	125

4.4.1.b. Localismo.....	128
4.4.1.c. Informe anual sobre el pluralismo.....	129
4.4.2. Avisaje privado.....	131
4.5. EL DECRETO LEY N° 211.....	133
4.5.1. Bien jurídico protegido.....	133
4.5.2. Bien jurídico libre competencia.....	134
4.5.3. Necesidad de una regulación antimonopólica especial.....	137
4.6. Institucionalidad.....	141
4.6.1. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.....	142
4.6.2. Fiscalía Nacional Económica.....	145
4.7. ¿NUEVA INSTITUCIONALIDAD?.....	147
4.7.1. Doble institucionalidad.....	149
4.7.2. Principios.....	150
4.7.3. Potestades.....	152
4.7.4. Revisión judicial.....	153
4.7.4.a. Reclamo de ilegalidad.....	154

4.7.4.b. Recurso de protección.....	156
4.7.4.c. El peligro de captura del regulador.....	157
CONCLUSIONES	160
BIBLIOGRAFÍA.....	166
JURISPRUDENCIA.....	176
ANEXOS.....	178

RESUMEN

La presente tesis trata de dar una solución normativa a la contradicción existente entre el pluralismo informativo como condición de existencia de una sociedad democrática y la concentración del mercado de los medios de comunicación social. Los dos primeros capítulos explican la problemática. El tercer capítulo describe las soluciones que se han dado en Derecho comparado. Y el cuarto y último capítulo, el fundamental, detalla y critica la solución chilena, para luego aportar una solución propia.

INTRODUCCIÓN

I. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA.

A. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

En Chile el mercado de la prensa dista mucho de ser un mercado atomizado. En el caso de la prensa escrita, grandes oferentes, como El Mercurio SAP y COPESA, ejercen en él un control cuasi-total, tanto como agentes del mercado de audiencias como del mercado publicitario. En televisión, como se verá, también se produce una fuerte concentración, y en Internet el porvenir no dista de esta realidad.

La regulación de la prensa queda entregada a la Ley N° 19.733 sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo. Sin embargo este cuerpo normativo no se hace cargo directamente de la regulación del mercado periodístico, sino que reconduce este aspecto a la normativa antimonopólica de carácter general, esto es, al Decreto Ley N° 211 (o Ley de Defensa de la Libre Competencia). El problema es que los principios que informan esta legislación son fundamentalmente económicos (v.gr. eficiencia), mas no políticos (v.gr. pluralismo). De esta forma, obviando la naturaleza democrática del mercado de los medios, la ley le otorga a éste el mismo tratamiento que al mercado de los chocolates.

Lo delicado de esta situación es que la imposición de los principios pluralistas de la libertad de expresión, por sobre los principios económicos del derecho antimonopólico, resulta esencial para definir una sociedad como democrática. El sujeto cívico sólo va a poder tomar decisiones racionales si tiene acceso a todas las fuentes de opinión e información existentes.

Así las cosas, esta tesis pretende analizar cuál es el modelo regulatorio que mejor se condice con la naturaleza de la prensa como mecanismo constitucional para la difusión de las ideas y de las informaciones, equilibrando razones de regulación de mercados con aquellas normas derivadas del reconocimiento constitucional de la libertad de expresión y el derecho a la información.

En este contexto habrá de analizarse las normas sobre concentración de la propiedad de los medios escritos, las sobre financiamiento de estos medios, donde el avisaje es una pieza fundamental, y aquellas relativas a la propiedad cruzada. A ello se deberá sumar un análisis ontológico de los medios a la luz de las normas de derecho constitucional, y su adecuación a la sociedad de la información en donde los medios electrónicos cobran cada vez mayor relevancia. De esta manera, debe construirse un concepto amplio de prensa escrita, donde la impresión en papel no sea el elemento central, en el que se asegure la equivalencia funcional de los distintos soportes.

B. NOVEDAD.

Los trabajos respecto al mercado periodístico en general tratan de establecer la necesidad de pluralismo que exige la regulación de la prensa en contraste con la creciente concentración de los medios (descripción de la tensión pluralismo-concentración). Normalmente concluyen que en esta materia es fundamental la aplicación del derecho antimonopólico. Sin embargo, la experiencia demuestra que la sola aplicación de esta normativa no ha solucionado esta tensión. Por ello, este trabajo pretende ir más allá y analizar la eficacia de la decisión regulatoria chilena, identificar sus errores y determinar por qué el derecho antimonopólico es insuficiente como solución legislativa al problema planteado. La novedad consiste principalmente en superar el argumento democrático y establecer en consideración de la realidad, especialmente la de nuestro país, las formas que debe adoptar la regulación en esta materia. En resumen, se ha dicho mucho que debe existir pluralidad, pero se ha dicho poco de porqué no logramos llegar a ella y sobre las vías regulatorias que lo permiten.

C. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.

C.1. OBJETIVO GENERAL.

Mediante el análisis de la Ley N° 19.733 y del DL N° 211 y del estudio de la

doctrina y jurisprudencia pertinente se busca identificar los factores normativos que propician la concentración en el mercado de los medios de comunicación, para contrastar estas normas con soluciones de derecho comparado a efectos de proponer medidas correctivas que contribuyan a conciliar los imperativos del pluralismo informativo con los principios de regulación económica y política regulatoria.

C.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

1. Demostrar la necesidad de pluralismo informativo como requisito esencial para definir una sociedad como democrática (Capítulo 1).

2. Constatar que existe contradicción entre la necesidad jurídica de pluralismo informativo y la realidad del mercado periodístico, fuertemente concentrado (Capítulo 2).

3. Identificar en Derecho comparado las soluciones normativas que se han utilizado para evitar la concentración de los medios de comunicación (Capítulo 3).

4. Demostrar que la solución chilena a la tensión concentración-pluralismo en el mercado periodístico nacional, esto es, dejar el mercado bajo la regulación antimonopólica general (DL N° 211) es insuficiente y sufre serias limitaciones, las cuales pueden ser superadas con la introducción de modificaciones poco costosas al

sistema actual (Capítulo 4).

D. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN.

D.1. LIMITACIÓN TEMPORAL.

En primer lugar, este trabajo debe limitarse a establecer principios independientes de la realidad fáctica de los medios de comunicación. Esto porque la convergencia de los medios en distintos soportes supone cambios tecnológicos vertiginosos. Esta verdadera revolución significa que las conclusiones que se obtienen a partir del pasado no son necesariamente válidas para el futuro. Por lo tanto, el desarrollo de la presente tesis supone realizar una abstracción en función de la validez de sus conclusiones.

D.2. LIMITACIÓN MATERIAL.

A pesar de que el objeto principal de esta tesis es el funcionamiento de la prensa en general, la mayoría de las legislaciones, al imponer limitaciones a la propiedad o regular los medios de comunicación, tienen un marcado enfoque audiovisual. Además, la regulación respecto de los medios electrónicos muchas veces se hace desde la perspectiva del acceso, y no desde la del mercado. De este modo, el estudio de la tensión concentración-pluralismo en el mercado de la prensa

requiere necesariamente rescatar los principios que inspiran la regulación de los distintos medios.

II. BASES NORMATIVAS.

A. CONSTITUCIÓN POLÍTICA.

El numeral 12 del artículo 19 de nuestra Constitución consagra el derecho fundamental a recibir información y la libertad de expresión. Esta norma constitucional “asegura a todas las personas... la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deber ser de quórum calificado”. Agrega que “[l]a ley en ningún caso podrá establecer monopolio estatal sobre los medios de comunicación social” y que “[t]oda persona natural o jurídica tiene el derecho de fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos, en las condiciones que señale la ley”.

B. LEY DE PRENSA.

La ley N° 19.733 sobre Libertades de Opinión e Información y ejercicio del periodismo, o simplemente “Ley de Prensa”, es el cuerpo legislativo que regula todo

aquello relacionado con los medios de comunicación. En principio, debiera regular el mercado en que estos se desenvuelven, pero se opta por mantener este mercado bajo las normas de la libre competencia.

C. LEY DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA.

El DFL N°1 del año 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL N° 211 de 1973, o simplemente DL N° 211, o Ley de Defensa de la Libre Competencia, es el cuerpo normativo que asegura que se cumplan las reglas del mercado. El mercado de los medios de comunicación masiva, como cualquier otro mercado desregulado, se encuentra bajo su tutela.

D. CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (también llamada Pacto de San José de Costa Rica o CADH) suscrita, tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José de Costa Rica y que entró en vigencia el 18 de julio de 1978, en su artículo 13 prescribe, en su numeral 1, que “[t]oda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea

oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

E. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, y que entra en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49 Lista de los Estados que han ratificado el Pacto, consagra en su artículo 19 que *“[t]oda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza”.*

III. HIPÓTESIS.

La alta concentración de los medios de comunicación se sostiene porque la normativa nacional no prevé mecanismos eficientes para garantizar el pluralismo informativo en Chile. Esta insuficiencia se debe a que no se da un trato diferenciado

a los medios de prensa respecto de los demás mercados relevantes reconocidos a nivel nacional, en circunstancias que se debe dar un trato acorde con las necesidades de salvaguarda de los derechos esenciales que emanan de la consideración de la persona como sujeto político.

IV. MARCO METODOLÓGICO.

A. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN.

Esta investigación supone la utilización, en primer lugar, del método descriptivo. Es decir, se define cual es el marco jurídico en distintos niveles: Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Constitucional, Legislación relativa a los derechos fundamentales en cuestión, etc. Para esto se recurre al análisis de las normativas en sí mismas, estudiando su historia y el porqué de su constitución. Para esto se requiere el análisis directo de Convenciones, leyes, textos autoritativos, documentos oficiales, Historias de la Ley, etc.

Luego de la descripción, esto es, del estado normativo de la cuestión, se pasa a una etapa puramente crítica, en la cual se confrontan los principios abstractos descritos con aquellas normas mucho más concretas (ej. el derecho de la humanidad toda a la libre expresión en contraste con las normas específicas que

regulan el mercado de los medios en Chile), incluso de orden administrativo. Para esta etapa de la investigación se requiere necesariamente la inclusión del estudio de la doctrina y de la jurisprudencia pertinente.

Finalmente, se utiliza un método comparativo según el cual se contrastan las normativas de distintos países, definidas descriptiva y luego críticamente, en virtud de la técnica del Derecho Comparado.

B. TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE DATOS Y TRATAMIENTO DE LA INFORMACIÓN.

La información relevante para esta investigación se ha obtenido a través del análisis de revistas, documentos oficiales, libros jurídicos, y cualquier otro instrumento útil para descifrar el alcance, los errores y la correcta interpretación de las normas concebidas descriptivamente.

El estudio de la jurisprudencia en este trabajo tiene una función auxiliar, en cuanto no se enfoca a la solución directa del problema, sino a la explicación de problemas o cuestiones accesorias, pero que permiten el correcto entendimiento de lo principal. Esto en gran medida se debe a que el problema planteado es legislativo antes que judicial.

CAPÍTULO I.- “EL PLANO DEL DEBER SER: PLURALISMO”.

1.1. CONCEPTO DE PLURALISMO.

En forma preliminar, el pluralismo puede definirse como lo opuesto al monismo, esto es, como lo antagónico respecto de la unicidad. Esta definición negativa dota al pluralismo de su primera característica esencial: el rechazo del “todo como un uno”. Allí donde los “unos” no pueden distinguirse de los “otros”, formando un todo, que en definitiva es un “uno” indistinto de la totalidad, éste no existe.

Positivamente, el pluralismo es diversidad, en este sentido dota al “uno” o “unidad” de su calidad de único, lo que demuestra que el pluralismo, en un primer momento, es una relación de definición entre el uno y el todo, entendidos éstos como elementos distintos e inconfundibles. El pluralismo entonces implica el reconocimiento de las características especiales de cada unidad dentro del todo. Es un concepto neutro, ciego frente a la importancia relativa de uno por sobre otro, y cuyo contenido valorativo es en esencia diverso.

En la medida que la concepción inicial se va concretizando, el “todo” y el “uno” van tomando forma. Desde la filosofía, el pluralismo ha sido

definido como el estado resultante de un conjunto de “precondiciones [...necesarias...] para la coexistencia de distintos sistemas de valores, y fragmentos de dichos sistemas, en una misma sociedad, y por ende para la existencia simultánea de comunidades de sentido completamente diferentes”¹. Como se aprecia, el reconocimiento de la diversidad axiológica se desarrolla en el seno de un todo previamente definido, el cual es la sociedad.

La definición social del “todo” susceptible de ser pluralista, deviene aristotélica e inexorablemente en una conceptualización política del pluralismo: el ser humano es un ser social, el ser humano es un ser político. En este sentido, el pluralismo es una característica que viene de suyo en las actuales sociedades que, como plantea SQUELLA, son extensas y complejas: “Extensas, por el alto número de individuos que las componen; y complejas porque al interior de toda sociedad concurren ideas e intereses múltiples y diversos, cuando no francamente contrapuestos entre sí. Es ese doble carácter de nuestras sociedades –el de ser plurales y a la vez pluralistas–, lo que conduce a la pregunta acerca de quiénes y cómo deberán adoptar las decisiones de interés común”², esto es, a la pregunta por la democracia.

¹ BERGER, Peter, y LUCKMANN, Thomas. Modernidad, Pluralismo y Crisis de Sentido. ¿Qué necesidades humanas básicas de orientación deben ser satisfechas? Estudios Públicos (63): 1-54, Invierno 1996, p. 18.

² SQUELLA, Agustín. Democracia, Libertad e Igualdad. En su: Estudios sobre Derechos Humanos, Valparaíso, Chile, EDEVAL, 1991, pp. 13-44, p. 21.

1.2. PLURALISMO Y DERECHOS FUNDAMENTALES.

1.2.1. DEMOCRACIA.

La Constitución Política manifiesta expresamente, en su artículo 4, que Chile es una república democrática. Aunque no le pone apellido, las normas constitucionales que regulan y configuran los poderes del Estado consagran la democracia en su versión “representativa”. La naturaleza de la democracia es eminentemente procedimental, formal o, al decir de la doctrina, “mínima”, porque como explica el profesor SQUELLA, *“la democracia política es un procedimiento de toma de decisiones, esto es, un método para determinar la voluntad de la mayoría”*, agregando presuroso que *“el concepto de democracia nada nos dice directamente acerca del contenido efectivo que pueda ser luego instaurado y desarrollado con ese mismo método”*³. Esta neutralidad es esencial, al punto que SALVADORI, en el mismo sentido, postula que el elemento central de la democracia liberal *“es un método, no una meta, que permite la coexistencia de aparentes antagonismo tales como altruismo y egoísmo, individualismo y solidaridad; que aboga en pro del*

³ *Ibíd.*, p. 23.

pluralismo en vez del monismo, requiere la moderación de las fuerzas que lo amenazan, no su destrucción”⁴.

El principal instrumento del ciudadano para intervenir en la sociedad política, esto es, en el proceso democrático, es el sufragio realizado para elegir a sus representantes en el Congreso, en las Municipalidades y en la Presidencia. Como toda elección, el votante requiere (i) alternativas múltiples y (ii) la mayor información posible sobre éstas para poder optar por aquellos representantes que más se ajusten a sus preferencias ideológicas. El ideal, por muy quimérico que parezca, es definir con la mayor precisión posible la “voluntad popular” o las preferencias de la mayoría, porque, como sentencia NELSON, “[a]firmar que el pueblo se autogobierna equivale a reconocer que se hace lo que la gente cree que debe hacer el Estado”⁵.

El primer requisito –el pluralismo político– implica que efectivamente existan distintos candidatos o grupos de candidatos por los cuales el ciudadano podría inclinar sus preferencias individuales. La ampliación de la “oferta” permite que se refleje la mayor cantidad de posiciones ideológicas dentro de una sociedad y así la elección represente lo que la sociedad realmente quiere. Este es el escenario ideal al cual debe intentar llegar toda democracia que se jacte de ser

⁴ SALVADORI, Massimo. Democracia Liberal: una respuesta liberal a los enemigos de la libertad [traducción de J. Rovira Armengol]. Buenos Aires, Argentina, Editorial Índice, 1957, pp. 92-93.

⁵ NELSON, William. La justificación de la democracia. Barcelona, España, Editorial Ariel SA, 1986, p. 77-78.

representativa. El Derecho no está ajeno a esta prerrogativa, y regula en forma explícita esta situación en el numeral 15º del artículo 19 de la Constitución, el cual asegura a todas las personas el derecho de asociación.

Esta primera condición necesaria para alcanzar la mayor “representatividad” de la democracia sería completamente ilusoria sin el segundo requisito—el pluralismo informativo. Esto es, si el votante sólo recibiera informaciones e ideas parciales. Como ilumina NOGUEIRA, “[l]a libertad presupone el conocimiento, por ello, es necesario lograr que toda la ciudadanía tenga un conocimiento adecuado de los problemas que se presentan en su sociedad y los que ocurren entre ella y las demás sociedades”⁶. Es imposible que el ciudadano este verdaderamente en acuerdo o desacuerdo con una propuesta política, si no tiene conocimiento de la realidad que determina que una u otra propuesta sea más o menos adecuada. Y la realidad no es única, sino que es percibida por las más diversas y distintas perspectivas. En este sentido, la información representa un instrumento político preponderante, toda vez que puede favorecer o desfavorecer a quienes intentan alcanzar el poder municipal, parlamentario o gubernamental.

Con todo, esta inminente necesidad de información no encuentra una consagración explícita. La libertad de expresión se encuentra consagrada en la Carta Fundamental, pero el derecho a recibir información sólo alcanza rango legal en

⁶ NOGUEIRA, Humberto. Teoría y Práctica Democrática. Para una sociedad participativa. Santiago, Chile, Editorial Andante, 1986, p. 110.

nuestro derecho. Es evidente que el votante requiere información abierta y plural, y a falta de consagración constitucional expresa, en la presente tesis se muestran los caminos jurídicos que permiten suplir estas carencias y alcanzar un estado efectivo de pluralismo informativo, requisito *sine qua non* para otorgarle representatividad a la democracia moderna.

En economía, la falta de información o las asimetrías de información, concebidas como fallas de mercado que no permiten al demandante (elector) establecer una relación correcta entre sus preferencias y el objeto demandado (elegido), se dan directamente entre los agentes de mercado. Para su corrección se debe intervenir el flujo informativo oferente-demandante. En política, el escenario es mucho más complejo, porque en la relación elector-elegible, o ciudadano-candidato, interceden grupos intermedios de la sociedad, a través de los medios de comunicación social. La televisión, la radio, la prensa escrita e Internet “perciben” los hechos por el público y son quienes configuran la “realidad” que los ciudadanos a su vez perciben y que en definitiva determina sus preferencias políticas.

Mientras más pluralismo exista en o entre los medios de comunicación, mayor será la posibilidad de que el pluralismo existente en la sociedad se traspase a la política. Estos medios influyen directamente en la sociedad: (1) poniendo en circulación discursos de manera masiva, (2) condicionando la agenda pública en el marco de la llamada “mediatización” de la política, y (3) determinando los procesos de toma de decisiones y de negociación del campo político, estatal e incluso

económico⁷. El desafío del pluralismo informativo es representar lo más fielmente posible la diversidad social, para que este retrato tenga su correlato en la opinión pública y ésta a su vez en la conformación de los poderes estatales. Justamente, uno de los criterios necesarios para definir un proceso de toma de decisiones como *“idealmente democrático”* es que *“[c]ada ciudadano debe tener igual y adecuada oportunidad para formarse su opinión con la debida información y conforme a su propio juicio”*⁸.

NOGUEIRA resume excepcionalmente el problema aquí tratado cuando expresa que *“la democracia necesita la libertad, no solo en la opinión, sino también en la formación de la opinión, es por ello que se hace necesario afirmar la necesidad de un estatuto democrático de los medios de comunicación e información”*⁹ y determina precisamente el problema agregando que *“[e]l estatuto de los medios de comunicación es uno de los elementos centrales para hoy día en la tarea de ordenar rectamente la convivencia social; en él debe garantizarse el pluralismo de los medios de comunicación”*¹⁰. Esto es así porque, como ha pensado BOBBIO, para que exista democracia *“es necesario que los que son llamados a decidir o a elegir a aquellos*

⁷ SANTANDER, Pedro. Medios y elite: ¿Quién usa a quién? El rol político de la comunicación estratégica en la relación medios-poder. *Cuadernos de Información* (23): 7-18, Facultad de Comunicaciones, Universidad Católica de Chile, Enero-Junio 2010, pp. 8-9.

⁸ MOLINA, Fernando. Las bases sociales de la democracia. *Estudios Públicos* (18): 201-218, 1985, p. 204.

⁹ NOGUEIRA, op. cit., p. 111.

¹⁰ *Ibíd.*, p. 112.

que deberán decidir sean colocados frente a alternativas reales y puestos en condiciones de poder elegir entre una y otra” y “para que se realice esta condición es necesario que a los llamados a decidir se les garanticen los derechos de libertad de expresión de la propia opinión, de reunión, de asociación, etc., derechos sobre cuya base a nacido el Estado liberal (...)[estos derechos] constituyen el presupuesto necesario para el funcionamiento correcto de los mismos mecanismos, predominantemente de procedimiento, que caracterizan a un régimen democrático”¹¹. Y para que ello ocurra, se requiere la formación libre de la opinión, cuyo presupuesto de posibilidad es la existencia de una información completa, pluralista y oportuna¹².

VIVANCO postula que el pluralismo “[s]ignifica sin duda un pronunciamiento efectivo a favor de la tolerancia por las distintas ideas, opiniones, doctrinas e ideologías políticas que las personas esgriman y una garantía de que estas podrán expresarse libremente a través de los mecanismos institucionales establecidos por la democracia, de los cuales debemos destacar sin duda a la libertad de comunicar a otros el pensamiento propio y de poder asociarse en torno a las corrientes que a cada uno mejor representen”¹³. Estos mecanismos se estudian a continuación.

¹¹ Citado en: SQUELLA, Agustín. Los derechos humanos y su ubicación en una definición mínima de democracia. En su: op. cit., pp. 89-106, p. 96.

¹² NOGUEIRA, op. cit., p 109.

¹³ VIVANCO MARTINEZ, Ángela. El pluralismo en la Constitución de 1980. Revista Chilena de Derecho 27(2): 397-413, 2000, p. 397.

1.2.2. DERECHO DE ASOCIACIÓN.

El artículo 19 de la Constitución, en su numeral 15º, asegura a todas las personas *“el derecho de asociarse sin permiso previo”*. En su inciso quinto prescribe que *“[l]os partidos políticos no podrán intervenir en actividades ajenas a las que les son propias ni tener privilegio alguno o monopolio de la participación ciudadana”* y en el sexto se consagra la única norma constitucional que hace mención al pluralismo, declarando que *“[l]a Constitución Política garantiza el pluralismo político”*.

El pluralismo político garantizado constitucionalmente se asocia directamente con el pluripartidismo, por estar bajo el alero del derecho de asociación. En el Derecho chileno, los partidos políticos son los que concurren mayoritariamente, sea en forma personal o colectiva, a las votaciones populares. Mientras más partidos existan, mayor será el abanico de posibilidades del elector y éste tendrá más posibilidades de identificarse con alguno. En la práctica, esta garantía constitucional puede hacerse ilusoria, por distintos motivos: (a) las barreras legales a la entrada al sistema partidista; (b) el sistema electoral binominal, que obliga a los partidos a formar dos grandes conglomerados; y (c) la concentración de la información, tema tratado en el desarrollo de este trabajo; entre otras causas.

La importancia de esta norma radica en la preocupación del Constituyente por asegurarle al ciudadano un abanico diverso de posibilidades de elección. Una información completa y no distorsionada es fundamental para que el votante sepa distinguir entre uno u otro partido, de acuerdo a sus propias opiniones. Sin esta condición, el pluripartidismo como garantía deviene en una mera propuesta programática. Su relevancia aumenta, cuando se constata que no existe referencia explícita al pluralismo informativo en ninguna norma constitucional.

1.2.3. LIBERTAD DE EXPRESIÓN.

Nuestra Constitución Política concibe la libertad de expresión atómicamente como “[l]a libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio” (Art. 19 N° 12 CPR).

Esta concepción de la libertad de expresión es evidentemente parcial, en cuanto establece una garantía a favor del ciudadano-emisor, omitiendo la protección del ciudadano-receptor. Con todo, los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que se encuentran vigentes han venido a salvar estas falencias, complementando el derecho contenido en el numeral 12° del Art. 19 CPR, conforme al Art. 5 inciso 2° de nuestra Carta Fundamental. En este sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el numeral 1° de su artículo 13 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 19 prescriben

que “[e]ste derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole” (énfasis añadido).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reafirmado esta posición, reconociendo que la libertad de expresión “*así como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia*”, sentenciando que “[l]as dos dimensiones mencionadas de la libertad de expresión deben ser garantizadas simultáneamente”¹⁴.

Esta realidad jurídica encuentra su consagración legal en el artículo 1º de la Ley Nº 19.733 sobre las libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, el cual prescribe que “[l]a libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, constituyen un derecho fundamental de todas las personas. Su ejercicio incluye no ser perseguido ni discriminado a causa de las propias opiniones, buscar y recibir informaciones, y difundirlas por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan, en conformidad a la ley” (inciso 1º).

¹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de Noviembre de 1985. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm> [consulta: 16 de julio de 2012].

1.2.4. LIBERTAD DE PRENSA.

El mismo artículo 1º de la Ley de Prensa agrega que la libertad de emitir opinión y la de informar comprenden además *“el derecho de toda persona natural o jurídica de fundar, editar, establecer, operar y mantener medios de comunicación social, sin otras condiciones que las señaladas por la ley”* (inciso 2º). Y finalmente consagra un derecho legal especial, *“el derecho [de todas las personas] a ser informadas sobre los hechos de interés general”* (inciso 3º). La libertad de prensa, por ser la forma más institucionalizada de ejercer la libertad de expresión, está igualmente construida con un doble carácter.

Nuestra Carta Fundamental también protege la libertad de prensa, aunque no haciendo una referencia general a los medios de comunicación, sino que de modo más sesgado. El artículo 19 N° 12 CPR en sus incisos quinto y sexto, prescribe que *“toda persona natural o jurídica tiene el derecho de fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos, en las condiciones que señale la ley”* y que *“el Estado, aquellas universidades y demás personas que la ley determine, podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión”*.

Estas normas permiten concluir que tanto el legislador como el constituyente le otorgan a la actividad periodística un carácter especial, distinto al de las demás actividades económicas, de otro modo serían normas completamente

innecesarias, en circunstancias que el artículo 19 N° 21 CPR asegura a todas las personas el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica. Sin embargo, esta conclusión, que aquí se afirma con mucha fuerza, no puede extenderse como regla general. La regulación más específica, la historia de la Ley de Prensa y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional invitan a considerar estas normas como meras declaraciones de principios.

En el capítulo IV se retoma este punto.

1.3. PLURALISMO INFORMATIVO.

1.3.1. CONCEPTO.

Desde una perspectiva democrático-procedimental, *“el pluralismo [informativo] consiste, de un lado, en la posibilidad de concurrencia del mayor número y diversidad de opiniones e información, lo que redundará en un proceso de libre formación de la opinión pública. De otro, en la posibilidad de que esa concurrencia llegue al mayor número posible de personas. La concentración de medios de comunicación será contraria al pluralismo democrático en la medida en que frene o dificulte la realización de esta noción de pluralismo”*¹⁵.

¹⁵ BASTIDA FREJEIDO, Francisco. Concentración de Medios y Pluralismo. “Acordes y desacuerdos” entre pluralismo y mercado. En: CARBONELL, Miguel, y CARPIZO, Jorge

El “pluralismo mediático” también ha sido definido como *“un valor que hay que preservar dentro de un Estado democrático de derecho, en la medida en que ese pluralismo permite crear una de las condiciones de realización de una democracia consolidada como la existencia de una opinión pública libre e informada”*¹⁶.

En un nivel más global, la UNESCO ha definido al pluralismo informativo como aquél que *“garantiza la libertad de expresión de las distintas opiniones, culturas y comunidades, en todos los idiomas y en cualquier sociedad, así como el respeto de la diversidad”*¹⁷. Esta definición le otorga al pluralismo informativo un carácter social antes que político.

1.3.2. FORMAS.

Los objetivos propios del pluralismo informativo pueden ser alcanzados de dos formas alternativas. A través de un mayor número de medios de comunicación (i.e., pluralismo externo o intermedios) o a través de un mayor número de

(coordinadores). Derecho a la Información y Derechos Humanos, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pp. 273-286, p. 274.

¹⁶ CARBONELL, Miguel. Construir el Pluralismo. En: CARBONELL, Miguel, y CARPIZO, Jorge (coordinadores). Derecho a la Información y Derechos Humanos, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pp. 287-298, p. 287.

¹⁷ UNESCO. El pluralismo informativo, s.a. Disponible en http://www.unesco.org/bpi/pdf/memobpi46_mediapluralism_es.pdf [consulta: 17 de julio de 2012].

informaciones e ideas en el seno de cada medio presente en el mercado (i.e., pluralismo interno o intramedios).

1.3.2.1. PLURALISMO INTERNO.

El pluralismo interno supone la apertura de los medios a toda clase de ideas e informaciones. El método utilizado para crear un clima real y efectivo de pluralismo es la inclusión de la sociedad civil en los distintos medios, sin importar cuántos sean estos. Este objetivo es alcanzable e incluso obligatorio para los medios de comunicación social de carácter público. Por el contrario, parece ilusorio e incluso abusivo en la gran mayoría de los medios de propiedad privada.

CRISTIÁN ZEGERS, actual director de *El Mercurio*, cree en la factibilidad del pluralismo interno. Para él, los diarios son instituciones que recogen la verdad con imparcialidad, pluralismo ideológico e independencia. Piensa que *“el pluralismo ideológico en un diario no perturba el resultado final a condición de que el proceso de edición sea sistemático para contrastar y verificar los diversos puntos de vista”*.¹⁸ El pluralismo, considerado como una meta inherente a toda la prensa tradicional, podría ser alcanzado a través de procesos internos de edición, a cargo de cada medio en particular.

¹⁸ ZEGERS, Cristián. El diario considerado como institución. *Estudios Públicos* (32): 315-341, 1988, p. 319.

Se debe anotar que desde un punto de vista cualitativo, el pluralismo interno reviste además una problemática particular, cuyos alcances exceden los límites de este trabajo. Porque si bien puede existir pluralidad de noticias e informaciones, éstas pueden carecer de relevancia política, social o derechamente carecer de toda importancia¹⁹.

1.3.2.2. PLURALISMO EXTERNO.

El pluralismo informativo externo es la constatación en una sociedad de diversos medios, cada uno con puntos de vista diferentes, que por convivir conjunta y diferenciadamente aseguran la pluralidad de ideas e informaciones. Desde esta definición, se asegura la total libertad de cada medio para comunicar desde el punto de vista que mejor prefiera, pero preocupándose de que exista la mayor cantidad de éstos, lo que a su vez redundará en una mayor cantidad de ideas distintas y hasta contrapuestas.

Con todo, la “diversidad” o “multiplicidad” de medios de comunicación, en términos meramente cuantitativos no se condice con el contenido garantista del pluralismo informativo. Desde una perspectiva cualitativa, APREZA SALGADO ha

¹⁹ Véase PELLEGRINI, Silvia. Análisis en los noticieros de televisión chilenos: La pauta como factor de calidad y perfil editorial. Cuadernos de Información (27): 25-42, Facultad de Comunicaciones, Universidad Católica de Chile, Julio-Diciembre 2010. Este trabajo muestra la bajísima calidad de las noticias emitidas en el bloque televisivo que se extiende entre las 21:00 y 22:00 hrs.

identificado tres notas características del pluralismo externo: (a) la existencia del mayor número de medios; (b) el hecho de que sean contrapuestos o independientes entre sí; y (c) el acceso efectivo de los ciudadanos a las fuentes contrapuestas. De este modo, *“si no existe una diversidad de fuentes de información contrapuestas entre sí, se restringe o anula la libre elección de los individuos o del público”*²⁰.

1.4. PLURALISMO Y ECONOMÍA.

Establecer una equivalencia teórica entre pluralismo (informativo) y desconcentración (económica) no parece acertado. En efecto, desde la óptica del pluralismo interno, bastaría que un solo agente de mercado, incluso el único agente del mercado, internalizara todas las corrientes de opinión para que se verificará la existencia de un clima efectivo de diversidad ideológica e informativa.

Sin embargo, desde el análisis costo-beneficio resulta difícil pensar en la conveniencia de invertir recursos, esto es, asumir costos, para expresar ideas e informaciones que se contradicen o confrontan con el pensamiento del sujeto inversor, las cuales, en caso de expresarse, debieran tener un lugar secundario. En

²⁰ APREZA SALGADO, Socorro. Concentración de medios de comunicación versus pluralismo informativo externo. En: HUBER, Rudolf, y VILLANUEVA, Hernesto (coordinadores). Reforma de medios electrónicos ¿Avances o retrocesos? México, D.F, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 63-85, p. 66.

este sentido, la lógica del pluralismo externo resulta mejor relacionada con la desconcentración económica, y ésta a su vez parece más propicia para conseguir los objetivos del pluralismo informativo; es económicamente más factible que cada agente invierta sus recursos en la expresión de sus propias ideas. El problema es evidente: no todos los sujetos poseen los mismos recursos y en gran medida la distribución relativa de las ideas dependerá a su vez de la distribución de la riqueza.

El objeto de este trabajo pretende dar un primer paso, comprobando que los objetivos del pluralismo informativo son alcanzables mediante la lógica del pluralismo externo. El segundo paso, redistribuir los recursos necesarios para la expresión de ideas, es un tema tratado, pero que excede los límites de la presente tesis.

CAPÍTULO II.- “EL PLANO DEL SER: CONCENTRACIÓN”.

2.1. EL MERCADO DE LA PRENSA.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) ha concebido al mercado de la prensa, en especial de la prensa escrita, como *“un mercado de aquellos a los que la literatura económica aplica el esquema analítico de mercado con demanda bilateral (“two-sided markets”) –en los que un mismo producto o servicio basa su existencia en la condición de ser demandado por dos grupos distintos— pues se trata de diarios con venta de ejemplares y publicidad (...) Entre ambos grupos [lectores y avisadores] existen claras economías de red, en el sentido que la demanda de un grupo de usuarios incrementa la demanda del otro grupo de demandantes”*²¹. Por estos motivos, el estudio del mercado periodístico se divide en el análisis (i) del mercado de las audiencias y (ii) del mercado de la publicidad o avisaje.

²¹ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia N° 89. Causa rol C N° 171-08, caratulada “Demanda de la Revista Punto Final contra los Ministerios de Hacienda y Otros”. Considerando decimosexto.

El presente capítulo no pretende hacer un estudio acabado del o de los mercados relevantes existentes en la economía chilena en relación con los medios de comunicación. La verdadera intención de este capítulo consiste en entregar una imagen de cómo funcionan económicamente los mercados periodísticos y entregar datos empíricos que acrediten la ostensible concentración que los caracteriza, utilizando como principal ejemplo el mercado de la prensa escrita, por ser el más representativo de la tensión existente entre concentración y pluralismo.

2.2. EL MERCADO DE LAS AUDIENCIAS.

2.2.1. CONCEPTO.

El mercado de las audiencias es aquel donde los medios de comunicación social concurren como oferentes de ideas, noticias e informaciones y en que los demandantes representan el público que recibe estas ideas, noticias e informaciones, sea como lector, televidente, radioescucha o receptor multimedia.

2.2.2. PRENSA ESCRITA.

El sub-sector que presenta los síntomas más graves de concentración es el de la prensa escrita a nivel de audiencias.

Durante el segundo semestre de 2011²², la circulación neta semanal alcanzó en promedio los 716.180 diarios por día. Este todo comprende (a) los diarios matutinos generales, a saber, *El Mercurio* (159.036), *Las Últimas Noticias* (124.167), *La Tercera* (98.680) y *La Cuarta* (107.666); (b) un diario vespertino, *La Segunda* (33.456); y (c) los diarios de circulación gratuita: *La Hora* (97.508) y *Publimetro* (95.667).

El Mercurio, *Las Últimas Noticias* y *La Segunda*, pertenecen El Mercurio Sociedad Anónima Periodística (o “Mercurio S.A.P.”), representando el 44,2% del mercado (316.659 diarios). *La Tercera*, *La Cuarta* y *La Hora*, son propiedad del Consorcio Periodístico de Chile S.A. (o “COPESA”), sociedad que posee una cuota de mercado equivalente al 42,4% (303.854 diarios). Y el holding sueco Metro Internacional, dueño de *Publimetro*, alcanza el 13,2% del mercado.

Las estadísticas hablan por sí solas. Es evidente que el mercado de las audiencias es oligopólico, siendo controlado por dos grandes oferentes (El Mercurio S.A.P. y COPESA). Aún más, si medimos los niveles de concentración mercantil según el clásico índice Herfindhal Hirschman (HHI), las conclusiones son todavía más evidentes. Esta medición implica sumar los cuadrados de las cuotas porcentuales de mercado, y si ésta supera los 1800, significa que el mercado se encuentra altamente

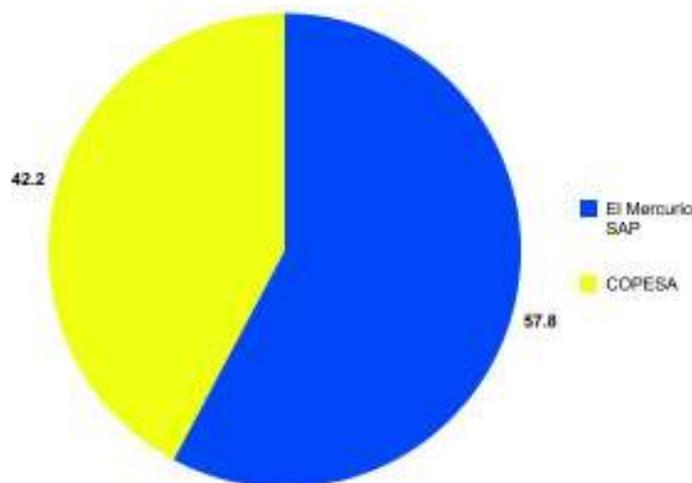
²² Fuente: Sistema de Verificación de Circulación y Lectoría (SVCL). Informe: segundo semestre 2011 – Diarios (circulación). Disponible en: <http://www.anp.cl> [consulta: 17 de julio de 2012].

concentrado. En concreto, el análisis de los datos impuestos arroja un HHI de 3925 aprox., esto es, más del doble de la barrera impuesta por el índice.

Ahora bien, debemos matizar estas apreciaciones en consideración a los diarios de mayor lectoría y que por ende tienen mayor capacidad para crear un efecto persuasivo sobre la opinión pública, determinando los caminos de acción del ciudadano en la esfera política. Los diarios que comparten esta característica, siendo matutinos y pagados, son *La Tercera*, *La Cuarta*, *El Mercurio* y *Las Últimas Noticias*. Durante el mismo periodo en estudio (V. Gráfico N° 1), el Mercurio S.A.P. representa un 57,8% (283.203 diarios/semana) del segmento, y COPESA un 42,2% (206.346 diarios por día/semana).

Gráfico N° 1

Circulación nacional de diarios matutinos segundo semestre 2011 (%)

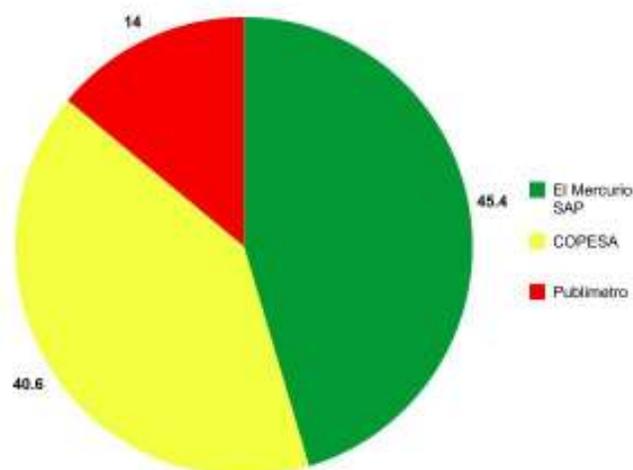


Fuente: Sistema de Verificación de Circulación y Lectoría (SVCL)

Ante esta realidad no es necesario recurrir a índices estandarizados ni a complejas ecuaciones econométricas, para aseverar a la luz de la razón y la experiencia que el mercado se encuentra fuertemente concentrado. Con todo, en Chile la circulación neta apenas alcanza, en promedio, unos 700.000 diarios al día, sobre una población que supera los 17 millones de personas. Por tanto, debe agregarse a la constatación de la fuerte concentración del mercado, una segunda conclusión: la cantidad demandada de prensa escrita es relativamente baja. La pregunta entonces es por los canales informativos que vienen a sustituir o complementar la demanda por información y, en especial, la función que cumplen en este sentido los diarios digitales. Los índices totales de lectoría, esto es, aquellos que incluyen tanto a quienes leen el diario en su versión impresa como a aquellos que lo hacen en su versión *on line*, reproducen la ostensible la concentración de que adolece el mercado medido en relación a la circulación neta (Ver gráfico a continuación).

Gráfico Nº 2

Lectoría total de diarios (papel + digital) segundo semestre 2011 (%)



Fuente: Sistema de Verificación de Circulación y Lectoría (SVCL)

2.2.2.A. DEFINICIÓN DE DIARIO.

El Derecho chileno entrega una definición legal de diario en el inciso 2º del artículo 2 de la Ley de Prensa. De este modo, “[s]e entenderá por diario todo periódico que se publique a lo menos cuatro días en cada semana y cumpla con los demás requisitos establecidos en la ley.” Esta conceptualización es bastante acotada, pero es suficiente para abarcar a la gran mayoría de la prensa escrita tradicional (impresa).

2.2.2. B. EL MEDIO ELECTRÓNICO.

La Ley Nº 19.733 o Ley de Prensa fue estructurada sin consideración a las nuevas formas de información que en estado latente estaban surgiendo producto de los avances tecnológicos. En este sentido, la definición tradicional de diario consagrada en su artículo 2º resulta insuficiente frente a la aparición de las ediciones digitales. En principio, los diarios digitales se integrarían perfectamente a la hipótesis legal, toda vez que (a) su actualización es periódica (incluso minuto a minuto) y (b) se publican en forma constante. Sin embargo, se ha dado lugar a

disputas de relevancia jurídica en la materia que han debido ser resueltas por la justicia ordinaria²³.

Encontrar una definición que comprenda al “diario” en cualquier soporte tiene una doble importancia. En primer lugar, es necesaria para que exista plena igualdad jurídica entre las ediciones impresas y digitales, en conformidad con el artículo 19 Nº 2 de nuestra Constitución Política. En segundo lugar, implica adecuar nuestro Derecho a las exigencias de la realidad práctica que está regulando, en atención a que, en relación a los demás medios convencionales, “la prensa [escrita] ha aventajado a éstos en su presencia y protagonismo dentro de la red, donde goza de cierta primacía [...y además] La penetración definitiva de la radio y la televisión en la red harán más necesaria la apuesta por un modelo de presentación multimedia de los contenidos informativos, hacia el que tiende la prensa en línea actual”²⁴.

En este orden, conviene preguntarse si la prensa digital viene a sustituir (fenómeno del remplazo) o a complementar (fenómeno de la extensión) la prensa en formato material.

²³ V. *Infra.* 2.3.4.

²⁴ CABRERA, María Ángeles. Convivencia de la prensa escrita y de la prensa “on line” en su transición hacia el modelo de comunicación multimedia. Estudios sobre el mensaje periodístico (7): 71-78, 2001, p. 74.

2.2.2.C. FENÓMENO DEL REMPLAZO Y FENÓMENO DE LA EXTENSIÓN.

El mercado de la prensa escrita está viviendo a nivel global un verdadero reordenamiento, producto de la aparición de sus pares o alas digitales. Aunque la prensa escrita se ha caracterizado por tener relativa estabilidad, en Europa ha comenzado a sufrir síntomas de desequilibrio, y no tan sólo por la fuerza de los medios de comunicación audiovisual, sino también por el auge de las nuevas tecnologías de la información²⁵.

Esta dicotomía entre ediciones digitales e impresas da lugar a posturas bifurcadas²⁶. Por una parte, considerando que son las editoriales tradicionales de prensa en soporte impreso aquellas que se han extendido a plataformas virtuales (p.ej. En Chile, EMOL, LaTercera.com), están aquellos que piensan que las ediciones digitales no son más que otra fuente de ingresos para ellas (fenómeno de la extensión). Desde este punto de vista, aquellos oferentes que poseían una posición privilegiada en el mercado tradicional, serían capaces de traspasarla al mercado digital, a través de la mantención de sus ediciones en ambos mercados.

²⁵ MARTINEZ, Valentín, JUANATEY, Oscar, GONZÁLEZ, Javier. Incidencia de los diarios digitales en la reordenación de la prensa diaria. En: ALVAREZ, L., JOAM, P. y CRESPO O. Comunicación e xuventude: Actas do Foro Internacional. España, Colexio Profesional de Xornalistas de Galicia, 2007, pp 151-162. p. 152. Disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2648893> [consulta: 17 de julio de 2012].

²⁶ *Ibíd.*, p. 159.

Por otra parte, en atención a que el nivel de audiencia de Internet está en pleno crecimiento, mientras que el consumo de información en formato material está decreciendo, están aquellos que creen que los diarios virtuales son un producto meramente sustitutivo de la prensa diaria (fenómeno del remplazo). En este sentido, los oferentes tradicionales se verían obligados, en el mediano plazo, a cerrar sus ediciones impresas, y a competir con nuevos agentes en el mercado digital, (p.ej. En Chile, El Mostrador, Terra). En la práctica, la constatación efectiva de este fenómeno depende bastante de la sofisticación del sujeto que demanda información. En un análisis en frío, la demanda por prensa gratuita (on-line) debiera superar la demanda por prensa pagada (digital), en especial tratándose de los pares o alas digitales de los medios posicionados en el mercado tradicional.

Para que en la práctica exista una diferenciación entre la edición virtual e impresa de un mismo periódico, y a su vez para que la primera se prefiera a la segunda, se han identificado cuatro criterios: (1) si el medio digital tiene o no un archivo de noticias en el que fuera posible realizar búsquedas con una datación clara de los artículos; (2) una portada con una presentación o jerarquía diferente de la del producto impreso; (3) actualizaciones previas a la de la versión impresa y (4) oportunidades para que los lectores pudieran comprar productos o servicios a

través de Internet²⁷. Estas “ventajas comparativas” pueden hacerse extensivas a la generalidad de los diarios digitales, tengan o no hermanos de papel.

En los Estados Unidos las ediciones digitales están remplazando a buen paso la lectura de diarios en formato material. De hecho, la *Federal Trade Commission* (FTC) ha tenido especial preocupación por el estado del periodismo²⁸. En nuestro país, en base a las estadísticas del mercado de las audiencias, aún no puede afirmarse el fenómeno sustitutivo (Véase la tabla a continuación).

Tabla N° 1

Promedio Semanal Lectoría total diarios segundo semestre 2011

Diario	Lectores (papel)	Lectores (papel + digital)	Diferencia (Δ%)
El Mercurio	357.639	410.904	15
La Cuarta	375.937	397.012	5,6
La Tercera	309.475	356.170	15
Las Últimas Noticias	312.537	682.108	118
La Segunda	72.047	96.119	33,4

²⁷ GRISTOCK, Jennifer. Gestión de conocimiento y organización virtual en la prensa. En: MANSEL, Robin (ed.). La revolución de la comunicación. Modelos de interacción social y técnica. Madrid, España, Alianza Editorial, 2003, pp. 137-172, p. 152. Disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=787641> [consulta: 17 de julio de 2012].

²⁸ Rupert Murdoch, magnate de las comunicaciones, ha dicho recientemente que el futuro es prometedor para los medios que puedan adaptarse a la progresiva migración de lectores a la web, indicando que la clave del éxito está en convencer a los consumidores de que las noticias y la información de alta calidad, confiables, no son gratuitas. Las palabras del presidente y gerente general de News Corporation fueron manifestadas en el seno de un seminario sobre el estado del periodismo, organizado por la *Federal Trade Commission*. Murdoch: Medios deben lograr que lectores paguen por los contenidos online. El Mercurio. Santiago, Chile, 2 de Diciembre de 2009, p. A7.

La Hora	311.112	311.945	0,3
Publimetro	359.542	365.641	1,7

Fuente: Sistema de Verificación de Circulación y Lectoría (SVCL)

2.2.2.D. ERA DE LA INFORMACIÓN, DEMOCRACIA Y MERCADO.

La “era de la información” ha sido definida como *“un periodo histórico caracterizado por la revolución tecnológica centrada en las tecnologías digitales de información y comunicación, concomitante, pero no causante, con la emergencia de una estructura social en red, en todos los ámbitos de la actividad humana, y con la interdependencia global de dicha actividad”*²⁹.

Esta nueva realidad informática ha golpeado fuertemente las estructuras comunicacionales y la forma en que éstas afectan el pluralismo y la democracia. Para aquellos que piensan que *“la sociedad global de la información tendrá efectos determinantes en el poder político y en la concepción clásica de la soberanía como fundamento de los estados y de los gobiernos”*³⁰, *“Internet otorga una nueva*

²⁹ Citado en: CRESPO, Ariel. Información, capitalismo y poder: la aporía de la “prensa independiente”. En: IVOSKUS, Daniel (editor). Cumbre Mundial de Comunicación Política. Cambios socioculturales del siglo XXI. Buenos Aires, Argentina, Libros del Zorzal, 2010, pp. 343-352, pp. 343 y ss.

³⁰ CUBAS, Joaquín Martín. Democracia e Internet. España, Centro Francisco Tomás y Valiente, UNED Alzira-Valencia, 2001, p. 13.

dimensión de la libertad de expresión, al favorecer el pluralismo y la multiplicación de la información [ya que] frente a la comunicación unidireccional de los medios tradicionales pasamos a la comunicación multidireccional donde cada usuario puede ser al mismo tiempo emisor y receptor de información”³¹.

Este optimismo frente al impulso pluralista de las nuevas formas digitales de comunicación es compartido por LÉVY, quien considera que *“Internet ofrece realmente sobre el mundo político más información, en mayor abundancia y mejor organizada, así como instrumentos prácticos y casi gratuitos para el debate, el control de los representantes y la acción política”³²*. Justamente, esta es la premisa democrática que el pluralismo informativo trata de resguardar.

La interacción del sujeto-receptor con el medio electrónico ha sido calificada como una nueva forma de democracia participativa. En este sentido, el ciudadano encontraría un espacio de acción en el cual es capaz de intervenir en la información generalizada y en la opinión pública, participando directamente en el proceso de toma de decisiones. Se ha llegado a decir, como RODOTÀ, que *“[t]odos pueden presentarse al mismo tiempo como productores o consumidores, en una dimensión en la cual hasta el más periférico de los usuarios de internet puede contar con un “poder de palabra” igual al del gobierno o al de un gran magnate privado, sobre*

³¹ *Ibíd.*, p. 51.

³² LÉVY, Pierre. *Ciberdemocracia. Ensayo sobre filosofía política*. Barcelona, España, Editorial UOC, 2004, p. 93.

*todo si la noticia que introduce en la red es exactamente la que alguien quería ocultar a toda cosa*³³. Mucho más moderadamente, se ha postulado que *“la capacidad autónoma de comunicación, reforzada mediante las tecnologías digitales de comunicación, realza sustancialmente la autonomía de la sociedad con respecto a los poderes establecidos”*³⁴.

Aunque resulte difícil (y ajeno a la presente tesis) aseverar el verdadero alcance democrático de los medios digitales de información, quienes abogan por ello aseveran al mismo tiempo, lo digan expresamente o no, que la voz del individuo o de grupos minoritarios con cierto grado de interacción con la información que se ofrece vía Internet pueden hacer frente o derechamente competir de igual a igual con las grandes corporaciones o empresas comunicacionales. Esta sentencia resulta, desde luego, difícil de digerir, por lo que se ha tendido, en un argumento más pesimista respecto del efecto “democratizador” de los medios virtuales, a diferenciar las distintas clases de discursos³⁵.

³³ RODOTÀ, Stefano. Tecnopolítica. La democracia y las nuevas tecnologías de la comunicación. Buenos Aires, Argentina, Editorial Lozada, 1999, p. 131.

³⁴ CASTELLS, Manuel. Innovación, libertad y poder en la era de la información. En: DE MORAES, Dênis (coord.). Sociedad Mediatizada. Barcelona, España, Gedisa Editorial, 2007, pp. 175-182, p. 181.

³⁵ Producto de la disminución de los costos hundidos, en Internet se ha producido una cacofonía de voces listas y dispuestas para expresarse e intercambiar información. Sin embargo, la gran mayoría adopta la forma de *cheap speech*, el cual es absurdo situarlo como competidor de los contenidos informativos que son capaces de entregar los grandes conglomerados, en términos de calidad, cantidad, fe pública y, sobre todo, alcance. Véase NETANEL, Neil. Market Hierarchy and Copyright in our system of free expression. *Vanderbilt Law Review* 53: 1879-1932, Noviembre 2002, pp. 1887-1893. Disponible en www.ssrn.com/abstract=240308 [consulta: 17 de julio de 2012].

De hecho, hay quienes, aún con mayor pesimismo, niegan que la era digital sea efectiva para provocar una apertura sostenible del mercado periodístico, afirmando que Internet tiene una estructura tal que permitiría replicar la configuración mercantil predigital. Esta preocupación es bien descrita por MOUNIER, quien ha postulado que *“hoy en día (...) consumimos contenidos; absorbemos un flujo de información diferenciada. Y mañana este mismo contenido estará disponible en el mismo instante y bajo la misma forma en soportes muy diferentes (...) pero nada importa, porque será transportado por los mismos canales, Internet, y puesto a la disposición por los mismos proveedores”*³⁶.

En este mismo sentido, el Parlamento Europeo ha resuelto que los medios de comunicación digitales no garantizarán de forma automática una mayor libertad de elección, dado que las mismas empresas de medios de comunicación que ya dominan los mercados nacionales y mundiales de los medios de comunicación también controlan los portales de contenidos dominantes en Internet³⁷.

³⁶ MOUNIER, Pierre. Los dueños de la Red. Una historia política de Internet. Madrid, España, Editorial Popular, 2002, p. 145.

³⁷ Resolución del Parlamento Europeo sobre el peligro que corre en la UE, y particularmente en Italia, la libertad de expresión y de información (apartado 2 del artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales) (2003/2237(INI)). Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/Result.do?direct=yes&lang=es&where=EUROVOC:005793&whereihm=EUROVOC:pluralismo%20de%20los%20medios%20de%20comunicaci%C3%B3n> [consulta: 17 de julio de 2012].

2.2.3. TELEVISIÓN.

La televisión tradicional (analógica) reproduce en gran medida el diagnóstico concéntrico que caracteriza a la prensa escrita. Sin embargo, el mercado televisivo de las audiencias no puede analizarse como un todo. Si bien se trata de un medio de comunicación social, no tiene por definición el objetivo de entregar informaciones e ideas, esto es, no toda la programación televisiva comprende fines periodísticos. Más bien, el afán noticioso se centra en espacios especialmente dedicados, como son los noticiarios y los programas especializados de investigación. Es en esta clase de programas en los que debe ponerse especial atención cuando se trata de analizar el impacto televisivo en el sujeto político.

Además, debe anotarse una segunda prevención, toda vez que, a diferencia de la prensa escrita tradicional (impresa), los canales de televisión nacionales compiten directamente con canales internacionales, algunos especializados en la entrega de noticias, ofrecidos por los diferentes proveedores de televisión por cable o satelital. Sin embargo, el presente trabajo no pretende definir el mercado relevante desde la técnica económica, sino entregar datos empíricos que demuestren en forma patente las tendencias concéntricas del mercado televisivo. Por ello, el estudio se enfoca en los canales nacionales de señal abierta, que en definitiva son aquellos que mayores posibilidades tienen de afectar el comportamiento de los chilenos en la esfera cívica.

Actualmente, la Asociación Nacional de Televisión (ANATEL) comprende siete miembros: (1) Televisión Nacional, propiedad del Fisco; (2) TeleCanal, recientemente traspasado a Televisa; (3) Red Televisión, propiedad de Alba Communications Group, empresa del mexicano Remigio Ángel González; (4) Universidad Católica de Valparaíso, cuyo dueño es la propia Universidad; (5) Chilevisión, propiedad de Time Warner; (6) Megavisión, propiedad del grupo Bethia; y (7) Canal 13, cuya propiedad es compartida en un 67% por el Grupo Luksic y en un 33% por la Pontificia Universidad Católica, a través del *holding* Empresas UC.

A pesar que a nivel de propiedad el mercado se encuentra más desconcentrado cuando se trata de los canales nacionales de televisión abierta respecto de la prensa escrita, se notará en el próximo ítem que las concentraciones se agravan al tratar el mercado publicitario. Esto tiene especial relevancia cuando la transmisión es gratuita y los únicos ingresos provienen de la publicidad.

Finalmente, debe tenerse presente que la dinámica del mercado televisivo está en jaque, dada la adopción de la norma digital japonesa y su posterior implementación. El paso de la televisión analógica a la digital podría significar un cambio importante en la configuración del mercado televisivo. Incluso, se esperan reformas legales en la materia. Por lo mismo, este apartado se ha limitado a caracterizarlo precisa y brevemente.

2.3. EL MERCADO DE LA PUBLICIDAD.

2.3.1. CONCEPTO.

El mercado de la publicidad o mercado del avisaje es aquel donde los medios de comunicación social concurren como oferentes de espacios publicitarios y los demás agentes económicos, especialmente las empresas y el Estado, operan como demandantes de éstos. Para facilitar su comprensión, se estudiará según dos subclasificaciones: *(i)* según la calidad del agente demandante se tratará de avisaje estatal o privado, y *(ii)* según la causa de la publicación se estará frente al avisaje legal o al avisaje comercial.

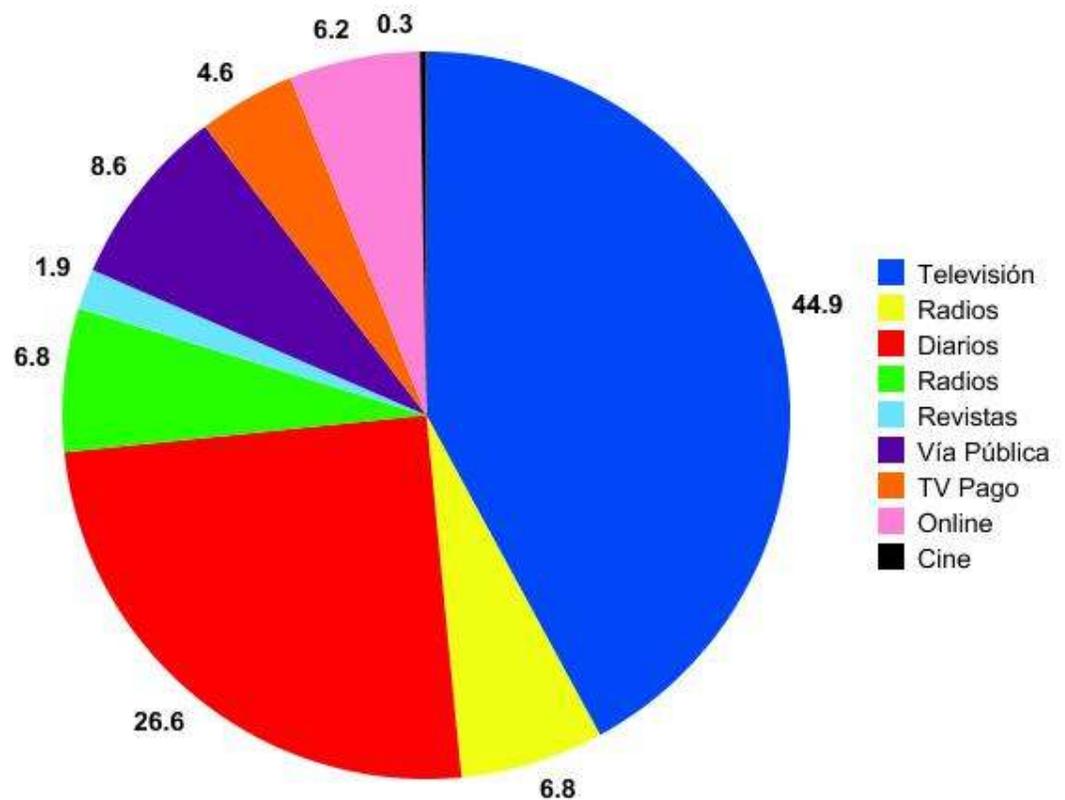
2.3.2. CONFIGURACIÓN.

La inversión publicitaria presenta grados de concentración aun más profundos que los índices de audiencias y lectoría. Como se muestra en el Gráfico N° 3, en un primer nivel, los recursos por publicidad son recibidos principalmente por los canales de Televisión abierta (44,9%) y, en menor medida, por la prensa tradicional (26,6 %). Los medios electrónicos alcanzan sólo un 6,2%, aunque la inversión *online* ha aumentado desde 32.538 millones de pesos anuales en 2010 a millones 40.993 millones en 2011, aumento que representa una variación real de un

26%. Esto se explica en gran medida porque los avances tecnológicos hacen obsoletas aquellas críticas que decían que “*el diario electrónico no resuelve (...) el problema del financiamiento, puesto que la inserción de publicidad es poco atractiva por la aptitud del medio para evadirla*”³⁸.

Gráfico N° 3

Inversión publicitaria en medios de comunicación durante el año 2011 (%)



Fuente: ACHAP. Inversión 2011. Inversión Publicitaria. Disponible en:

www.achap.cl

³⁸ ZEGERS, Cristián, op. cit., p. 324.

En la televisión, según datos de 2007, no existe un dominador absoluto del mercado, aunque si existe una posición relevante de TVN (33,1%) que se beneficia con un tercio de la inversión total en publicidad, como muestra la Tabla N° 2, seguido de cerca por Chilevisión (24,7%), y más de lejos por Canal 13 (16%), MEGA (12,7%) y La Red (10,7%).

Tabla N° 2

Inversión publicitaria en televisión

MEDIO	Variación (UF%)	Ranking	Participación
TVN	1,8	1	33,1%
Canal 13	13,7	3	16%
Chilevisión	-34,8	2	24,7%
MEGA	10,7	4	12,7%
La Red	25	5	10,7%
CANAL 02	38,6	6	1,5%
UCV	47,5	7	1,2%

Fuente: ACHAP y MEGATIME. Inversión 2008. Primer semestre, julio 2008.

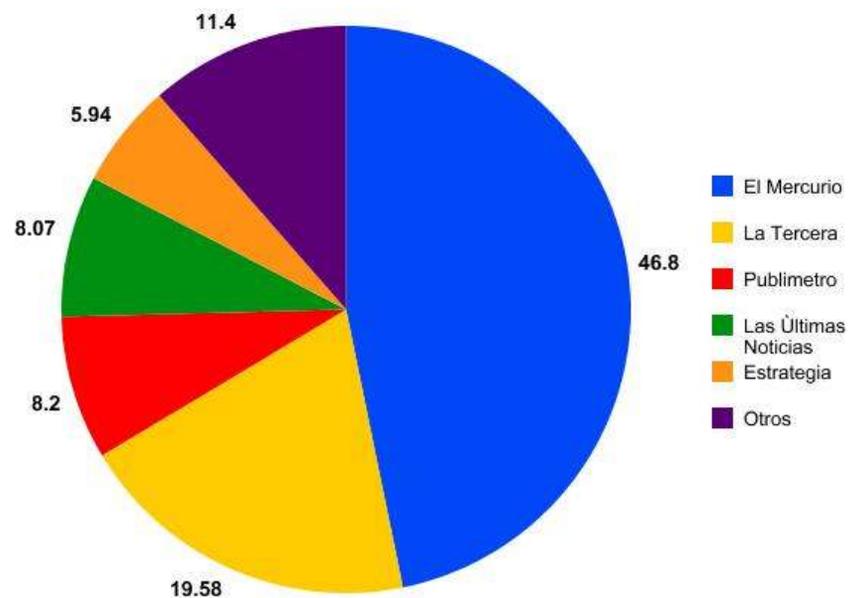
(www.achap.cl)

La situación de la prensa escrita tradicional es más preocupante. En los años 2002 y 2003, sólo *El Mercurio* alcanzaba, respecto de la prensa escrita

tradicional, más de un 50% de participación en el mercado, seguido de lejos por *La Tercera*, que bordeaba un 15%³⁹. Según datos del primer semestre de 2008, *El Mercurio* es el segundo medio con mayor inversión en todo el mercado publicitario, detrás de *TVN*, y sigue liderando la participación en el mercado publicitario de los diarios impresos alcanzando un 46,8% del mercado, seguido por *La Tercera* (19,58%) y *Publmetro* (8,2%), tal como muestra el Gráfico N° 4.

Gráfico N° 4

Inversión publicitaria en diarios (%)



Fuente: ACHAP y MEGATIME. Inversión 2008. Primer semestre, julio 2008.

³⁹ Fuente: Revista ANDA, diciembre 2003. En: CORRALES, O. y SANDOVAL J. Concentración del mercado de los medios, pluralismo y libertad de expresión. Documentos de Trabajo CECOM (1): 67-94, 2004, p. 78.

Del análisis de los datos queda de manifiesto la discordancia existente entre el mercado de las audiencias y el mercado publicitario en la prensa tradicional. El problema surge al intentar explicar según razones económicas el exceso de demanda por espacios publicitarios en un medio (p.e. *El Mercurio*) por sobre otro (p.e. *La Tercera*) cuando representan cifras más estrechas en cuanto a los índices de lectoría y cuando, por regla general, la idea básica de la publicidad es llegar a la mayor cantidad de personas. Se podría argumentar que ciertos periódicos son “consumidos” por sujetos con mayor poder adquisitivo y sería en ellos donde debiera concentrarse el mayor gasto en publicidad. Sin embargo, *“estos factores resultan insuficientes para explicar el total de la diferencia, sobre todo teniendo en cuenta que existen otros medios escritos con índices importantes de lectoría entre grupos socioeconómicos que también son interesantes desde el punto de vista del consumo como es, por ejemplo, el caso del grupo C2”*⁴⁰. De hecho, en 2008, como muestra la Tabla N° 3 los mayores inversores en avisaje fueron el *retail*, la telefonía y los vehículos de pasajeros, servicios que abarcan prácticamente todos los segmentos socioeconómicos.

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 79.

Tabla N° 3
Inversión publicitaria por rubro

RUBRO	VARIACIÓN (%)	PARTICIPACIÓN (%)
Grandes Tiendas	(-)1,6	8,9
Telefonía	24,1	4,7
Vehículos de Pasajeros	20,6	3,4
Higiene, Belleza Capilar	26,3	2,8
Medios electrónicos	6,3	2,8
Súper e Hipermercados	39,4	2,7
Tarjetas de Crédito	5,8	2,7
Colegios, Universidades	(-)12,8	2,5
Constructoras, Corredores	(-)4,5	2,2
Otros servicios	59,4	2,1
Limpieza	43,1	1,9
Gaseosas	7,9	1,7
Higiene Bucal	38,2	1,7
Farmacias, Perfumería	(-)0,4	1,6
Financiamiento	(-)16	1,6
Otros	26,5	56,8

Fuente: ACHAP y MEGATIME. Inversión 2008. Primer semestre, julio 2008.

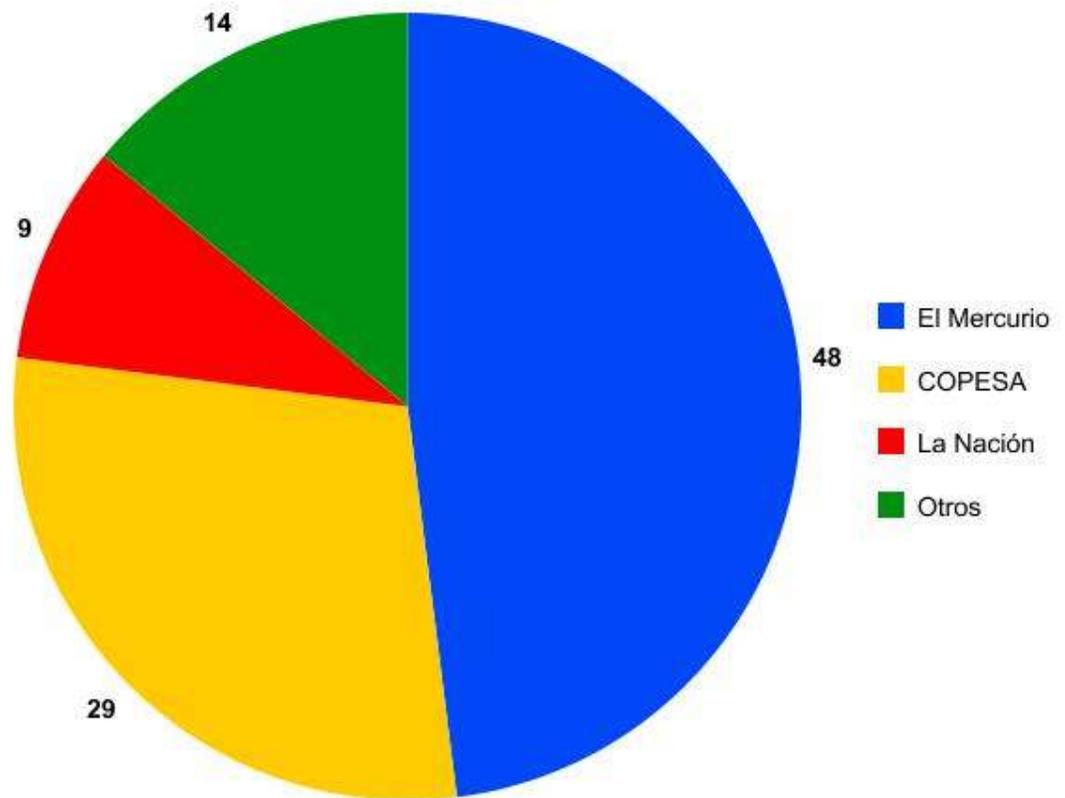
A falta de motivaciones económicas, pueden esgrimirse otras de carácter político e ideológico que le otorguen sentido al abismo existente entre las dos partes del mercado periodístico. Resulta plausible suponer que aquellos que poseen los recursos para comprar espacios publicitarios, pretendan hacerlo en aquellos medios que mejor representan sus ideas y pensamientos. En este sentido, se presenta el típico dilema de la distribución de los ingresos, ya que justamente serán las personas (naturales o jurídicas) con mayores recursos las que podrán financiar los medios de comunicación que prefieran, situando en una mejor posición a sus ideas, por sobre las de aquellas de las personas con menores ingresos.

La solución a una inequitativa distribución de la riqueza suele enfrentarse a la libertad de las personas entendida ésta como autonomía privada. Por ello, resolver el problema en el ámbito privado excede los principios del pluralismo informativo, sin perjuicio de lo injusto que puede resultar. Ahora bien, surge una verdadera problemática cuando se constata que la lógica global es también emulada por el Estado. La Cámara de Diputados señaló en 2006, que *“en general sólo el Gobierno y los ministerios invirtieron en publicidad más de 4.000 millones de pesos en televisión y 1.220 millones de pesos en prensa escrita. Las cifras más altas corresponden a los ministerios de Vivienda y Salud. En televisión, la publicidad se concentró en TVN (50%), seguida a distancia por canal 13 (15%), Megavisión (15%) y Chilevisión (10%). En la prensa, los principales destinatarios de la inversión publicitaria estatal fueron los diarios de la empresa “El Mercurio” (48%) y del Grupo*

COPESA (29%). Ambos consorcios concentraron el 77%. Al diario la “Nación” sólo se destino un 9%”⁴¹ (Ver Gráfico N° 5).

Gráfico N° 5

Inversión estatal en publicidad (Prensa escrita)



Fuente: Cámara de Diputados

⁴¹ CAMARA DE DIPUTADOS. Informe de la Comisión Especial Investigadora sobre Avisaje del Estado, 2006, p. 1.

Disponible en www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=59&prmTIPO=INVESTIGAFIN [consulta: 18 de julio de 2012)

2.3.3. AVISAJE ESTATAL Y PRIVADO.

El avisaje estatal es aquel contratado por agentes públicos y el privado es aquel demandado por particulares. La relevancia de esta distinción resulta decisiva a la hora de contrarrestar los efectos anticompetitivos que produce el gasto en publicidad. La reorientación y redistribución de los recursos invertidos en avisaje parece más factible desde la perspectiva estatal, toda vez que el Estado, según lo prescrito en el artículo 1º de nuestra Constitución Política *“está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”*. En cambio, los privados gozan de una autonomía que les permite satisfacer sus propios fines específicos, entre los cuales se puede incluir el favorecer la promoción de ciertas ideas, invirtiendo con mayor fuerza en aquel medio que las expresa.

En este sentido, se ha afirmado que *“parece importante que el Estado tome un rol más activo frente a este déficit del pluralismo y la diversidad de opiniones, pudiendo, por ejemplo, contemplarse mecanismos de subsidios a medios independientes o nacientes, a través de la inversión publicitaria, lo que supone, a su turno, que se transparenten las políticas y criterios conforme a las cuales se contratan determinados medios de prensa en desmedro de otros para la*

*publicación y publicidad que el Estado debe necesariamente llevar a cabo*⁴².

Sin embargo, el Parlamento no ha sido de la misma idea, argumentando que “[l]a publicidad oficial debiera ser un mecanismo que tiene por objeto comunicar las políticas públicas que el Estado impulsa a través de sus órganos. Su finalidad es que los beneficiados o afectados por algún programa tomen conocimiento de aquel y tengan la opción de ejercer los derechos u obligaciones que éste le impone (...) De esta forma, la publicidad oficial no puede ni debe operar como un subsidio para los medios de comunicación social, por el contrario, los medios que le sirven de soporte deben ser los más idóneos para llegar al público objetivo al cual la política pública está dirigida”⁴³.

2.3.4. AVISAJE LEGAL Y COMERCIAL.

El avisaje comercial comprende todas aquellas publicaciones realizadas en forma voluntaria con el objeto de posicionar o promocionar un bien o servicio. Es decir, se trata de la publicidad en su sentido cotidiano. La demanda por esta clase de avisaje es relativamente flexible, en la medida que depende de la mera voluntad

⁴² UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2003. Hechos de 2002. Santiago, Chile, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, 2003, p. 238.

⁴³ CAMARA DE DIPUTADOS, op. cit., p. 129.

(jurídica) del consumidor de espacios publicitarios, condicionada por sus preferencias y necesidades (económicas).

El avisaje legal es toda aquella publicación de algún instrumento que por disposición legal o reglamentaria debe hacerse obligatoriamente en un diario de amplia circulación nacional. La demanda por esta clase de publicidad, dado su carácter imperativo, es mucho más inelástica, y por ende representa una fuente de financiamiento permanente de la prensa escrita.

Los problemas respecto de la publicidad legal se suscitan cuando emergen nuevos “diarios” que compiten por los recursos que ésta genera. En la práctica, la prensa escrita tradicional se ha visto resignada a admitir la concurrencia en el mercado publicitario legal, más que en cualquier otra subdivisión del mercado periodístico, de los medios electrónicos. En Chile, el primer diario digital que ofreció estos servicios fue *El Mostrador*, que el 21 de marzo de 2003 fue autorizado por la Superintendencia de Valores y Seguros (o “SVS”), mediante el Oficio Ordinario N° 01893 para efectuar esta clase de avisaje *online*.

La prensa tradicional intentó desde un principio salvar su posición privilegiada en el mercado, a través de la vía judicial. En abril del año 2003, *El Mercurio* y otros medios regionales interpusieron sendos recursos de protección en contra de la resolución de la SVS, argumentando que ésta era (i) ilegal, en la medida que incorporaba el medio electrónico en la hipótesis legal del artículo 2º de la Ley de Prensa; y (ii) arbitraria, en cuanto se había adoptado sin fundamento alguno, sin

transparencia y en directo perjuicio de aquellas personas que no tenían medios para comprar o utilizar un computador, agregando que en la práctica minaría la fe publica y la certeza jurídica existente en esta clase de avisos.

Ambos argumentos carecen de fundamento legal y material. En primer término, la definición de diario enunciada en el inciso 2º del Art. 2 de la Ley de Prensa debe necesariamente acoger a los diarios virtuales, porque de otro modo contradeciría el artículo 1º, el cual prescribe que “[l]a libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, constituyen un derecho fundamental de todas las personas”, el artículo 19 Nº 12 CPR que “asegura a todas las personas (...) la libertad de emitir opinión y la de informar”. Además, se infringiría el artículo 19 Nº 2 CPR, toda vez que la definición legal no distingue según el soporte en el cual consta el periódico, y el establecimiento de una diferenciación implicaría una discriminación ilegal y arbitraria. En segundo término, Chile presenta altos índices de presencia demográfica en la red y el acceso a Internet, desde computadores ajenos, cuesta lo mismo o menos que la compra de un diario.

En definitiva, tanto la Corte de Apelaciones, por argumentos de forma, como la Corte Suprema, en atención a que no existía discriminación respecto de los recurridos (sin referirse a los recurrentes), rechazaron el recurso⁴⁴. Aunque las más

⁴⁴ Véase UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. Informe Anual Sobre Derechos Humanos en Chile 2004. Hechos de 2003. Santiago, Chile, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, pp. 104-107.

altas magistraturas no fallaron en razón de los principios del pluralismo informativo, el rechazo de la acción constitucional implica la igualación jurídica entre el diario en formato material y las ediciones virtuales. En caso de denegar a *El Mostrador* la posibilidad de publicar avisos legales, la SVS hubiera efectuado una discriminación ilegal, por infracción de los artículos 1º y 2º de la Ley de Prensa, y arbitraria, porque tanto el diario impreso como el digital pueden cumplir eficazmente los fines de la publicación. Además, hubiera impuesto una barrera legal a la entrada al mercado publicitario legal, afectando así la Libre Competencia.

2.4. CARACTERÍSTICAS DE LA CONCENTRACIÓN.

2.4.1. FENÓMENO MUNDIAL.

La concentración medial es un problema inherente a la gran mayoría de los mercados nacionales. Se ha postulado que *“[n]os encontramos ante una nueva fase en el desarrollo de estrategias de control sobre los medios de comunicación. La anterior (décadas ‘80 y ‘90) apuntó a la estructura de propiedad de estos y, en ese sentido, ya está resuelta materialmente: las elites del mundo occidental son dueñas de los medios de comunicación”*⁴⁵. Sin embargo, la concentración de la propiedad sería insuficiente para alcanzar el control absoluto del discurso mediático y *“para*

⁴⁵ SANTANDER, Pedro, op. cit., p. 8.

enfrentar esa dimensión que el control de la propiedad no cubre, la elite emplea estrategias de comunicación y acude para ello a asesores y a corporaciones especializadas en relaciones públicas y comunicación estratégica”⁴⁶. En un mismo sentido, pero de modo mucho más crítico, se ha llegado a decir que “[l]a democracia capitalista sólo puede funcionar si unos pocos son quienes toman las decisiones, con una participación superficial de la “masa” (...) la despolitización, apatía y cinismo que provocan los medios de comunicación en el ciudadano son muy útiles e imprescindibles para el funcionamiento del sistema”⁴⁷.

2.4.2. ESTATAL.

En Chile, la fuerte concentración del mercado periodístico no es un fenómeno coyuntural, sino que inherente a la realidad socioeconómica nacional. GEOFFREY y SUNKEL explican que una de las características distintivas del caso chileno es el rol ‘constituyente’ de los medios de comunicación que ha jugado el Estado. Es a través de medidas políticas o administrativas que se ha moldeado el mercado. *“El caso más claro es el de la prensa [escrita] donde el Estado autoritario intervino el mercado a través de una medida administrativa, clausurando todos los*

⁴⁶ Loc.cit.

⁴⁷ QUIROS, Fernando, y SEGOVIA, Ana. Plutocracia y corporaciones de medios en los Estados Unidos. Cuadernos de Información y Comunicación 11: 179-205, Universidad de Chile, 2006, p. 181.

diarios con excepción de los que pertenecían a la empresa El Mercurio y COPESA, los mismos conglomerados que hoy lideran el mercado”⁴⁸. Agregan que “no sólo el gobierno militar actuó en desmedro del pluralismo. Para ellos, los gobiernos de la Concertación fueron escépticos frente una intervención estatal a favor de la diversidad medial, confiando en que la mejor política en materia comunicacional es no tener política alguna y dejando que el mercado se regule por sí mismo”⁴⁹.

2.5. LA TENSIÓN CONCENTRACIÓN-PLURALISMO.

De la lectura de estos dos primeros capítulos se hace patente la incongruencia entre el plano del deber ser (pluralismo) y el plano del ser (concentración). El ideal político de pluralismo informativo es contrastado en los hechos por la fuerte concentración económica de los medios de comunicación. Este problema de relevancia jurídica general requiere del Derecho una solución. En el extranjero se han ensayado, como también en Chile, diversas soluciones jurídicas.

El problema que enfrenta el legislador es la doble calidad del objeto regulado. La prensa puede ser considerada como objeto político u económico, debiendo ponderarse bienes jurídicos de ambas clases. En este sentido, puede optarse por someter a los medios de comunicación a la regulación clásica de todo

⁴⁸ GEOFFROY, Esteban y SUNKEL, Guillermo. Concentración económica de los medios de comunicación. Peculiaridades del caso Chileno. Chile, LOM Ediciones, 2001, p. 115.

⁴⁹ *Ibíd.*, p. 32

mercado, la Libre Competencia, o extraer, dadas sus características específicas, a la prensa de la regulación económica, otorgándole una normativa especial en razón de los principios del Pluralismo Informativo, o bien establecer una regulación equilibrada entre ambas áreas del Derecho.

Para algunos, *“[e]n la sociedad libre las restricciones más efectivas de la prensa son el mercado y la competencia. El público es el llamado a castigar el abuso de hacer política en lugar de informar, las tácticas objetables y el entrometimiento en las vidas privadas. Sin duda, la gente es capaz de elegir los mejores medios de información, y los más dignos”*⁵⁰. La regulación por defecto de todo mercado, el derecho antimonopólico, sería suficiente para asegurar las libertades de expresión y de prensa. Para otros, como BASTIDA, dado lo inevitable de la formación de grandes oligopolios nacionales e internaciones, *“la preservación del pluralismo exige que junto con la desregulación económica se apruebe una regulación que fuerce o provoque el pluralismo”*⁵¹.

En los siguientes capítulos se estudiarán, crítica incluida, los modelos elegidos tanto en el extranjero (Capítulo III) como en Chile (Capítulo IV) para resolver la tensión concentración-pluralismo.

⁵⁰ ZEGERS, Cristián, op. cit., p. 319

⁵¹ BASTIDA FREJEIDO, Francisco, op. cit., p. 283.

CAPÍTULO III.- “MEDIDAS CORRECTIVAS DE LA TENSION CONCENTRACION-PLURALISMO EN DERECHO COMPARADO”.

3.1. ANTECEDENTES.

Frente a la problemática concentración-pluralismo, las legislaciones extranjeras han asumido distintas posiciones relativas al derecho antimonopólico y a los principios del pluralismo. Así, la Comunidad Europea ha propuesto un híbrido, en los Estados Unidos se ha concebido el pluralismo como un fin y la libre competencia como un medio, y en un país vecino, como la República Argentina, a través de leyes de promulgación reciente, se ha sobrepuesto firmemente la libertad de expresión y del derecho a recibir información, por sobre la libertad de emprendimiento.

3.2. DEFICIENCIAS GENERALES.

Las soluciones en Derecho comparado a la tensión concentración-pluralismo que se suscita en el seno del mercado de los medios de comunicación padecen de

un problema común, el cual consiste en otorgar una preponderancia desmesurada a la regulación de los medios audiovisuales (enfoque audiovisual) y, en menor medida, a las normas relativas a las plataformas de acceso a servicios digitales, como Internet y la televisión digital (enfoque técnico). En este sentido, las soluciones planteadas son superadas por el verdadero alcance del problema.

3.2.1. EL ENFOQUE AUDIOVISUAL.

En primer lugar, el enfoque audiovisual no hace otra cosa que dividir el mercado periodístico, excluyendo sectores específicos, como la prensa escrita. Este método de solución del conflicto omite completamente la realidad científica y tecnológica en la cual nos encontramos. Soslaya el hecho de que aquellos medios de comunicación que otrora sólo eran concebibles en forma independiente, hoy son accesibles en forma conjunta, producto de una verdadera revolución digital, la cual deriva en un proceso de convergencia de los medios de comunicación.

Más allá de sus limitaciones, el problema del sesgo debe ser aprovechado como una oportunidad para rescatar las bases jurídicas que guían estas normativas, en circunstancias que la tensión concentración-pluralismo supone un problema de principios antes que de regulación particularizada. La sustracción de los medios de prensa electrónicos de la regulación comunicacional es preocupante, pero, como se demostrará, puede ser guiada por los mismos principios que sustentan la legislación

audiovisual. Justamente, esta exclusión justifica la especial preocupación por la prensa que se encuentra en el núcleo de este trabajo.

3.2.2. LA CONVERGENCIA TECNOLÓGICA.

En segundo lugar, la convergencia no sólo supone la unificación de los distintos medios que en un estado tecnológico previo a la revolución digital, se encontraban física y nítidamente diferenciados. La convergencia supone además el acercamiento de las estructuras técnicas con las estructuras comunicacionales. No sólo prensa y televisión coinciden en un determinado soporte, también lo hacen prensa y telefonía, televisión y mensajería, etc. Esto supone la necesidad de una regulación cada vez menos separada de las telecomunicaciones y de los medios de comunicación social.

3.2.3. LA PREGUNTA POR EL ACCESO Y EL ENFOQUE TECNOLÓGICO.

La cuestión del pluralismo informativo, como aquí se ha entendido, supone preguntarse por el acceso al mercado como oferente y no por el acceso al mercado como consumidor o demandante. En general, los Estados al enfrentarse a un problema de esta clase, desvirtuando la noción de bien común, tratan, sea a través de la liberalización o regulación del mercado, de facilitar el acceso de la mayor

cantidad de consumidores y al menor precio posible a los distintos productos ofrecidos. Olvidan que este acceso no sólo se logra con la imposición de normas que suponen conseguir este objetivo en forma directa, sino que también se logra, y probablemente en forma más eficiente, estableciendo normas indirectas, cuya meta sea la inyección de pluralismo en el mercado.

Esta perspectiva es especialmente dominante a la hora de regular el acceso a Internet y se encuentra presente en la incipiente regulación de la televisión digital. En este sentido, el enfoque regulatorio, aunque pretende regular un mercado, sufre un sesgo normativo, al otorgar mayor relevancia relativa a aspectos tecnológicos (regulación de redes) por sobre aspectos político-económicos (regulación de medios).

Con todo, es probable, como se expresó en el apartado anterior, que los aspectos técnicos se vayan acercando cada vez más a los aspectos comunicacionales, lo que supone establecer un equilibrio regulatorio entre presupuestos tecnológicos y principios jurídicos, el cual excede el propósito de la presente tesis.

3.3. COMUNIDAD EUROPEA.

La regulación paneuropea de los medios de comunicación es más orientadora que dispositiva. Este es un rasgo de la esencia de la normativa

comunitaria respecto de la prensa, en cuanto cada Estado miembro es soberano para legislar al efecto en forma independiente.

Así, por ejemplo, en Francia la mayoría de las políticas mediáticas se desarrollan por el gobierno central. El Estado es usado para justificar la injerencia gubernamental en las actividades de los medios franceses, en especial de la televisión y de la radio, de fuerte regulación gubernamental. La prensa escrita no está sujeta a regulación alguna, toda vez que se le reconoce la libertad de expresión y publicación por la Ley de Prensa de 1881. Además, existe una autoridad especial, el Consejo Superior de lo Audiovisual, que se encarga de aplicar las leyes y decretos del gobierno nacional y que puede emitir opiniones sobre las políticas mediáticas⁵².

3.3.1. LA PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA.

La legislación comunitaria defiende decididamente la libre competencia mediante el Reglamento (CE) No 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado constitutivo de la Unión Europea, disposiciones que tipifican el injusto antimonopólico. Con todo, la facultad de preservar el pluralismo en virtud de sus legislaciones nacionales, es propia de la competencia de cada Estado

⁵² MCKENZIE, Robert. Estudio comparativo de la regulación de los medios de comunicación en Francia, Estados Unidos y Ghana. Derecho Comparado de la Información (6): 157-199. Julio-diciembre 2005, p. 170 y ss.

miembro. Esto ha producido fricciones entre las legislaciones internas sobre concentración y el desarrollo de un mercado comunitario sin fronteras. Por ello, la Unión ha venido en conjugar los dos principios enfrentados: libertad de emprendimiento y derecho a la información.

Considerando que las normas antimonopólicas de carácter general son necesarias, pero no suficientes para asegurar el pluralismo informativo, los Estados miembros han adoptado normativas específicas para la regulación de la propiedad de los medios de comunicación. Sin embargo *“los obstáculos al funcionamiento del mercado interior, creados por la disparidad de las normas nacionales sobre la propiedad, han adquirido recientemente una nueva dimensión por la internacionalización de la industria y el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información”*⁵³. El problema no es de la libre competencia respecto del pluralismo, sino que de éste respecto de aquélla. Por ende, se trata de un híbrido con preponderancia económica, antes que política.

3.3.2. LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA.

El artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, “Libertad de expresión y de información”, consagra el principio general en

⁵³ ROJO VILLADA, Pedro. Sociedad Global y Nuevas Tecnologías de la Información. Los retos de la comunicación social ante la liberalización del mercado europeo. Universidad Católica San Antonio, Murcia, España, Quaderna Editorial - Interlibro, 2003, p. 183.

la materia, prescribiendo que “toda persona tiene derecho a la libertad de expresión” y que “*este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras*”. Hasta aquí, el artículo transcrito permite dos comentarios. Primero, se protege la libertad de expresión tanto respecto del emisor como del receptor. Y, segundo, se consagra este derecho como una libertad negativa. Esto se reafirma, al agregar la misma norma que “*se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo*”, siendo para los Estados miembros una obligación de respetar.

3.3.3. CONVERGENCIA.

Desde un inicio, la solución planteada por la Unión para enfrentar la tensión concentración-pluralismo se basó en el fortalecimiento de la cooperación, por sobre la imposición de una normativa comunitaria unificadora. De esta forma, la decisión de establecer o no orgánicas especiales, o la de regular conjunta o separadamente los sectores técnico (las telecomunicaciones) y comunicacional (los medios de comunicación), quedaban entregadas enteramente a la competencia de cada Estado miembro.

Con todo, tiempo después y por medio del considerando (5) de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 relativa a

un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco) se postuló que “[l]a convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información supone que todos los servicios y las redes de transmisión deben estar sometidos a un único marco regulador”.

Esta normativa, más allá de sus considerandos, regula el mercado de las comunicaciones desde un prisma técnico. Por ende, no es dable concebirla como una regulación propia de los medios de prensa, y menos del mercado de los medios de comunicación social. Sin embargo, puede ser entendida como la base tecnológica de una hipotética regulación/desregulación convergente de los medios de prensa electrónicos.

La regulación de la convergencia encuentra su cenit con la dictación de la Directiva 2010/13/UE, sobre Servicios de Comunicación Audiovisual. Para algunos, no es sino “la adecuación del marco regulador al escenario convergente que resulta de la incorporación de las nuevas tecnologías a la transmisión y difusión de servicios de comunicación audiovisual digital”⁵⁴.

⁵⁴ GARCIA CASTILLEJO, Ángel. La regulación de los contenidos audiovisuales. [PDF] Revista TELOS, octubre-diciembre 2010 <www.telos.es> [consulta: 17 de julio de 2012], p. 1.

3.3.4. DIRECTIVA DE SERVICIOS DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL.

En un nivel más concreto, la Comunidad ha optado derechamente por identificar competencia con pluralismo y así, entregar la protección de éste a las normas y principios de la libertad comercial.

Para la dictación la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de marzo de 2010 sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual, se consideró *“esencial que los Estados miembros velen para que no se cometan actos (...) que puedan favorecer la creación de posiciones dominantes que impondrían límites al pluralismo y a la libertad de información televisiva, así como a la información en su conjunto”* (considerando 8). Y se agrega que *“[t]eniendo en cuenta la importancia de procurar que exista una igualdad de condiciones de competencia y un verdadero mercado europeo de servicios de comunicación audiovisual, deben respetarse los principios básicos del mercado interior, tales como la libre competencia y la igualdad de trato, con objeto de garantizar la transparencia y la previsibilidad de los mercados de los servicios de comunicación audiovisual y reducir las barreras de acceso al mercado”* (considerando 10).

En base a esta y otras normativas, el Parlamento Europeo, en su Resolución de 25 de noviembre de 2010, sobre el servicio público de radiodifusión en la era

digital: el futuro del sistema dual (2010/2028(INI)), ha recordado que *“con arreglo al principio de neutralidad tecnológica, los organismos de radiodifusión de servicio público, dentro del cometido que les ha sido asignado, deben tener la posibilidad de ofrecer sus servicios, incluidos los servicios nuevos, en todas las plataformas”* (disposición N° 11) y se ha mostrado *“partidario de la puesta en marcha del Observatorio del pluralismo de los medios de comunicación, que constituye un instrumento eficaz para detectar las amenazas contra el pluralismo de los medios”* (disposición N° 28).

En otra oportunidad, el mismo órgano paneuropeo, por medio de la Resolución de 15 de diciembre de 2010, sobre los efectos de la publicidad en el comportamiento de los consumidores (2010/2052(INI)), vino en *“[i]nstar a los Estados miembros que no hayan aplicado la Directiva de servicios de comunicación audiovisual a que lo hagan sin más dilación (...) y subraya la necesidad de tomar en consideración el uso de las nuevas tecnologías (por ejemplo, la televisión vía dirección IP)”* (disposición N° 16).

Según el Primer Informe de la Comisión Europea sobre la aplicación de la Directiva 2010/13, a finales de 2011, de un total de veintitrés Estados miembros que se habían pronunciado al efecto, veinte notificaron la incorporación completa de la nueva normativa y sólo tres debían incluir algunas modificaciones en su

legislación para lograrlo⁵⁵. Bulgaria, República, Dinamarca, Estonia, Grecia, España, Italia, Austria, Rumania, Eslovenia, Eslovaquia, Finlandia y Suecia han aprobado nuevas regulaciones locales, generalmente reglamentos, para adecuar su legislación interna a las exigencias de la Directiva. Otros países, como Alemania y Portugal, han considerado innecesario dictar nuevas normas jurídicas, administrativas o legales, para adaptarse a la regulación europea.

Así, por ejemplo, en España, por medio del Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre, se aprobó el Reglamento de desarrollo de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, en lo relativo a la comunicación comercial televisiva. Y en Grecia se dictó el Decreto Presidencial 109/2010, para la armonización de la legislación de la radiodifusión griega con la Directiva 2010/13/UE.

⁵⁵ COMISIÓN EUROPEA. Primer informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre la aplicación de la Directiva de servicios de comunicación audiovisual (Directiva 2010/13/UE). [PDF] Bruselas, 4.5.2012<<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0203:FIN:ES:PDF>> [consulta: 17 de abril de 2012], p. 4.

3.4. ESTADOS UNIDOS.

3.4.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO: LIBRE COMPETENCIA.

La estructuración de las políticas sobre medios de comunicación en los Estados Unidos tiene como marco regulatorio el derecho *anitrust* o derecho de la libre competencia. MCKENZIE resume el punto escribiendo que “[l]a regulación de los medios en Estados Unidos sigue el enfoque liberal, según el cual debe ejercerse un mínimo de intervención gubernamental en las operaciones cotidianas de las organizaciones de medios de comunicación. Cuando sea posible, el mercado debe ser la autoridad fundamental que regule sus contenidos y operaciones”⁵⁶.

En Estados Unidos existen tres áreas de regulación sobre el contenido de los medios. La primera trata de la obscenidad y de la indecencia. No pueden emitirse contenidos obscenos en ningún tiempo, y sólo pueden emitirse contenidos indecentes en horarios nocturnos. La segunda se refiere a la publicidad transmitida por “emisores no comerciales”, esto es, los radiodifusores públicos, colegios y universidades que no pueden transmitir anuncios. La tercera es la regulación del contenido infantil, existiendo la obligación por parte de las emisoras de emitir determinadas horas diarias de programación educativa para niños⁵⁷.

⁵⁶ MCKENZIE, Robert, op. cit., p. 174.

⁵⁷ *Ibíd.*, p. 177 y 178.

3.4.2. FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION.

Existe una institucionalidad federal encargada de la fiscalización y regulación de los medios, en especial de la radio y televisión: la Comisión Federal de Comunicaciones (*Federal Communications Commission* o FCC). Esta institucionalidad fue creada en 1934 por la Ley de Comunicaciones. Su creación tuvo por objeto evitar que el Congreso se entrampara cotidianamente en largos procesos legislativos tendientes a regular cada aspecto de los medios de comunicación. La FCC es entonces una agencia especializada para la ejecución específica de las políticas generales del Congreso, entidad que supervisa su actuación a través del Comité del Senado de Comercio, Ciencia y Transporte, y del Comité de Energía y Comercio. Dado el carácter mercantil de estos órganos, es evidente que el Derecho estadounidense concibe la actividad periodística como una simple actividad comercial.

La FCC tiene dos facultades esenciales para hacer cumplir la ley: la facultad de revocación o no renovación de licencia y la facultad sancionatoria. La primera no es de uso frecuente y se reserva para casos extremos. La segunda es más utilizada y se traduce en la imposición de multas a quienes infringen la regulación. Esto no significa que la Comisión funcione como un órgano persecutor. Aunque cuenta con oficiales dedicados a la investigación, la imposición de sanciones depende en gran medida de las denuncia del público o de otros emisores.

Si bien la implementación de una agencia pública podría inducir a pensar en una sobrerregulación del mercado de los medios de comunicación y en una intervención excesiva de los poderes públicos en el ámbito privado, la FCC ha tenido una marcada agenda a favor de la desregulación, la que se condice con la protección del bien jurídico libre competencia, que en términos anglosajones no es sino el derecho *antitrust*. En el año 2003 la Comisión dio uno de los pasos más marcados hacia la desregulación a través de su Informe Bienal (*Biennial Review*) de la regulación de los medios de comunicación, otorgando mayor flexibilidad a determinadas normas que desde hace largo tiempo reglaban la concentración del mercado y la propiedad cruzada. El Congreso reaccionó con medidas legislativas en sentido contrario y recordando en especial el Acta de 1996 que ordenaba a la FCC efectuar estos informes (*reviews*), que en su sección 202(h) mandaba derogar o modificar toda regulación ajena al interés público⁵⁸.

3.4.3. POLÍTICAS ACTUALES DE LA FCC.

La política actual de este organismo tiene una especial preocupación por el acceso. El programa *“Future of Media & Information Needs of Communities in a*

⁵⁸ SHELANSKI, Howard. Antritrust Law as Mass Media Regulation: Can Merger Standards Protect the Public Interest? *California Law Review* 94: 371-421, 2006, pp. 375y ss. Disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=925710 [consulta: 17 de julio de 2012]

Digital Age” pretende convertir a Internet, en un plazo de diez años, en la principal fuente de información del país, siendo éste el medio más adecuado para inclinar la balanza a favor del pluralismo.

Este enfoque tiene especial sentido en la normativa norteamericana en la medida que los medios electrónicos han ido reemplazando a buen paso la lectura de diarios en formato material. En Norteamérica se ha producido una verdadera “crisis del periodismo”, esto es, la irrupción de los medios electrónicos se ha manifestado como un fenómeno de replazo. De esta manera, los medios tradicionales han debido adaptarse a las nuevas condiciones comerciales y laborales del negocio periodístico.

Sin embargo, esto supone una supervaloración del pluralismo que le es inherente a Internet y, a la vez, una subestimación del contenido cualitativo del pluralismo informativo. Esto porque en la red efectivamente nos encontramos con una multiplicidad casi infinita de fuentes de información, pero no toda la información es igual. La mayor diversidad de contenido disponible online no supone mayor pluralismo, toda vez que no todas las fuentes tienen el mismo peso relativo. En términos de fe pública, son pocos los sitios que son concebidos por la ciudadanía como verdaderos portales de información. El desarrollo de un pluralismo marcadamente cuantitativo limita el desarrollo de un pluralismo cualitativo, en circunstancias que la mayor parte de la información en línea reviste el carácter de *cheap speech*, discurso de alcance limitado que no repercute en el sistema político,

a pesar de ser un instrumento de fortalecimiento del ejercicio de la libertad de expresión⁵⁹.

3.4.4. MEDIOS IMPRESOS Y MEDIOS ELECTRÓNICOS.

La protección básica de la libertad de expresión en los Estados Unidos está consagrada en la Primera Enmienda. Sin embargo, no se le ha otorgado la misma libertad a los medios impresos y a los medios electrónicos, entendidos en este apartado como aquellos que requieren de espacio en el espectro radioeléctrico. Esto se justificaría en el hecho de que éstos son menos competitivos, por lo que deben poner mayor atención a los intereses públicos (pluralismo interno). Y existiría menos competencia porque el espectro radioeléctrico sólo puede acomodar un número finito de frecuencias de radio y televisión. Con todo, es innegable la intromisión de competencia por la proliferación de radio y televisión por cable o satelital⁶⁰.

⁵⁹ Véase nota N° 35.

⁶⁰ MCKENZIE, Robert, op. cit., p. 175.

3.5. ARGENTINA.

3.5.1. EL ENFOQUE AUDIOVISUAL.

La Ley N° 26.522 de la República Argentina, o Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual, vigente en ese país desde el año 2009, es un caso paradigmático de cómo una ley eminentemente sesgada es útil en cuanto establece los principios que deben imperar en el mercado de los medios de comunicación. En realidad, esta Ley no regula medios de comunicación en específico, sino contenidos, toda vez que tiene como objeto *“otorgar marco legal a todos los Servicios de Comunicación Audiovisual independientemente del soporte técnico utilizado para su transmisión”*⁶¹ (énfasis añadido). De esta forma excluye completamente a los medios electrónicos sin producción audiovisual, y parcialmente a los medios electrónicos que sólo entregan complementariamente esta clase de contenidos. Con todo, una regulación alternativa del mercado de la prensa o su integración a la normativa audiovisual no debería ceñirse a principios diversos.

⁶¹ Propuesta de Proyecto de Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual de la República Argentina, p. 9. Disponible en <http://www.comfer.gov.ar/web/Varios/ley/Anteproyecto-18-3.pdf> [consulta: 17 de julio de 2011].

3.5.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO: LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.

La Propuesta de Proyecto de la actual Ley de Servicios de Comunicación audiovisual expresó explícitamente que su objetivo era *“echar las bases de una legislación moderna, dirigida a garantizar el ejercicio universal para todos los ciudadanos del derecho a recibir, difundir e investigar informaciones y opiniones y que constituya también un verdadero pilar de la democracia, garantizando la pluralidad, la diversidad y una efectiva libertad de expresión”*. Es decir, su punto de partida no fue la protección de la libertad en el mercado, sino de la libertad discursiva.

El artículo 1º de la Ley prescribe que uno de sus objetivos es *“el desarrollo de mecanismos destinados a la promoción, desconcentración y fomento de la competencia con fines de abaratamiento, democratización y universalización del aprovechamiento de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación”*. Podría pensarse, entonces, que la normativa argentina concibe la libre competencia como el medio idóneo para alcanzar el pluralismo, siendo éste una mera consecuencia de aquella. Sin embargo, el artículo 2º no deja lugar a dudas al considerar la actividad desarrollada por los medios de comunicación (audiovisual) como *“una actividad de interés público, de carácter esencial en el desarrollo sociocultural de la población por el que se exterioriza el derecho humano inalienable de expresar, recibir, difundir e investigar informaciones, ideas y opiniones”*. A mayor abundancia, agrega que *“[e]l objeto primordial de la actividad brindada*

por los servicios regulados en la presente es la promoción de la diversidad y la universalidad en el acceso y la participación, implicando ello igualdad de oportunidades de todos los habitantes de la Nación para acceder a los beneficios de su prestación”.

La Propuesta fue igualmente clara, toda vez que vino en resumir los principios que informan la Ley en 21 puntos, siendo clave el segundo de ellos. El punto número 2 declaró perentoriamente que “[l]a radiodifusión es una forma de ejercicio del derecho a la información y la cultura y no un simple negocio comercial”. Es aquí donde, como se verá, la legislación trasandina se distancia del modelo chileno, que aun admitiendo la importancia pública de los medios de comunicación, continúa regulándolos como “un simple negocio comercial”.

El camino elegido por esta normativa es el de dar total preponderancia a los principios del pluralismo informativo, la libertad de expresión y el derecho a la información, siendo éstos el bien jurídico protegido, por sobre cualesquiera otros, inclusive los principios económicos de la libre competencia. Ni la legislación misma ni su justificación en la Propuesta otorgan un lugar estratégico a la libre competencia en el mercado periodístico. Este estado legislativo puede concebirse como el opuesto pendular al estado en que la protección del pluralismo se entrega por completo a la legislación antimonopólica. Esto puede producir una desnaturalización de los medios de comunicación como mercado, y en la práctica se ha transformado en un punto de conflicto entre el gobierno propulsor de la

iniciativa legal y los oferentes de mayor magnitud, que ven peligrar su posición económica privilegiada. Es cierto, y es un postulado central de este trabajo, que los medios de comunicación cumplen una función fundamental en la democracia moderna. Con todo, la sola constatación de esta característica esencial no puede pasar por encima de una realidad, cual es que los medios se constituyen como empresas comerciales con fines de lucro o que, a lo menos, requieren de la percepción de una renta para sostenerse en el tiempo.

3.5.3. AUTORIDAD AUDIOVISUAL.

La Ley de Medios viene a crear una institucionalidad especial, autónoma y descentralizada para la regulación de la comunicación audiovisual, la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual y el Consejo de Servicios de Comunicación Audiovisual, como órgano asesor.

La Autoridad Federal cumple variadas funciones, entre ellas la de *“[p]romover y estimular la competencia y la inversión en el sector. Prevenir y desalentar las prácticas monopólicas, las conductas anticompetitivas, predatorias y/o de abuso de posición dominante en el marco de las funciones asignadas a este organismo u otros con competencia en la materia”*. En este punto entran en juego los principios de la libre competencia. Sin embargo, como se trata de una legislación netamente política a éstos no se les ha otorgado un lugar estratégico y la Autoridad,

al “[a]plicar, interpretar y hacer cumplir la presente ley y normas reglamentarias”, no atenderá a otras nociones más que a las del pluralismo informativo en estado puro. De otro modo incurriría en la misma contradicción en que incurre la ley, al negar el carácter económico de los medios de comunicación audiovisual, para luego entregar la competencia económica en la materia a esta nueva institucionalidad.

Así como no corresponde que un órgano con competencias económicas como la Fiscalía Nacional Económica y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tengan que sopesar derechos fundamentales, transformándose en un nuevo Tribunal Constitucional, tampoco corresponde que un órgano con competencias políticas tenga que realizar prácticas propias de la agenda económica. En este orden, es más adecuado regular a favor de la cooperación de ambas institucionalidades, en lugar de unificar competencias en un órgano único. De este modo se evita dar mayor preponderancia a ciertos derechos fundamentales que en abstracto tienen el mismo peso jurídico y que no corresponde jerarquizar ex-ante.

CAPÍTULO IV.- “EL MERCADO DE LA PRENSA COMO OBJETO DE REGULACIÓN EN EL DERECHO CHILENO”

4.1. EL MERCADO DE LA PRENSA COMO OBJETO DE REGULACIÓN.

La Ley N° 19.733 (año 2001) sobre “Libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo”, o simplemente Ley de Prensa, es fruto de una animosa discusión parlamentaria que refleja la fuerte tensión entre concentración y pluralismo. Desde un inicio se tuvo claro que *“para garantizar el pluralismo y una verdadera libertad de opinión y de información, es necesario evitar e impedir que se concentren monopólicamente los medios de comunicación social”*⁶².

Esta ley, si bien no determina su propio ámbito de aplicación, debe entenderse referida a todos los medios de comunicación social, toda vez que los define en su artículo 2º como *“aquellos aptos para transmitir, divulgar, difundir o propagar, en forma estable y periódica, textos, sonidos o imágenes destinados al público, cualesquiera sea el soporte o instrumento utilizado”*.

⁶² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N° 19.733 sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo. Chile, 2001, p. 105.

A continuación se reproducirán aquellos argumentos más representativos en relación a: (i) la obligación que nace para el Estado respecto del pluralismo; (ii) el rol que le cabe a la Libre Competencia en cuanto a la regulación del mercado de las ideas y de la información; y (iii) las correcciones que propone la ley para regular el mercado publicitario. Para terminar analizando (iv) las deficiencias que padece el producto final del debate legislativo, y (v) presentando las soluciones que se proponen para superar estas deficiencias, en términos de regulación e institucionalidad.

4.2. OBLIGACIÓN ESTATAL.

Antes de establecer normas legales concretas que regulen los mercados periodísticos, se debe determinar qué rol le corresponde al Estado respecto del pluralismo informativo. De este modo, se justificará una mayor o menor intervención regulatoria en el mercado de la prensa. Con todo, no existe una única postura frente a la obligación que tiene el Estado frente al pluralismo. En esta línea, se ha afirmado que *“[n]o basta con asegurar el derecho a crear y dirigir medios de comunicación; sino que es preciso, además, garantizar la pluralidad de los mismos, independencia de los periodistas independientes y acceso igualitario al espacio en que se difunden las ideas. Teniendo en cuenta lo anterior resulta fundamental*

*debatir cuál es el papel del Estado frente a la libertad de expresión*⁶³. Incluso, se ha llegado a afirmar que *“existe consenso respecto de que los Estados tienen la obligación de implementar políticas públicas y marcos legales que promuevan el pluralismo y garanticen el libre acceso a la información por parte de la ciudadanía”*⁶⁴. Sin embargo, esta aseveración no tiene validez para el caso chileno y prueba de ello es la desavenencia entre los parlamentarios que pretendieron construir una obligación positiva *versus* aquéllos que defendieron la postura de que una obligación en términos negativos era suficiente para garantizar la libertad de expresión.

En el caso de Chile, esta indefinición tiene ribetes especialmente problemáticos, dada la paradójica discordancia entre la solución que dispone la Ley y la solución propuesta por el mismísimo Congreso, producto de la intervención del Tribunal Constitucional.

4.2.1. TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS.

Para comenzar a determinar qué obligación nace para el Estado respecto del pluralismo debemos recurrir, en primer término, a aquéllas normas jurídicas de

⁶³ UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile. 2008. Hechos de 2007. Santiago, Chile, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, 2008, p. 36.

⁶⁴ CORRALES, O. y SANDOVAL J., *op.cit.*, p. 67.

mayor jerarquía. Como se ha visto, nuestra Constitución Política no hace una referencia clara respecto del pluralismo informativo, sino sólo respecto del pluralismo político, a propósito del derecho de asociación. Sin embargo, los derechos constitucionales enumerados en el Artículo 19 de nuestra Carta Fundamental no son los únicos derechos protegidos por ésta. El Artículo 5 inciso 2° CPR prescribe que “[e]l ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” y que “[e]s deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

En este orden de ideas, la doctrina especializada ha postulado que a partir “de las normas internacionales sobre libertad de expresión que establecen el derecho público de recibir información y opiniones de una diversidad de fuentes [...se puede deducir...] la obligación positiva del Estado de garantizar o promover un clima de debate público abierto y plural, y de corregir una situación en la que estas características están ausentes o distorsionadas”⁶⁵. La Convención Americana sobre Derechos Humanos en el numeral 1° de su artículo 13 prescribe que “[t]oda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole (...)”. El

⁶⁵ ZALAJUETT, José. Introducción. En: HUMAN RIGHTS WATCH. Los límites de la tolerancia: Libertad de expresión y debate público en Chile. Chile, LOM Ediciones, 1998, pp. 11-46, p. 37.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reafirma en su artículo 19 que *“[t]oda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”*. De esta manera, la libertad de expresión concebida unilateralmente por nuestra Constitución en su Art. 19 N° 12, esto es, como *“la libertad de emitir opinión y la de informar”*, se complementa con agregación de la libertad de *“buscar y recibir información”*.

4.2.3. CONGRESO NACIONAL.

El Proyecto de Ley, de fecha 8 de julio de 1993, que dio inicio a la discusión parlamentaria vino a reconocer la problemática expuesta y desde ya pretendió definir cuál era la obligación estatal respecto del pluralismo. El artículo 11 original prescribía que *“[e]l Estado, a través de sus diversos órganos, tiene la obligación de garantizar el pluralismo en el seno del sistema informativo, para lo cual habrá de favorecer la coexistencia de una diversidad de medios, que posibilite la expresión de las distintas corrientes de opinión, así como la variedad social, cultural y económica de las regiones”*.

Esta obligación, en principio, tiene un alcance amplio. Sin embargo, el Congreso consideró que su construcción jurídica era insuficiente. La Cámara Baja

estimó que la obligación del Estado expresada en tales términos, esto es, “favorecer” y “posibilitar”, era muy débil para alcanzar la meta buscada: garantizar el pluralismo. Los parlamentarios señores Aylwin y Elgueta propusieron sustituir los términos “*posibilitando la expresión*” por las palabras “*asegurando la expresión efectiva*”⁶⁶. Esta indicación tuvo éxito y se incluyó en el Proyecto despachado a la Cámara Revisora con fecha 12 de septiembre de 1995 (Oficio N° 793), estableciendo en su artículo 9 que “[e]l Estado tiene la obligación de garantizar el pluralismo en el sistema informativo, para lo cual habrá de favorecer la coexistencia de diversidad de medios de comunicación social y la libre competencia entre ellos, asegurando la expresión efectiva de las distintas corrientes de opinión, así como la variedad social, cultural y económica de las regiones”. La importancia de esta norma no reside únicamente en la constitución de una obligación estatal positiva ante el pluralismo, sino también en el establecimiento de la primera relación legal entre el derecho antimonopólico y el pluralismo informativo, como mecanismos de regulación complementarios del mercado de los medios de comunicación.

4.2.4. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

En este punto, una discusión parlamentaria profundamente democrática y cuyas primeras conclusiones se condecían con los derechos humanos reconocidos

⁶⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, op. cit., p. 136.

en los Tratados Internacionales es víctima de una abrupta ruptura antidemocrática. La opción del órgano representativo por excelencia, el Congreso, es rechazada por el Tribunal Constitucional.

Con fecha 2 de octubre de 1995, una serie de parlamentarios de la Alianza por Chile interpuso un requerimiento⁶⁷ ante el Tribunal Constitucional para que éste declarara inconstitucionales cuatro normas del proyecto de ley sobre "*Libertad de Expresión, Información y Ejercicio del Periodismo*", entre ellos el artículo 9 inciso 1°, disposición contenedora de la obligación estatal.

Los requirentes "*[r]especto al derecho a la información afirman que no hay un solo precepto constitucional que lo haya establecido, y mal puede, en consecuencia, constituir una exigencia constitucional regular lo que ella jamás dispuso*"⁶⁸. Este argumento es completamente improcedente y manifiestamente inconstitucional, ya que atenta contra el inciso 2° del Artículo 5 CPR. Justamente, los Tratados Internacionales, como la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, vienen a consagrar este derecho fundamental, cuando prescriben que toda persona tiene la libertad de "*buscar y*

⁶⁷ Requerimiento formulado por diversos diputados para que el Tribunal Constitucional resuelva sobre la cuestión de constitucionalidad planteada durante la tramitación del proyecto de ley sobre "*Libertad de Expresión, Información y Ejercicio del Periodismo*", de acuerdo al Artículo 82, n° 2, de la Constitución Política de la República (Causa Rol N° 226,).

⁶⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia ROL N° 226, Requerimiento formulado por diversos diputados para que El Tribunal resuelva sobre la cuestión de constitucionalidad planteada durante la tramitación del Proyecto de Ley sobre "*Libertad de Expresión, Información y Ejercicio del Periodismo*", 30 de Octubre de 1995, p. 2.

*recibir” toda clase de información e ideas. Lo incomprensible es que, como se sabe⁶⁹, la ley finalmente consagró en su artículo primero el derecho de recibir y buscar ideas e informaciones, esto es, la libertad de información, inorma que se contuvo desde un principio en el Proyecto de Ley! y cuyo objeto, como lo dice explícita y categóricamente el Mensaje enviado al Parlamento, fue el de “*declara[r] las libertades de opinión e información en los términos establecidos en la Carta del 80 y en tratados internacionales vigentes, que han sido ratificados por Chile*”⁷⁰.*

Por su parte, el Presidente de la Cámara de Diputados defendió la posición mayoritaria sostenida en el Parlamento expresando que “*el Estado debe asegurar efectivamente el derecho a participar con igualdad de oportunidades, lo que desarrolla el artículo 19, N° 15, al garantizar el pluralismo político, obligando al Estado a cautelar el pluralismo, sin que nadie ponga en duda que dicha cautela debe ser efectiva*” y que “*el pluralismo es uno de los soportes esenciales de toda democracia*”⁷¹. Si bien las aseveraciones de los requeridos son exactas, éstas debieron extenderse al Art.5 inciso 2°, en los términos aquí expuestos, porque son los Tratados Internacionales los encargados de defender la libertad de expresión desde la perspectiva del ciudadano, como sujeto que recibe información y la incorpora a su patrimonio cívico.

⁶⁹ Vid. Supra 1.2.4.

⁷⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, op. cit., p. 8.

⁷¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, op. cit., p. 9.

El Tribunal Constitucional sentenció que *“desde el momento en que se impone al Estado la obligación de equilibrar el flujo noticioso a fin de pretender una pluralidad ideológica o cultural, y para así hacerlo ha de imponer obligaciones a los medios de comunicación social, significa una intromisión indebida en las decisiones que pueda adoptar un medio de comunicación, interferencia que no sólo constituye una clara violación a la autonomía de ese medio que la Constitución reconoce, ampara y garantiza sino, además, una violación directa a la libertad de emitir opinión y de informar que reconoce, asegura y protege la Carta Fundamental en su artículo 19 N° 12.”*⁷². En definitiva, el Tribunal declaró inconstitucional la frase *“asegurando la expresión efectiva”* contenida en el Art. 9 del Proyecto aprobado por la Cámara Baja. Esta sentencia defiende a rajatabla la libertad de los medios de comunicación, asumiendo, sin que ello se desprenda de la redacción de la norma, que la obligación estatal frente al pluralismo así expresada implicaría necesariamente imponerles obligaciones ilegítimas.

Como se aprecia, este órgano de control constitucional ha optado por una interpretación restrictiva del alcance que tiene la garantía fundamental contenida en el numeral 12 del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental, y en la especie ha antepuesto a la libertad de expresión el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica (Art. 19 N° 21 CPR) y el derecho de propiedad (Art. 19 N° 24 CPR). Esta postura tiene eco en la doctrina. Así, FRIEDMAN distingue la libertad humana, el

⁷² *Ibíd.*, p. 27.

género, de la libertad económica, la especie. Reconoce, como lo hace nuestro Tribunal Constitucional, que *“la libertad para ser dueño de propiedades constituye (...) parte esencial de la libertad económica”* y piensa que *“las restricciones a la libertad económica afectan inevitablemente a la libertad en general, incluso en aspectos tales como la libertad de prensa y la libertad de expresión”*⁷³.

Este argumento es nefasto porque no toma en consideración las necesidades de una sociedad democrática y estanca la interpretación de la Constitución, convirtiéndola en un instrumento inútil para la solución de los problemas actuales. El Tribunal Constitucional no entendió que para que las libertades de expresión e información puedan ejercerse de tal forma que aseguren el debate público, esto es, la representación real en el escenario político de toda la diversidad de flujos de pensamiento, es esencial un clima efectivo de pluralismo. Esta imperiosa exigencia de una sociedad democrática no parece imponible al Estado desde un análisis exegético u originalista de nuestra Carta Fundamental. La interpretación de ésta debe hacerse en atención *“a los límites de los principios constitucionales, las corrientes de opinión, las transformaciones y la evolución sociales (...) a fin de que el texto de la Constitución no obstaculice los cambios requeridos por el desarrollo y el progreso del país”*⁷⁴. Esta interpretación tiene como

⁷³ FRIEDMAN, Milton y FRIEDMAN, Rose [traducción de Carlos Rocha Pujol]. Libertad de Elegir. Madrid, España, Editorial Orbis S.A., 1983, pp. 100-104.

⁷⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia ROL N° 346 (voto de minoría). Requerimiento respecto del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en dicha ciudad el 17 de julio de 1998, Santiago, 8 de Abril de 2002, p. 137.

afán darle contenido y funcionalidad al Artículo 4° CPR, que establece la democracia como el régimen político imperante en nuestro país.

El Tribunal Constitucional adopta la línea argumentativa del constitucionalismo ortodoxo que, al entender de CRISTI y RUIZ-TAGLE, *“busca proteger los derechos fundamentales de la libertad y la propiedad. Para esto exige el reconocimiento de una esfera separada que defina límites estrictos a la legislación estatal y permita la revisión judicial de sus decisiones”*⁷⁵. Siguiendo esta línea, para el Estado nace simplemente una obligación de respetar la libertad de prensa y de garantizar que otros agentes, públicos y privados, también la respeten. Existiendo sólo una obligación de abstención, se limita de sobremanera la competencia estatal para interferir en el mercado de los medios de comunicación.

Es menester rechazar esta clase de interpretaciones que retrotraen la solución de problemas actuales a consideraciones del pasado. Lo razonable, dadas las nuevas exigencias de una sociedad democrática, es *“privilegiar no la permanencia y la fijeza, sino la flexibilidad y la evolución [lo que] conduce a una revisión constante a la luz del cambio de circunstancias y el progreso de la civilización”*⁷⁶. En virtud de este método, nuestra Carta Fundamental se transforma en un instrumento funcional para la resolución de dificultades presentes, de

⁷⁵ CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo. La República en Chile. Teoría y Práctica del Constitucionalismo Republicano. Santiago de Chile, LOM Ediciones, 2006, pp. 30-31.

⁷⁶ *Ibíd.*, pp. 38-39.

manera que sirva efectivamente para asegurar a todas las personas los derechos reconocidos por ella. Es requisito *sine qua non* para construir una obligación positiva del Estado en cuanto crear un clima cierto de pluralismo.

4.2.5. LA LEY.

Posteriormente, la Cámara Alta estimó que *“al Estado no le compete regular la forma en que debe manifestarse el pluralismo en el sistema informativo, porque ello conduce a la intervención estatal sobre la forma en que se ejerce el periodismo por los medios de comunicación social [siendo] la única forma que garantiza el pluralismo (...) la coexistencia de diversos medios de comunicación social y la libre competencia entre ellos”*⁷⁷. De este modo, el Senado acepta el planteamiento del Tribunal Constitucional, protegiendo la libertad de prensa desde la perspectiva de los grandes emisores (i.e., los medios de comunicación social) sin reparar en sus receptores (i.e., los ciudadanos).

Con todo, el quiebre que produjo en el debate parlamentario la declaración de inconstitucionalidad efectuada por el Tribunal Constitucional no propició la instauración de un modelo liberal puro y el actual artículo 3 de la Ley N° 19.733 o “Ley de Prensa”, contiene una disposición ecléctica, según la cual *“[e]l pluralismo en*

⁷⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, op. cit., pp. 1027-1028.

el sistema informativo favorecerá la expresión de la diversidad social, cultural, política y regional del país. Con este propósito se asegurará la libertad de fundar, editar, establecer, operar y mantener medios de comunicación social” (énfasis añadido). Esta regla supone que el Estado no tiene una obligación directa respecto del pluralismo, sino un deber indirecto de asegurar la libertad económica, que aparece como requisito suficiente para que el pluralismo informativo se verifique en la práctica.

Como se expresó en su oportunidad, la definición de la obligación estatal que nace para el Estado respecto del pluralismo determinará en su momento el alcance de la regulación particularizada del mercado periodístico y el poder-deber del Estado para interferir en las distorsiones que le afecten.

4.3. ANÁLISIS DE LA LEY N° 19.733.

Una vez determinada la obligación que tiene el Estado respecto del pluralismo informativo, corresponde pasar al estudio de aquellas normas legales que vienen a materializar esta definición más bien genérica. Por lo tanto, a continuación estudiaremos aquellas disposiciones de la Ley de Prensa que más concretamente vienen a *“asegurar la libertad de fundar, editar, establecer, operar y mantener medios de comunicación social”*.

En su momento se explicó que el mercado periodístico es en realidad la conjunción de dos mercados: el de las audiencias y el de la publicidad. En este punto se analiza la regulación correspondiente a la oferta y demanda por información e ideas. En especial, se estudiarán las normas que pretenden resolver el problema de la concentración del mercado de los medios de comunicación social en el Derecho chileno. Luego, se hará referencia en forma específica a las normas que pretenden regular el mercado publicitario.

4.3.1. REMISIÓN A LA NORMATIVA ANTIMONOPÓLICA GENERAL.

Para enfrentar el problema de la concentración del mercado de audiencias se han concebido dos métodos de regulación. El primero, que ha sido el empleado en Europa, impone limitaciones al derecho de propiedad sobre los medios de comunicación, delimita las cuotas de mercado aceptables y construye una política de subsidios. El segundo, que es aquel que se inserta en el seno del Proyecto, intenta vincular las normas sobre los medios de prensa con las normas antimonopólicas que aseguran la libre competencia⁷⁸.

El Artículo 56 del Proyecto original dispuso, en su inciso primero, que “[e]n razón de los propósitos del Decreto Ley N° 211, de 1973, se considerarán, entre

⁷⁸ *Ibíd.*, p. 385.

otros, como hechos, actos o convenciones, que tienden a impedir la libre competencia, los que entraben la producción de informaciones, el transporte, la distribución, la circulación, el avisaje y la comercialización de los medios de comunicación, y quienes los ejecuten o celebren incurrirán en la pena establecida en el artículo 1º inciso primero del referido cuerpo legal” y, en su inciso segundo, que “[p]ara los efectos del inciso segundo del artículo 1º del Decreto Ley Nº 211, de 1973, se reputarán artículos o servicios esenciales los pertinentes a la operación o mantención de los medios de comunicación social”. El Art. 1º del DL. Nº 211 de la época tipificaba y penalizaba el ilícito atentatorio contra la Libre Competencia y su inciso segundo mandaba que cuando el delito incidiera en artículos o servicios esenciales, la pena sería aumentada.

El entonces Ministro Secretario General de Gobierno, José Joaquín Brunner, expuso en junio de 1995 ante la Cámara de Diputados que el Proyecto pretendía impulsar el pluralismo a través de la transparencia y la competencia⁷⁹. Precisamente, la propuesta legal supone proteger al máximo, no la prensa en sí, sino el mercado mismo, para que éste, lo más naturalmente posible, termine por asignar las cuotas de mercado correspondientes a cada oferente. De hecho, la norma contenida en el Artículo 56 del Proyecto no tiene una lógica regulatoria, sino sancionatoria al ubicarse en el párrafo de *“De los delitos cometidos contra las libertades de opinión y de información”*.

⁷⁹ *Ibíd.*, p. 110.

En definitiva, el Proyecto no pretendió regular el mercado periodístico, sino que dejarlo en manos de la regulación antimonopólica de carácter general. Lo erróneo de esta decisión tiene dos aristas. En primer lugar, de no mediar esta remisión a la legislación protectora de la libre competencia, ésta igualmente hubiera operado por defecto. El Fiscal Nacional Económico, expuso ante la Comisión de Constitución del Senado que *“la inclusión en el proyecto de normas relativas a evitar abusos y anomalías derivadas de situaciones contrarias a la competencia en el desarrollo de las actividades de comunicación social, sería necesaria sólo en la medida en que el legislador no desee librar a la interpretación de los organismos que deben velar por la libre competencia la represión y castigo de tales abusos, ya que en estricto rigor estas actividades no están excluidas de la normativa general que rige la materia”*⁸⁰. En segundo lugar, ésta reconducción implica que la prensa, pieza fundamental en el funcionamiento de la democracia moderna, sea tratada por el legislador como un producto económico más, como sería un zapato o una lavadora.

4.3.2. PLURALISMO Y PROPIEDAD.

Así las cosas, los desacuerdos no se hicieron esperar y muchos congresistas adujeron que no bastaba con garantizar la libre competencia, sino que también

⁸⁰ *Ibíd.*, p. 1064.

debía abarcarse el problema de la propiedad, tarea para la cual es inservible la Ley Antimonopolios. La diputada señora Pollarolo graficó este problema exponiendo que *“los avances de este proyecto de ley son absolutamente insuficientes respecto de los dos grandes instrumentos del pluralismo: la regulación y la promoción. Son insuficientes, porque, (...) el artículo 43 no salva el problema de la concentración de la propiedad. No basta con garantizar la libre competencia, que es la concurrencia en el mercado que dispone la Ley Antimonopolios”*⁸¹. Don Aníbal Pinto fue preso de esta misma desconfianza, *“por cuanto tal normativa [el DL. N° 211] está diseñada para resolver problemas en el plano de los bienes y servicios, y el pluralismo, obviamente, va mucho más allá”*⁸².

Producto de este escepticismo ante el modelo norteamericano que el Proyecto adopta desde sus orígenes, comienzan a aparecer los primeros matices del modelo europeo, que supone la regulación de la propiedad sobre los medios de comunicación social. Así, se agregan dos nuevos incisos al Artículo 43 (ex Artículo 56)⁸³. El primero estableció la obligación de informar a la Comisión Preventiva Regional o a la Comisión Preventiva Central, según corresponda, sobre cualquier hecho o acto relevante relativo a la modificación o cambio de propiedad de un medio de comunicación social, dentro del plazo de 30 días de producido. El

⁸¹ *Ibíd.*, p. 129.

⁸² *Ibíd.*, p. 131.

⁸³ *Ibíd.*, p.143.

segundo, vino a obligar a las Comisiones Preventivas a llevar un registro público actualizado de los propietarios de medios de comunicación social. Ambas disposiciones tenían fines meramente informativos.

4.3.3. CUOTEO DEL MERCADO.

Las primeras indicaciones europeas que tuvieron éxito en la Cámara Baja fueron pura cosmética. No existía una regulación de la propiedad sobre los medios propiamente tal y los órganos que fiscalizarían sus cambios y modificaciones pertenecían a la institucionalidad antimonopólica. Con todo, sirvieron de base para la ruptura de la lógica inicial del Proyecto. Así, el 12 de septiembre de 1995, la Cámara de Diputados aprobó la indicación efectuada por los diputados Aylwin, Elgueta y Pollarolo que establecía un régimen de limitación de cuotas de participación en el mercado⁸⁴.

Entre los incisos primero y segundo del Artículo 43 del Proyecto despachado por el Parlamento en primer trámite constitucional, se intercaló una nueva disposición, la cual dispuso que *“[s]e reputarán como hechos de la naturaleza de los sancionados en el inciso precedente [injusto antimonopólico que afecta al mercado periodístico]:*

⁸⁴ *Ibíd.*, pp. 293-294.

a) En el ámbito de la prensa escrita, el control de más del 30 por ciento 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 por ciento de la distribución de los diarios de información general.

b) El control de más del 15 por ciento del mercado informativo general, por una sola persona natural o jurídica, o de más del 20 por ciento del referido mercado, por dos o más personas naturales o jurídicas asociadas, y

c) El dominio de dos o más tipos, diversos medios de comunicación social en un mismo mercado, por una persona natural o jurídica, sola o asociada con otra u otras”.

El literal a) reguló la propiedad de la prensa escrita, medio de comunicación que presenta las más graves tendencias concéntricas. El literal b) reguló la propiedad sobre todo medio de comunicación social, con mayor flexibilidad respecto de la prensa escrita. Ambas reglas establecen limitaciones a la concentración horizontal del mercado. Por último, el literal c) pretendió, ya no limitar, sino prohibir la concentración multimedia de las distintas clases de medios de comunicación (radio, televisión, diarios, etc.). Esta clase de regulación encuentra respaldo en autores de la escuela europea y sus normas son tradicionalmente conocidas como “*reglas de propiedad cruzada*”. Para MOUNIER, “*las restricciones a la propiedad (...) no son discriminatorias, ya que persiguen un objeto de interés*

*general vinculado con la libertad de expresión*⁸⁵. En este sentido, la delimitación de cuotas máximas de mercado no debe ser desestima *a priori*, toda vez que se ajusta al principio de igualdad, i.e. no establece diferencias arbitrarias (Art. 19 N° 2 CPR).

Como era de esperarse, los defensores de la libertad y de la propiedad, como pilares del sistema constitucional, elevaron un Requerimiento⁸⁶ ante el Tribunal Constitucional, para que el sistema de cuotas de mercado fuera declarado contrario a nuestra Carta Fundamental. Los requirentes argumentaron que esta *“disposición no constituye en sí misma ninguna descripción propia de la legislación antimonopolio”* cuyo objeto es asegurar y garantizar la libre competencia, elemento esencial de la economía regida por el principio de la libertad económica [Art. 19 N° 21]; *“en este caso se condiciona, limita y afecta arbitrariamente el derecho de propiedad”* y agregaron que *“este precepto compromete la libertad a adquirir el dominio [Art. 19 N° 23 y 24], que la Constitución jamás limitó sino en los casos excepcionales que ella contempla, y bajo requisitos en extremo restrictivos”*⁸⁷.

El Presidente de la Cámara Baja retrucó los argumentos esgrimidos en el Requerimiento, arguyendo que el pluralismo informativo y las libertades de opinión y de información pertenecen a todas las personas, y no deben ser confundidas con el derecho de propiedad de los medios materiales de comunicación, puesto que así

⁸⁵ MOUNIER, Pierre, op. cit., p. 167.

⁸⁶ Se trata del mismo requerimiento antes citado.

⁸⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, op. cit., Sentencia ROL N° 226, p. 5.

se desconoce la naturaleza social de la garantía del Artículo 19 N° 12 CPR⁸⁸. Los detractores de esta clase de regulación no sólo se apoyan en la calidad de ésta en cuanto violatoria del derecho de propiedad, sino también, como se ha visto, en la conculcación del Art. 19 N° 21 CPR, norma constitucional garante de la libre iniciativa en materia económica. Con todo, esta clase de libertad no es irrestricta. En este sentido, para PARRA MUÑOZ, es evidente que *“el Derecho asegura el libre acceso al mercado a productores y consumidores, pero al mismo tiempo enmarca esa libertad, limitándola o reglamentándola conforme al interés social”*⁸⁹. Sólo esta postura es concordante con un criterio democrático-funcional de interpretación constitucional.

En definitiva, el Tribunal Constitucional le dio la razón a los requirentes, declarando inconstitucional el polémico inciso segundo del Artículo 43, contenedor de las limitaciones a la propiedad, en cuanto *“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”* y *“el artículo 19, N° 24, inciso segundo, de la Constitución, en cuanto si bien este inciso dispone la posibilidad de*

⁸⁸ *Ibíd.*, p. 11.

⁸⁹ PARRA MUÑOZ, Augusto. La regulación jurídica del mercado. Revista de Derecho de la Universidad de Concepción (164): 57-67, Enero-Diciembre 1976, p. 60.

limitaciones al derecho de propiedad, lo permite solamente en la medida que deriven de su función social, por expresa disposición constitucional”⁹⁰.

SACCO AQUINO apunta que *“el Art. 19 N° 24 permite expresamente que leyes posteriores impongan limitaciones u obligaciones a la propiedad que se ejerza sobre derechos incorporados al patrimonio de sus titulares, siempre que estas limitaciones u obligaciones deriven de la función social de la propiedad”⁹¹*. Y, por supuesto, la pregunta que uno debe de inmediato hacerse es sobre qué puede ser más beneficioso para la sociedad que el fortalecimiento de la democracia.

En el Senado, la Comisión de Constitución hizo nuevamente presente que el Proyecto optaba por regular la concentración del mercado periodístico de acuerdo a la legislación general antimonopólica, desechando la regulación de *“cuotas de mercado”*. En el seno de la Comisión, el Ministro Secretario General de Gobierno de la época expuso que una regulación de la propiedad de los medios de comunicación no afecta tal derecho, sino que le otorga una estructura mínima que permite neutralizar tendencias oligopólicas. El Secretario de Estado pensó, al igual que la Comisión, que *“resulta fundamental incorporar en la ley (...) una norma que deje consignado que la concertación en la propiedad de los medios de comunicación social pudiera resultar atentatoria para el funcionamiento del sistema democrático.*

⁹⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, op. cit., p. 33.

⁹¹ SACCO AQUINO, Sabina. La Constitución de 1980 como fundamento y origen de una teoría constitucional de la irretroactividad. *Revista Chilena de Derecho* 33(3): 479-508, Diciembre 2006, p. 495.

En ese marco, la norma propuesta por la H. Cámara de Diputados, que declara el carácter de artículos o servicios esenciales de aquellos que sean pertinentes a la operación o mantención de los medios de comunicación social debería ser incorporada directamente en esta iniciativa” ⁹². En este punto, el Fiscal Nacional Económico consideró que podría ser más beneficioso modificar directamente el DL. N° 211.

Razonando este estado de cosas, ya en abril de 1996, solo quedó con vida la regla contenida en el inciso segundo del Artículo 56 del Proyecto original, Artículo 38 del Senado, el cual prescribía en forma sucinta que *“[p]ara los efectos del inciso segundo del artículo 1º del decreto ley N° 211, de 1973, se reputarán artículos o servicios esenciales los pertinentes a la operación o mantención de los medios de comunicación social”*. De este modo, se reafirma la reconducción de la regulación del mercado periodístico a la legislación antimonopólica de carácter general.

4.3.4. ¿LEGISLACIÓN ANTIMONOPÓLICA ESPECIAL?

La nueva formulación normativa retrotrae la discusión a su punto de origen. Las indicaciones realizadas a favor de la regulación directa de la propiedad sobre los medios de comunicación no lograron sobrevivir a los diversos controles de

⁹² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, op. cit., p. 446.

constitucionalidad, y el Proyecto despachado a la Cámara Alta, en cuanto al rol de la Libre Competencia en el mercado periodístico, seguía el espíritu del Proyecto original, que pretendía garantizar el pluralismo informativo a través de la competencia entre los distintos medios de comunicación. Por lo tanto, se reproducen en el Senado muchas de las disputas que tuvieron lugar en la Cámara Baja. Los defensores de la regulación insistieron en que *“[l]a iniciativa remite toda la regulación en materia de concentración al decreto ley Nº 211, sobre defensa de la libre competencia, lo cual es insuficiente. El pluralismo no puede ser reducido a un tema de libertad de competencia. Por consiguiente, existe un importante vacío que deberíamos llenar en instancias posteriores”*⁹³.

Se debatió entonces, ya en enero de 1998, la posibilidad de establecer directamente una regulación antimonopólica de carácter especial. El senador Viera-Gallo fue partidario de establecer una nueva limitación a la propiedad multimedia, agregando una nueva norma sobre propiedad cruzada que prescribiera que *“[l]as personas naturales o jurídicas que, solas o asociadas con otras, sean propietarias de un diario o publicación periódica de circulación nacional, de una radio de cobertura nacional y de una concesión de frecuencia televisual de libre recepción de cobertura nacional, podrán acrecentar dicho multimedia accediendo al dominio de un solo medio más, cuando éste tenga exclusivamente circulación o cobertura regional,*

⁹³ *Ibíd.*, p 543.

provincial o local o se trate de la concesión de un servicio limitado de televisión”⁹⁴. El parlamentario esgrimió dos argumentos en favor de esta iniciativa⁹⁵. En primer lugar, aseguró que esta regla impide que exista concentración a nivel multimedial, tratándose de una limitación a la concentración de la propiedad, y no, como podría pensar el Tribunal Constitucional, de una norma atentatoria de la libertad de expresión. Además, en segundo lugar, no puede sostenerse que bastaría con la Ley de Defensa de la Libre Competencia, porque podría ocurrir que la Comisión Antimonopolios no considerara suficiente para intervenir el hecho de que un multimedia posea otro medio de circulación nacional, si a la vez existen varios de ellos en el espectro de radio, televisión o en la prensa escrita.

Los defensores del mercado, reticentes a cualquier limitación exógena sobre éste, no estuvieron de acuerdo con esta postura. Según ellos, el hecho de que el mercado de los medios de comunicación se encuentre cada vez más concentrado no implica que deba discutirse el rol que tiene la regulación de la prensa en ese problema, sino más bien la efectividad de la legislación antimonopólica, esto es, del DL N° 211⁹⁶. En esta línea, el Senador Errázuriz postuló que constituye un error dictar normas propias del derecho antimonopólico mediante una normativa particular, ajena a sus propósitos. A su parecer, lo que corresponde es perfeccionar

⁹⁴ *Ibíd.*, p. 818.

⁹⁵ *Ibíd.*, p. 819-820.

⁹⁶ *Ibíd.*, p. 827.

la legislación existente sobre Libre Competencia, para que ésta pueda responder en forma eficiente a las necesidades del mercado de las ideas y de la información, así como lo hace cuando se trata de bienes materiales⁹⁷. En este sentido, la Comisión Americana de Derechos Humanos ha declarado que *“[l]os monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos [pero] en ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación”*⁹⁸.

Finalmente, esta última postura triunfa en el Senado. La Cámara Alta entonces, en lo relativo a la concentración del mercado periodístico, sólo conservó del Proyecto despachado por la Cámara de Diputados la disposición que establece que para los efectos del inciso segundo del artículo 1° del DL. N° 211 se reputan como artículos o servicios esenciales los pertinentes a la operación o mantención de los medios de comunicación social. Al igual que el Fiscal Nacional Económico, el Senado le otorgó especial importancia a esta norma, ya que *“para los efectos de aumentar en un grado la penalidad correspondiente a los delitos contra la*

⁹⁷ *Ibíd.*, p. 839.

⁹⁸ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, octubre de 2000, principio N° 12. Disponible en <http://www.cidh.org/basicos/basicos13.htm> [consulta: 17 de julio de 2012].

competencia que afecten a tales artículos y servicios esenciales, (...) se enfatiza la gravedad que revestirían estas acciones punibles”⁹⁹.

Esta parte de la discusión en el Congreso deja ver cómo los señores parlamentarios hicieron vista gorda a la modernización de las estructuras y formatos en que se transmiten las ideas. El debate que dio forma a la actual Ley N° 19.733 se remitió a los medios de comunicación tradicionales. Sin embargo, la revolución tecnológica implica un marcado proceso de convergencia. De hecho, la revolución digital ha sido definida como *“el conjunto de técnicas que permite transformar en un formato común una serie de productos que hasta ahora estaban encerrados en distintos soportes”¹⁰⁰*. Por tanto, aunque la indicación propuesta se fundaba en intenciones pluralistas, hoy en día sería inconcebible, toda vez que la mayoría de los oferentes del mercado periodístico poseen la cualidad de ser multimediales. Además, significaría un freno al progreso tecnológico, que ha sido una de las piezas fundamentales en el aumento del acceso a la información por una mayor parte de la población.

⁹⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, op. cit., p. 1064.

¹⁰⁰ MOUNIER, Pierre, op. cit., p. 143.

4.3.5. EL ROL DE LAS COMISIONES PREVENTIVAS.

En mayo del año 2000, la Comisión Mixta propuso que el ex Artículo 56 (Proyecto original), ex Artículo 43 (Proyecto despachado por la Cámara de Diputados), ex Artículo 38 (en el Senado) y actual Artículo 35, volviera a tener la misma redacción que tuvo cuando fue introducido por iniciativa del Ejecutivo, ¡seis años atrás!¹⁰¹ Sin embargo, esta no es la única norma que se rescata del pasado. También se rescata el rol de las Comisiones Preventivas. En agosto del mismo año, el Presidente de la República formula observaciones al Proyecto de Ley y en lo que aquí merece tratamiento, expresa que *“en el caso de los medios sujetos al sistema de concesiones, se establece la exigencia de un informe previo de la Comisión Preventiva a objeto de detectar oportunamente el efecto negativo que determinadas transacciones pudieren tener en la libre competencia. Así, también, es necesario que exista, para conocimiento público, un registro de las personas naturales o jurídicas que tengan participación en la propiedad de los medios”*.

En este punto, baste decir que ambas normas fueron aprobadas finalmente en 2001 y pasaron a ser parte de la Ley N° 19.733. El artículo 37 contuvo la remisión a las normas defensoras de la Libre Competencia. El artículo 38 dispuso, en su inciso primero que *“[c]ualquier hecho o acto relevante relativo a la modificación o cambio en la propiedad o control de un medio de comunicación social deberá ser informado*

¹⁰¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, op. cit., p. 1152.

a la respectiva Comisión Preventiva Regional o a la Comisión Preventiva Central, según corresponda, dentro de treinta días de ejecutado” y en su inciso segundo, que “tratándose de medios de comunicación social sujetos al sistema de concesión otorgada por el Estado, el hecho o acto relevante deberá contar con informe previo a su perfeccionamiento de la respectiva Comisión Preventiva respecto a su impacto en el mercado informativo. Dicho informe deberá evacuarse dentro de los treinta días siguientes a la presentación de la solicitud, en caso contrario se entenderá que no amerita objeción alguna”.

4.3.6. LA REFORMA: LEY N° 20.361.

Los artículos 37 y 38 de la Ley N° 19.733 aprobada en 2001, dada su ligazón con la regulación antimonopólica general, se vieron afectados en cuanto a su vigencia por reformas que afectaron a la legislación sobre Libre Competencia.

En el año 2003, dos años después de la promulgación de la Ley de Prensa, la Ley N° 19.911 vino a modificar el DL. N° 211. Esta normativa (i) propuso una nueva tipificación de las conductas ilícitas, (ii) creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (o simplemente “TDLC”), en remplazo de las Comisiones Preventiva y Resolutiva, y (iii) suprimió el carácter penal de las sanciones que se imponen a quienes infringen la legislación antimonopólica. Por tanto, los preceptos contenidos en los artículos 37 y 38 de la Ley N° 19.733 fueron parcial y tácitamente derogados.

El primero no podía operar, toda vez que no había ninguna pena que agravar y el artículo 1° al cual hacía referencia ya no existía. El segundo otorgaba facultades revisoras a las Comisiones Preventivas, órganos antimonopólicos ahora inexistentes.

Dada esta nueva realidad jurídica, la Ley N° 20.361, publicada el 13 de julio del año 2009, seis años después de producida esta derogación tácita y parcial, derogó expresamente el Art. 37 de la Ley de Prensa y adaptó su Art. 38 a la actual contingencia orgánica, traspasando competencias desde las Comisiones Preventivas a la Fiscalía Nacional Económica. En la práctica el TDLC había ejercido las facultades entregadas a las Comisiones. Su nueva redacción dispuso, en su primer inciso, que *“[c]ualquier hecho o acto relevante relativo a la modificación o cambio en la propiedad de un medio de comunicación social, deberá ser informado a la Fiscalía Nacional Económica, dentro de treinta días de ejecutado”* y agregó, en su inciso segundo, que *“tratándose de medios de comunicación social sujetos al sistema de concesión el hecho o acto relevante deberá contar, previo a su perfeccionamiento, con informe de la Fiscalía Nacional Económica y en caso que el informe sea desfavorable, el Fiscal Nacional Económico deberá comunicarlo al TDLC para efectos de lo dispuesto en el Artículo 31 del DL. N° 211”* (énfasis añadido).

Según el Ejecutivo, las reformas introducidas a la Ley N° 19.733 tienen su base en dos constataciones. En primer lugar, un porcentaje relevante de los procedimientos no contenciosos que se han iniciado ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, se fundan en los hechos o actos descritos en términos

amplios por el artículo 38 de la Ley de Prensa, no obstante lo cual, sólo en limitados casos ha habido una conducta susceptible de identificar con los hechos, actos o convenciones que, de acuerdo al Art. 3 del DL. N° 211, pueden ser objeto de una medida a imponer por el Tribunal. En segundo lugar, una razón adicional que justifica las modificaciones efectuadas al Art. 37 de la Ley 19.733, es que en él se contenían descripciones de conductas orientadas a establecer presunciones legales de los supuestos de hecho previstos en los incisos primero y segundo del Art. 1° del DL. N211, los que fueron sustituidos por la Ley N° 19.911¹⁰².

4.3.7. RESULTADO FINAL.

El legislador chileno ha preferido entregar el control de la contradicción pluralismo-concentración presente en el mercado de los medios de comunicación a la normativa antimonopólica de carácter general, esto es, al DL. N° 211. En el seno del Congreso se escucharon voces que reclamaron por el tratamiento especial de esta problemática. Reclamaban que el reforzamiento del DL. N° 211 era necesario, pero no así suficiente: el pluralismo requeriría más. Con todo, el debate representativo se vio limitado por los criterios impuestos por el Tribunal Constitucional, privilegiándose legislar la libertad de expresión respecto de los

¹⁰² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (BCN). Historia de la Ley N° 20.361 Modifica el Decreto con fuerza de Ley N° 1, de Economía, Fomento y Construcción de 2004, sobre Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Chile, 2009, p. 14.

propietarios de medios de prensa y no desde la perspectiva de los ciudadanos, sujetos políticos incapaces de actuar adecuadamente en el espacio público si no tienen acceso a todos los puntos de vista que configuran una sociedad.

La Ley de Prensa ya no establece una remisión explícita a la regulación antimonopólica, la que ahora opera por defecto. Sin embargo, continúa, a través del Artículo 38 antes transcrito, sirviéndose de la institucionalidad protectora de la Libre Competencia para proteger una meta jurídica diversa: el pluralismo informativo.

4.4. REGULACIÓN DEL MERCADO PUBLICITARIO.

Como se anotó en su oportunidad, el mercado periodístico se compone de dos submercados. En los párrafos precedentes se ha llevado a cabo un análisis de las argumentaciones que terminaron por determinar la regulación del mercado en general, afectando la oferta al nivel de las audiencias. A continuación corresponde estudiar el mercado del avisaje, en el cual los medios ofrecen al público espacios publicitarios. Debe tenerse presente que el legislador supo ver desde un inicio que este segundo submercado es aquel que sostiene económicamente a los diferentes medios y que, por consiguiente, requiere de un tratamiento especial.

4.4.1. AVISAJE ESTATAL.

La demanda del mercado publicitario se compone tanto de agentes públicos como privados. El legislador ha determinado que solo puede ser objeto de regulación la demanda estatal por publicidad. Regular la demanda privada implicaría una intromisión inconstitucional del Estado en la autonomía de los agentes particulares. Bajo esta lógica, el Proyecto original dispuso en el inciso 2° de su artículo 11 que “[l]as autoridades pertinentes procurarán que, a lo menos en parte, los fondos que establecen los presupuestos del Estado, de sus organismos y empresas, y de las Municipalidades, destinados a avisos, llamados a concursos, propuestas y publicidad, que tengan una clara identificación regional, provincial o comunal, sean destinados, a efectuar la correspondiente publicación o difusión en medios de comunicación regionales, provinciales o comunales”. Esta regla se encuentra actualmente vigente, prácticamente con la misma redacción, en el artículo 4° de la Ley de Prensa.

Como se recordará, el inciso 1° del artículo 11 del Proyecto original determinaba la obligación que nacía para el Estado respecto del pluralismo informativo. Por tanto, el objeto de la norma recién transcrita pretendía asegurar la pluralidad de los medios de comunicación. Sin embargo, se trata de una norma muy débil, ya que impone una obligación parcial (“a lo menos en parte”); (ii) se limita a regular el comportamiento de los agentes públicos; y (iii) con un alcance puramente

localista, que desconoce la cobertura nacional e incluso global que tienen las nuevas formas de comunicación.

En este caso, no existe una remisión expresa a las normas protectoras de la Libre Competencia, pero ésta opera por defecto. Más aún cuando no existe una regulación propiamente tal del mercado publicitario.

4.4.1.A. DIRIGISMO DE LOS FONDOS ESTATALES.

La primera característica de la regulación del mercado periodístico es su enfoque privatista. Cualquier intervención regulatoria de la autonomía privada de los agentes particulares como demandantes de espacios publicitarios aparece como ilegítima.

En la Cámara Baja se hicieron dos modificaciones a la norma citada que a primera vista parecen cosméticas, pero que significan un avance en cuanto al dirigismo que pesa sobre la publicidad oficial. En primer lugar, se eliminó la frase “[l]as autoridades pertinentes procurarán que, a lo menos en parte” y se agregó en su remplazo que los fondos en cuestión “*deben destinarse mayoritaria y preferentemente a efectuar la correspondiente publicación o difusión en medios de comunicación social*”. Justamente, la regla así expresada se encuentra contenida en el primer inciso del Artículo 4° de la Ley N° 19.733 actualmente vigente.

Con todo, la notoria debilidad de esta norma, le ha permitido concluir al propio legislador que *“la publicidad oficial no tiene una regulación legal específica, ni en cuanto a su definición, objeto, finalidad, control y mecanismos técnicos y jurídicos que determinen la forma en que los órganos de la administración del Estado deben realizar su inversión en esta materia”*¹⁰³. Sin embargo, no es una tarea sencilla fortalecer el dirigismo para contrarrestar la concentración del mercado publicitario, ya que éste involucra el riesgo asociado de transformar al Estado en el principal financiador de la industria de las ideas, discriminando a favor de aquellas que le favorecen. En este orden, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha declarado que *“[l]a utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley”*¹⁰⁴.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha fallado que *“cualquier agente económico que participa en este mercado, debe velar porque sus avisos sean conocidos por la mayor cantidad de lectores del público objetivo al que se quiere*

¹⁰³ CÁMARA DE DIPUTADOS, op. cit., p. 129.

¹⁰⁴ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, op. cit., principio N° 13.

llegar, al mínimo costo posible” y que “precisamente con ese fin –y para minimizar los riesgos de ocurrencia de discriminaciones arbitrarias y de mal uso de recursos fiscales, que podrían además infringir la garantía constitucional contenida en el artículo 19 Nº 22 de nuestra Carta Fundamental–, es que se han establecido estrictos procedimientos para la contratación pública”¹⁰⁵. La Corte Suprema ha ratificado este pensamiento. A su juicio no puede establecerse vía sentencia judicial “una discriminación positiva, la que corresponde ser declarada por una ley y la carencia de esa norma, no puede ser suplida mediante la utilización sesgada del avisaje estatal en pos de apoyar una mayor diversidad informativa”¹⁰⁶. Asimismo, el legislador ha declarado que “el avisaje del Estado no debe ser un mecanismo de subsidio para los medios de comunicación social, sino una herramienta técnica y jurídica que favorece la transparencia, la eficacia y la eficiencia en la difusión de las políticas públicas, concluyendo que (...) su falta de regulación favorece la concentración en la propiedad de estos”¹⁰⁷.

Por estos motivos, es que el actual Artículo 4° consagra un principio, antes que una regla concreta; determina el actuar de la Administración del Estado dentro de un marco jurídico amplio. Se debe recordar que esta disposición se ubicó originalmente y durante gran parte de su tramitación en el Congreso junto al actual

¹⁰⁵ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia Nº 89. Causa rol C Nº 171-08, caratulada “Demanda de la Revista Punto Final contra los Ministerios de Hacienda y Otros”. Considerandos decimoséptimo y decimoctavo.

¹⁰⁶ CORTE SUPREMA. Sentencia Rol C-9148-2009 del 26 de abril del año 2010.

¹⁰⁷ CÁMARA DE DIPUTADOS, op. cit., p. 135.

Artículo 3° que establece la obligación estatal respecto del pluralismo. Por ello, pretendió asegurar las condiciones mínimas necesarias para que el pluralismo fuera posible en la práctica. Es evidente la carencia de normas específicas que le otorguen un carácter regulatorio a las normas relativas al mercado publicitario. Con todo, esta falencia no es completamente imputable al legislador. Las opciones de éste sufrieron una notoria reducción desde que el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la obligación del Estado de “asegurar efectivamente” la expresión de las diversas corrientes de opinión.

4.4.1.B. LOCALISMO.

La segunda característica del actual inciso 1° del Artículo 4° de la Ley de Prensa radica en su marcado localismo. Al entender del legislador, el problema principal es el desfinanciamiento de los medios de comunicación de alcance regional, provincial o comunal. El Congreso no comprendió que el verdadero problema radica en la uniformidad de la información que recibe el ciudadano y no en el debilitamiento de la prensa local. La apertura del mercado a nivel nacional parece el camino más seguro para llegar al pluralismo, en especial cuando la gran mayoría de los problemas que se suscitan en el espacio público exceden la lógica de la comuna o de la región, afectando a todo el país.

A mayor abundamiento, como se explicó en el Capítulo II, los avances

tecnológicos han transformado los medios de comunicación que el Congreso tuvo en consideración para regular la prensa. Por vía ejemplar, en el ámbito de la prensa escrita, la justicia ordinaria ha igualado en la práctica el diario impreso con el diario electrónico. Y en este punto se produce una paradoja que deja al desnudo lo inoficioso de esta disposición legal. El medio escrito electrónico puede tener un marcado contenido localista, pero no por ello su alcance potencial dejará de ser eminentemente global.

Esta regla se encuentra reafirmada en el segundo inciso del Artículo 4°, el cual prescribe que *“[a]nualmente la Ley de Presupuestos del Sector Público contemplará los recursos necesarios para financiar la realización, edición y difusión de programas o suplementos de carácter regional. La asignación de estos recursos será efectuada por los respectivos Consejos Regionales, previo concurso público. Los concursos serán dirimidos por comisiones cuya composición, generación y atribuciones serán determinadas por reglamento. En dicho reglamento deberán establecerse, además, los procedimientos y criterios de selección”*.

4.4.1.C. INFORME ANUAL SOBRE EL PLURALISMO.

El inciso final del Artículo 4° de la Ley N° 19.733 dispone que *“[l]a Ley de Presupuestos del Sector Público contemplará, anualmente, recursos para la realización de estudios sobre el pluralismo en el sistema informativo nacional, los*

que serán asignados mediante concurso público por la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica". Esta norma es necesaria, en cuanto permite traspasar la discusión parlamentaria a la sociedad civil, pero no suficiente, en la medida que es una medida mediata en favor del pluralismo informativo.

En el año 2006, mediante el oficio N° 6274 de la Cámara de Diputados, se conformó la Comisión Especial Investigadora sobre Avisaje del Estado, la cual evacuó su informe final en el año 2007, concluyendo que uno de los principios que debe regir en la materia es el de la "[t]ransparencia en la información relativa al gasto que realiza el Gobierno y cada uno de sus ministerios y servicios en publicidad oficial, dicha información debe ser accesible a todo ciudadano, debe estar debidamente sistematizada y consolidada y debe ser de fácil comprensión"¹⁰⁸. Los estudios sobre el pluralismo permiten relevar al Estado cuando no cumple con esta misión.

A pesar de que la norma se encuentra vigente desde el año 2001, recién en septiembre del año 2009 se abrió el "*I Concurso de Estudios sobre Pluralismo en el Sistema Informativo Nacional*". Los primeros frutos de este concurso vieron la luz en julio¹⁰⁹ y agosto de 2010¹¹⁰. Desde ya debe celebrarse la introducción en el análisis de una variable omitida en el debate en el Congreso, cual es la importancia relativa

¹⁰⁸ *Ibíd.*, p. 133.

¹⁰⁹ Informe Final de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO).

¹¹⁰ Informe Final de la Universidad Diego Portales.

de los medios electrónicos en la configuración del mercado periodístico. El proceso de postulación al “II Concurso” tuvo lugar entre septiembre y octubre de 2010.

En su momento, se propuso dar un carácter más oficial y científico a la información que la sociedad civil podría recabar respecto del estado del pluralismo. Los senadores Bitar, Hormazábal, Hamilton, Ominami, Sule y Gazmuri propusieron obligar al Instituto Nacional de Estadísticas (o “INE”) a compendiar anualmente las estadísticas referidas a la venta de la prensa escrita que circule en el país y a la medición de audiencia de los servicios de radiodifusión sonora y televisiva de libre recepción, nacionales y extranjeros, para lo cual debería licitar cada cuatro años la confección de las referidas estadísticas¹¹¹. Esta indicación fue rechazada, principalmente por argumentos formales. En el fondo, la información institucionalizada está sujeta a mayores estándares de probidad y transparencia, lo que en definitiva habría redundado en la creación de una base de datos más eficiente y confiable en términos de fe pública.

4.4.2. AVISAJE PRIVADO.

Respecto del avisaje privado no existe ninguna norma que lo dirija o limite. Los agentes privados son plenamente libres para actuar en el mercado publicitario,

¹¹¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, op. cit., 2001, pp. 407-408.

sin más limitaciones que las impuestas por el Artículo 19 CPR en su numeral 21, cuales son la moral, el orden público, la seguridad nacional y la ley, en especial el DL. N° 211. En este ámbito, baste decir que la demanda particular por espacios de publicidad se encuentra bajo la completa supervigilancia de la regulación antimonopólica general, sin correcciones a favor del pluralismo.

En definitiva, las normas de la Ley de Prensa que pretenden corregir las distorsiones en el mercado publicitario son completamente insuficientes para combatir las fuerzas concéntricas presentes en él. En primer lugar, se trata de normas restringidas, precisamente porque no abarcan al mercado de los medios como un todo, solo intentan dar solución a problemas de financiamiento en función del mercado del avisaje, mas no conciben remedios para depurar el mercado de las audiencias, sin reparar en la fuerte interdependencia existente entre ambos¹¹². En segundo lugar, se trata de disposiciones limitadas tanto espacial como materialmente. Espacialmente, se reduce a lógicas localistas, ineficaces para amilanar la tensión concentración-pluralismo a nivel macro-político. Materialmente, su ámbito de aplicación encausa la actuación de entes públicos, pero es fútil respecto del sector privado. En tercer y último lugar, esta legislación es inoperante en la medida que su fuerza vinculante, respecto de los órganos que conforman la Administración, es débil y su justiciabilidad es confusa, ¿qué acción nace para la persona afectada cuando la institucionalidad pública infringe el artículo 4°?

¹¹² Véase el Capítulo II.

4.5. EL DECRETO LEY N° 211.

El mercado de los medios de comunicación es un mercado prácticamente desregulado, cuya supervigilancia, como la de todo mercado, es competencia del DL N° 211. Esta ha sido la opción del legislador chileno. A continuación, se analiza cómo se ve afectado el pluralismo informativo por el hecho de que la prensa sea normada por una legislación eminentemente económica y cuyos propósitos le son, en gran parte, completamente ajenos. Para esto, habrán de estudiarse dos realidades jurídicas: (i) el bien jurídico libre competencia y (ii) la institucionalidad antimonopólica.

4.5.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

La tesis que se plantea a continuación supone que no es necesaria la definición exacta del bien jurídico “libre competencia” para constatar, en abstracto, que se trata de una hipótesis jurídica insuficiente para responder a la pregunta por el pluralismo. A continuación se demostrará cómo la regulación antimonopólica de carácter general concibe al ciudadano como sujeto económico, en circunstancias que la diversidad informativa requiere concebir a la persona como sujeto de derechos políticos.

4.5.2. BIEN JURÍDICO LIBRE COMPETENCIA.

El artículo 1° del DL. N° 211 dispone que éste tiene como objeto *“promover y defender la libre competencia en los mercados”*. Este artículo quiso determinar cuál era el objetivo de la Ley. Sin embargo, no define el contenido del bien jurídico libre competencia. Esta definición ha quedado en manos de la doctrina.

AGÜERO ha concluido que *“la protección del consumidor y el rechazo a la ineficiencia han estampado los objetivos que persigue la legislación de la competencia en Chile”*¹¹³. El autor basa su pensamiento en una interpretación sistémica del artículo 1°, a propósito del Tratado de Libre Comercio celebrado entre Chile y los Estados Unidos. En este sentido, *“el acuerdo de libre comercio adopta una finalidad de la legislación de la libre competencia distinta y más precisa a lo dispuesto en la Ley 19.911. Ya no es el ‘promover y defender la libre competencia en los mercados’, sino ‘la promoción de la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores’”*¹¹⁴. En Derecho Comparado también se sostienen posturas como las del profesor AGÜERO. PINKAS FLINT postula que *“[e]l derecho protege la competencia pues reconoce en ella la vía para lograr en última instancia la protección del consumidor. Al existir competencia se promueve la innovación y se ahorran costos. Se alienta la investigación y desarrollo, todo en beneficio del*

¹¹³ AGÜERO, Francisco. Nuevos elementos para el debate sobre el bien jurídico Libre Competencia. Boletín Latinoamericano de Competencia (19): 124-133, Noviembre 2004, p. 132.

¹¹⁴ *Ibíd.*, p. 131.

consumidor”¹¹⁵. Bajo esta perspectiva, la legislación antimonopólica pretende proteger a la persona como sujeto económico (consumidor) y no como sujeto político (ciudadano).

Por su parte, NAVARRO concibe la libre competencia como la materialización de un orden abstracto superior. Para él, *“la libre competencia no es sino una concreción del orden público económico que consagra la Constitución Política de la República en diversas normas, en particular, en su artículo 19 N° 21”*¹¹⁶. RUIZ-TAGLE es partidario del escepticismo frente a la construcción conceptual de un Orden Público Económico (OPE), el cual se utilizaría como *“sinónimo de casi todo aquello que se considera importante en la esfera económica de la Constitución chilena”*¹¹⁷. El autor constitucionalista propone que el desuso del concepto, ya que no tiene una formulación clara y estable, dando *“paso a una concepción constitucional que recoja la verdadera tradición liberal democrática chilena [que] se funda en los principios constitucionales de libertad e igualdad”*¹¹⁸. Con todo, aun desechando la existencia de este orden, se puede concluir junto a NAVARRO que el DL. N° 211 es la concreción legal del principio constitucional contenido en el Artículo 19 N° 21 CPR, que asegura a todas las personas la libertad para ejercer cualquiera actividad

¹¹⁵ FLINT BLANCK, Pinkas. Tratado de Defensa de la Libre Competencia. Lima, Perú, Pontifica Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2002, p. 26.

¹¹⁶ NAVARRO, Enrique. Orden Público Económico y Libre Competencia. Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae (7): 67-78, 2003, p. 78.

¹¹⁷ CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo, op. cit., p. 334.

¹¹⁸ *Ibíd.*, p. 340.

económica. MATTAR, ex Fiscal Nacional Económico, reafirma esta postura, anotando que *“el objetivo de nuestra legislación sobre competencia es promover y defender la libre competencia, asegurando el derecho de toda persona a competir o participar en el desarrollo de las actividades económicas, a fin de maximizar el bienestar total de la sociedad”*¹¹⁹.

Para DOMINGO VALDÉS, *“la libre competencia es un bien jurídico tutelado que armoniza la multitud de libertades de competencia mercantil existentes en una sociedad civil por la vía de limitarlas para hacerlas operativas y así ordenarlas al bien común político [cuyo fundamento radica] en la justicia distributiva que reconoce la realidad de la vida en sociedad y la necesidad objetiva de orden de esta última”*¹²⁰.

STREETER utiliza la lógica de los derechos fundamentales utilizada por NAVARRO y MATTAR, enfatizando que la legislación sobre libre competencia tiene su mérito en la protección de la autonomía privada. Sin embargo, no tarda en agregar que *“la regulación de los mercados en que se observan conductas de colusión o de abuso no tiene su razón de ser en la mera restricción del poderoso, sino que encuentra su esencia y fundamento en hacer efectiva la autonomía privada*

¹¹⁹ MATTAR, Pedro. La representación del interés general en el sistema de libre competencia: su significado y alcance. Publicación “Día de la Competencia” (28 de octubre de 2004), Fiscalía Nacional Económica, Santiago de Chile, 2004, p. 5.

¹²⁰ VALDÉS PRIETO, Domingo. Libre Competencia y Monopolio. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 189.

*del contratante más débil y el ejercicio que ese contratante pueda hacer de su autonomía en un mercado imperfecto*¹²¹.

No es materia de la presente tesis evaluar qué postura debe prevalecer. Lo importante respecto del pluralismo informativo es la constatación de que el bien jurídico tutelado por el normativa antimonopólica general es eminentemente económico, sea (i) la protección del consumidor, (ii) la eficiencia o (iii) la autonomía privada, entendida como libre emprendimiento. El precepto constitucional que condiciona la discusión es el Artículo 19 N° 21 (libre iniciativa económica) y no el Artículo 19 N° 12 (libertad de expresión).

4.5.3. NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN ANTIMONOPÓLICA ESPECIAL.

Todos los posibles fines de la Ley de Defensa de la Libre Competencia son ajenos a los problemas específicos del mercado periodístico. La sociedad democrática moderna requiere pluralismo informativo, por tanto exige la existencia de una multiplicidad de medios de comunicación. Con esto, no se persigue únicamente la protección de garantías constitucionales ni bienes jurídicos de carácter puramente económico. Por ende, someter la regulación (o desregulación) de este mercado a la competencia general del DL. N° 211 implica desnaturalizar

¹²¹ STREETER, Jorge. Documento de trabajo sobre modificación de la Ley de Defensa de la Competencia, Universidad de Chile, s.a., p. 36.

características que le son propias. En este orden, el legislador debe recurrir a una regulación especial del mercado de la prensa, en el seno de la Ley N° 19.733.

Esta regulación particularizada del mercado de medios ha de proteger la libertad de prensa e información, en los términos del Art. 19 N° 12 CPR y de los Tratados Internacionales que complementan esta garantía. Es evidente que una legislación de esta clase también debe garantizar la libertad de ingresar, permanecer, y salir del mercado, pero esto no significa que tal protección se constituya en su criterio orientador. El mercado periodístico no puede seguir dependiendo principalmente de la supervigilancia del DL. N° 211, porque a esta normativa le compete la protección de bienes jurídicos económicos, mientras que la regulación de aquel mercado presupone la necesidad de garantizar derechos de orden político. MARTINEZ ESTAY sintetiza lúcidamente la importancia política de la prensa cuando postula que *“no cabe ninguna duda que estas libertades [de información y de expresión] juegan un rol trascendental en un Estado democrático y de Derecho, y por ende lo juegan también los medios de comunicación: a través de esas libertades actúan como controladores externos del poder del Estado”*¹²².

Nuestra normativa actual (*lex lata*) no distingue entre, por ejemplo, el mercado del retail y el mercado de las ideas y de la información. La normativa antimonopólica especial (*lex ferenda*) debe reflejar la fundamental importancia del

¹²² MARTINEZ ESTAY, José Ignacio. Las libertades de expresión y de información como control de la corrupción. Una visión constitucional. Revista de Derecho de la Universidad de Concepción (203): 251-263, Enero-Junio 1998, pp. 252-253.

mercado periodístico. Así lo han entendido nuestros vecinos. En materia audiovisual, vale recordar la Propuesta de Proyecto de la actual Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual de la República Argentina que declaró, en su punto 2, que “[!]a radiodifusión es una forma de ejercicio del derecho a la información y la cultura y no un simple negocio comercial. La radiodifusión es un servicio de carácter esencial para el desarrollo social, cultural y educativo de la población, por el que se ejerce el derecho a la información”. Precisamente, esta debe ser la primera constatación al regular el mercado periodístico. Es curioso como en el Congreso, muchas afirmaciones de esta clase fueron hechas por la mayoría de los intervinientes en la discusión de la Ley de Prensa y, sin embargo, la convicción parlamentaria nunca, ni en el Senado ni en la Cámara Baja, fue propuesta como indicación al Proyecto.

Nuestro Tribunal Constitucional cuando delimita la legislación del mercado periodístico en razón de la libre iniciativa económica y del derecho de propiedad, no está haciendo otra cosa que superponer a la protección de la libertad de expresión normas que típicamente se han considerado como parte del Orden Público Económico. La actividad realizada por los medios de comunicación social se entiende enteramente como una actividad económica, sin reparar en la importancia que reviste en cuanto a la satisfacción de intereses sociales. Por ello, se requiere una regulación antimonopólica cuyo bien jurídico tutelado sean las libertades de prensa y de información. No es razonable que ésta sea la lógica que determina toda

la Ley de Prensa, con la sola excepción de la regulación que impide la concentración de los medios. Esta exclusión atenta directamente contra la posibilidad de que exista un clima efectivo de pluralismo informativo. El legislador debe comprender que “[d]esde la perspectiva de las ciencias de la comunicación, lo que realmente determina el pluralismo son los contenidos, la variedad de informaciones, ideas, opiniones y modelos de vida que reflejan los medios en una determinada sociedad, y el derecho de todos los ciudadanos a acceder a estos contenidos en igualdad de condiciones” y que “[é]ste sería el pluralismo social real ante el pluralismo empresarial que defiende el Derecho de la Competencia”¹²³.

SHELANSKI agrega que incluso aceptando que la regulación de la propiedad de los medios de comunicación es ineficaz para alcanzar un grado democrático de pluralismo informativo, no se sigue lógicamente de esta afirmación que la normativa antimonopólica común sea más efectiva para la consecución de esta meta¹²⁴. El autor concluye que la regulación antimonopólica general no sólo es

¹²³ PÉREZ SERRANO, María José. La concentración de los medios de comunicación. Aproximación teórico-práctica bajo la perspectiva bifocal de defensa de la competencia y pluralismo. La ética y el derecho de la información en los tiempos del postperiodismo, s. num., 465-487, España, 2007, p. 484.

¹²⁴ SHELANSKI, Howard, op. cit, pp. 396 y ss.

ineficaz para amilantar la tensión concentración-pluralismo, sino que ni siquiera logra proteger la libre competencia en el mercado periodístico¹²⁵.

Como se ha expuesto, el DL. N° 211 no debe perder su competencia en forma absoluta. La legislación antimonopólica de carácter general debe seguir supervigilando el mercado periodístico en forma supletoria, por aplicación del principio de especialidad. El legislador debe poner especial atención en aquellas normas protectoras de la Libre Competencia que entren en conflicto con la regulación antimonopólica protectora de la libertad de prensa e información. El sujeto regulador debe comprender que no se intenta remplazar una normativa por otra, sino subsumir la regulación antimonopólica común a la competencia material de una regulación específica, cuyo objeto sea la promoción del pluralismo de los medios de comunicación.

4.6. INSTITUCIONALIDAD.

El artículo 2° del DL. N° 211 prescribe que *“[c]orresponderá al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y a la Fiscalía Nacional Económica, en la esfera de sus respectivas atribuciones, dar aplicación a la presente ley para el resguardo de la*

¹²⁵ *Ibíd.*, pp. 419 y 420. “For those reasons, policymakers must make several improvements to the antitrust toolbox and develop enforcement approaches specifically geared to the challenges of media markets before they can comfortably rely on antitrust to preserve media competition as the media market becomes deregulated”.

libre competencia en los mercados". Como cuestión previa, debe tenerse en claro que la institucionalidad antimonopólica tiene un objetivo perfectamente definido por la ley, y que el uso de sus facultades para la consecución de otros fines, como asegurar un clima efectivo de pluralismo, excede la órbita de sus atribuciones.

4.6.1. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA.

El DL. N° 211, define en su artículo 5° al TDLC como *"un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función será prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia"*. MONTT lo define en la práctica como *"un Tribunal Judicial, cuya misión esencial consiste en aplicar una sola disposición, norma que además tiene una bajísima densidad normativa"*¹²⁶. Esta anotación es esencial, porque este Tribunal especial nunca podrá sancionar una conducta como atentatoria de la Libre Competencia si no cabe en la tipificación abierta del injusto antimonopólico contenido en el Art. 3 del DL. N° 211. En Derecho Comparado estas limitaciones han sido internalizadas, por ejemplo, *"el Tribunal Federal alemán ha incorporado nuevos criterios de evaluación para decidir estas contiendas, más cerca*

¹²⁶ MONTT, Santiago. Documento de Trabajo #1. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como Ente Regulador del Comercio: Una Mirada desde las Políticas Públicas. Centro de Regulación y Competencia, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago de Chile, 2010, p. 3. Disponible en <http://www.regcom.uchile.cl/inicio/trabajos/documentos-de-trabajo> [consulta: 17 de julio de 2012).

de la igualdad en el acceso a la libertad de expresión que de la libre competencia económica. Así, ha señalado que el Estado, decidiendo y regulando quiénes acceden a espacios para la creación de radios, debe promover el ingreso y representación de todas las fuerzas sociales, no pudiendo dejar la regulación del mercado radial ‘al destino o al libre juego de las fuerzas’”¹²⁷.

En este orden, la potestad jurisdiccional del TDLC se encuentra acotada a sancionar la ejecución de cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos. A los ojos de este Tribunal, no representan ninguna relevancia las restricciones o entorpecimientos que afectan a la libertad de expresión. En este sentido, VALDÉS ha declarado que “[e]l Tribunal Antimonopólico es, ante todo, un tribunal que ejerce jurisdicción en una materia especialísima: la tutela de la libre competencia. Por ello, cabe afirmar que lo antimonopólico, en cuanto materia especial, ha sido sustraído por el legislador de los tribunales ordinarios de la República”¹²⁸ (énfasis añadido).

La jurisprudencia antimonopólica es consecuente con la opción legislativa en materia periodística. El TDLC, acercándose al progresismo del Tribunal Federal Alemán ha resuelto que “el artículo 38º [de la Ley de Prensa] 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

¹²⁷ UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, op. cit., p. 38.

¹²⁸ VALDÉS PRIETO, Domingo, op. cit., p. 590.

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”¹²⁹. Sin embargo, no tarda en sentenciar que “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 la 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”¹³⁰.

El TDLC incluso ha llegado a detectar distorsiones a la libre competencia en el mercado de la prensa, recomendando, a propósito de una demanda de la Revista Punto Final en contra del Ministerio de Hacienda y Otros, que *“para efectos de asegurar la libre competencia en la industria de los medios de comunicación escritos, (...) la inversión de publicidad estatal debe efectuarse bajo criterios transparentes, objetivos, no discriminatorios lo que se facilitaría si se realiza mediante procesos de adjudicación en los que se recabe la información necesaria para tomar decisiones técnicamente fundadas, transparentes y objetivas por parte*

¹²⁹ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Resolución N° 20/2007. Causa rol NC N° 173-06, caratulada “Consulta de GLR Chile Ltda. sobre Compra de la Totalidad de las Acciones de Iberoamerican Radio Chile S.A.”. Considerando Octavo.

¹³⁰ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, op. cit., Considerando noveno.

*de la autoridad*¹³¹. Sin embargo, su labor en la corrección de aquellas distorsiones ha sido débil. De hecho, la Corte Suprema, fallando el recurso de reclamación promovido en esta misma demanda, expuso esta circunstancia, resolviendo que *“si la pretensión de ese tribunal era exhortar al mercado o a poderes públicos en materia de procesos de licitación o adjudicación, bien pudo recurrir en la forma que corresponda a la facultad que expresamente le confiere el numeral 4° del artículo 18 del Decreto Ley N° 211, en orden a proponer tanto la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentos que estime contrarios a la libre competencia como también la dictación de preceptos legales y reglamentos cuando sea necesario para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas”*¹³².

4.6.2. FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA.

El Artículo 33 de la Ley de Defensa de la Libre Competencia define a la Fiscalía Nacional Económica (o “FNE”) como *“un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, independiente de todo organismo o servicio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del*

¹³¹ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia N° 89. Causa rol C N° 171-08, caratulada “Demanda de la Revista Punto Final contra los Ministerios de Hacienda y Otros”. Considerando trigésimo noveno.

¹³² CORTE SUPREMA, op. cit., considerando noveno.

Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción". La FNE tiene una doble función principal. La primera, consiste en llevar a cabo la investigación de aquellos actos o hechos potencialmente considerables como injustos antimonopólicos. La segunda, implica actuar como parte en los procedimientos sustanciados ante el TDLC, representando el interés general de la colectividad en el orden económico.

Al igual que el TDLC, la FNE no puede promover ni tutelar el pluralismo informativo, toda vez que en esta circunstancia *"se configura una verdadera desviación de las potestades públicas que se le han conferido para un fin tan específico, como es la preservación de la libre competencia"*¹³³. A mayor abundamiento, la misma Fiscalía ha declarado públicamente que en el análisis de las operaciones de concentración horizontales *"contrapondrá a los riesgos de la concentración las eficiencias que ésta genere, siempre y cuando pueda verificarse la probabilidad de realización y magnitud de esas eficiencias, las mismas presumiblemente conlleven incentivos competitivos para la empresa concentrada y no puedan alcanzarse mediante otras operaciones viables"*¹³⁴.

Con todo, incluso constatando riesgos evidentes para la Libre Competencia, la FNE ha dado luz verde a la ejecución de operaciones de concentración horizontales. En 2007, aprobó la compra de la totalidad de las acciones de

¹³³ VALDÉS PRIETO, Domingo, op. cit., p. 703.

¹³⁴ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. Guía Interna para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales. Octubre 2006, p. 22. Disponible en <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/Guia-operaciones-de-concentraci%C3%B3n-FNE2006.pdf> [consulta: 17 de julio de 2012]

Iberoamerican Radio Chile S.A. (Claxson) por parte de GLR Chile Ltda. (Grupo Prisa), aun considerando que en el mercado de la venta y difusión de espacios publicitarios de las radios FM con cobertura en todo el territorio nacional, “[l]a existencia de una barrera infranqueable a la entrada, la eliminación de un competidor vigoroso, la sobreinversión en espectro y la capacidad financiera del grupo controlador de la consultante, aumentan los riesgos de abusos unilaterales y de coordinación”¹³⁵.

4.7. ¿NUEVA INSTITUCIONALIDAD?

En virtud del principio de legalidad, los órganos que conforman la institucionalidad antimonopólica, la FNE y el TDLC, no gozan de las potestades necesarias para la promoción y tutela de un clima efectivo de pluralismo. Por ende, no existe agencia pública alguna que esté preocupada de uno de los problemas más profundos de la democracia moderna. En este sentido, se puede afirmar que tampoco existe una política pública que diagnostique y remedie esta deficiencia, porque (i) su marco jurídico es muy pobre y (ii) no existe una institucionalidad que haga efectivo este marco legal y constitucional (iii) ni menos una gestión al respecto. En la práctica, la tutela del pluralismo queda en manos de la sociedad

¹³⁵ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. Informe Iberoamerican/Grupo Prisa. 10 de marzo de 2007, p. 42. Disponible en

<http://mailweb.fne.gob.cl/db/jurispru.nsf/b29126ee7ecf2d658425733e005e0bdc/6690996461B13F11842572A3006B79E1?OpenDocument> [consulta: 17 de abril de 2012]

civil, que a través del financiamiento del CONICYT puede, por lo menos, mantener una visión actualizada de la tensión concentración-pluralismo que se produce en el seno del mercado periodístico.

Para corregir este estado de cosas, debemos elegir una opción entre: (a) legislar para que los órganos antimonopólicos puedan ejercer potestades “pluralistas”; (b) crear una nueva institucionalidad, pública, autónoma y descentralizada, con la misión exclusiva y excluyente de supervigilar y regular el mercado periodístico, con amplias facultades; o (c) crear una agencia paralela al TDLC y la FNE que supervigile y regule el mercado periodístico desde la perspectiva del pluralismo informativo.

La opción (a) debe desecharse, porque el funcionamiento del TDLC no puede ser contaminado con preocupaciones ajenas a su especialísima orientación económica. Obligar a este Tribunal a tener una preocupación política significa, primero, desnaturalizar su función jurisdiccional propiamente tal, y segundo, distraer su funcionamiento respecto del único objetivo que persigue, cual es la defensa de la Libre Competencia. Además, el TDLC ha reconocido en su jurisprudencia las deficiencias del mercado periodístico y ha admitido que debe internalizar criterios pluralistas en su análisis casuístico. Sin embargo, no ha sido capaz de corregir aquellas deficiencias ni de internalizar estos criterios.

La opción (b) es tentadora y ha sido una fórmula muy utilizada en Derecho Comparado. Sin embargo, crear un órgano político y a la vez económico involucra

las mismas distorsiones anteriormente explicadas, y en definitiva no resuelve el problema sobre qué bien jurídico tiene mayor relevancia en la regulación del mercado de los medios, la Libre Competencia o el Pluralismo Informativo. El peligro radica en que esta institucionalidad especial, al ponderar ambos bienes tutelados, tenga una tendencia marcada a favor del pluralismo, que afecte de manera notoria la autonomía privada en materia económica. En la práctica, sus decisiones podrían ser fácilmente revocadas invocando la afectación de la garantía contenida en Artículo 19 N° 21 CPR en sede constitucional.

A continuación, se defiende la opción (c).

4.7.1. DOBLE INSTITUCIONALIDAD.

Una vez demostrado que el mercado de los medios de comunicación social requiere ser regulado por una normativa antimonopólica de carácter especial, es necesario dotar a esta regulación de una institucionalidad acorde con sus fines específicos. Al mantener su competencia subsidiaria los órganos antimonopólicos defensores de la Libre Competencia, el Pluralismo Informativo se impone, pero no de modo absoluto, sino relativo. Esto permite que en los casos concretos en que se vea mayormente afectada la autonomía privada en materia económica en relación con las libertades de prensa y de expresión, las instituciones que protegen ese bien jurídico tengan plena competencia para la corrección del injusto.

4.7.2. PRINCIPIOS.

El ámbito de actuación de esta institución especial de estar determinada por los principios rectores que se enuncian a continuación.

(1) Promoción y defensa del pluralismo informativo en el mercado periodístico.

La única función que debe tener esta nueva institucionalidad es la de promover y defender el pluralismo en el mercado informativo. Por tanto, debe concebir a la persona como sujeto de derechos políticos y en especial proteger la democracia (Art. 4 CPR) y la libertad de expresión (Art. 19 Nº 12 CPR). Con todo, su finalidad no es la de defender a las personas frente a cualquier afectación de este derecho fundamental, sino cuando ésta se produce en razón de la fricción concentración-pluralismo. Todo esto, en vista de un objeto exclusivo de regulación y fiscalización: el mercado periodístico.

(2) Interpretación democrática-constitucional.

La relación existente entre los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución Política y el ejercicio de las facultades de la nueva orgánica administrativa no debe ser de restricción, sino de asistencia. Es necesario, como declara el Artículo 5º CPR, que las potestades públicas se encuentren limitadas por los “*derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*”. Sin embargo, no es

lógicamente concebible que las limitaciones impuestas por unos derechos constitucionales afecten la garantía efectiva de otros. Debe imperar un criterio evolucionista y republicano de interpretación constitucional, en los términos que exponían CRISTI y RUIZ-TAGLE. De este modo, en principio, la nueva institucionalidad tiene una obligación positiva respecto del pluralismo informativo.

(3) Enfoque multimedia.

En la actualidad, la información se encuentra disponible en una variedad de soportes, cada vez más interrelacionados, en virtud de un verdadero proceso de convergencia tecnológica. Por tanto, las determinaciones regulatorias efectuadas por esta repartición pública especial no pueden pretender “desmembrar” normativamente la realidad multimedia que se produce en la práctica.

Para que estos principios tengan un correlato efectivo en los hechos, las decisiones adoptadas por la orgánica política paralela, en uso de las potestades que enseguida se enuncian, no podrán ser revocadas ni sancionadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, aunque perturben, afecten o entorpezcan la libre competencia en los mercados, si se prueba que con ellas se propicia una mayor pluralidad externa de los medios de comunicación. En este sentido, le bastará la prueba del pluralismo informativo para legitimar su acción.

4.7.3. POTESTADES.

Este órgano político debe tener plenas facultades para intervenir en todo asunto de relevancia jurídica que afecte al mercado periodístico, en lo principal:

(i) Conocer de las consultas que obligatoriamente deberán elevar los medios de comunicación que deseen fusionarse horizontalmente. Para el ejercicio expedito de esta facultad, el órgano se dividirá en dos secciones: División de Consultas de Menor Cuantía y División de Consultas de Mayor Cuantía;

(ii) Conocer de los incidentes de competencia que la FNE y el TDLC deberán promover en forma obligatoria cuando se someta a su conocimiento por denuncia particular, demanda o requerimiento, según los casos, un asunto relativo al mercado de los medios de comunicación;

(iii) Ejercer las facultades que actualmente el Art. 38 de la Ley de Prensa entrega a la FNE. Para recordar, este artículo obliga a informar a la Fiscalía cualquier cambio o modificación en la propiedad de un medio de comunicación dentro de los 30 días de ejecutado y, tratándose de medios sujetos al sistema de concesión estatal este hecho debe ser informado con antelación a su perfeccionamiento, para que la FNE lo apruebe o desaprobe, y en este caso se le debe comunicar al TDLC. Ahora bien, en afán de proteger el pluralismo, este órgano político especial tendrá competencia para evacuar informes previos sin distinguir entre medios sujetos y no sujetos al régimen concesional. Además, cualquier cambio o modificación en la

propiedad de un medio de comunicación deberá ser informado con anterioridad a su perfeccionamiento a esta nueva agencia pública. La institución especial podrá prohibir la ejecución del acto o convención si se justifica que éste atenta contra el pluralismo informativo; y

(iv) Emitir resoluciones e instrucciones que regulen el mercado de los medios de comunicación. En virtud de esta potestad administrativa no podrá establecer normas contrarias al DL. N° 211, pero ésta deberá prevalecer por sobre las normas que dicte el TDLC en ejercicio de su potestad reglamentaria, en virtud del principio de especialidad.

4.7.4. REVISIÓN JUDICIAL.

En abstracto, debe mantenerse un equilibrio entre la protección de la libertad de prensa y de la libre iniciativa en materia económica. En concreto, puede que la actuación de la institucionalidad especial distorsione este equilibrio, imponiendo el pluralismo informativo por sobre la autonomía privada o por sobre el derecho de dominio, afectando estos derechos en su esencia (Art. 19 N° 26). Por ende, se hace necesaria la revisión judicial, para balancear las situaciones en que se produce desequilibrio. En nuestro ordenamiento jurídico, “[t]odas las determinaciones que tome la Administración del Estado son revisables en sede

*judicial y en todos sus aspectos*¹³⁶.

Las personas afectadas pueden acudir a dos vías de impugnación de las decisiones adoptadas por éste órgano: (a) el recurso especial de reclamo de ilegalidad y (b) el recurso de protección. La ventaja comparativa de ambos recursos radica en la aplicabilidad de medidas cautelares para la protección de los derechos afectados, sin perjuicio de que, en la práctica, el perjudicado determine otra vía de acción, como podría ser la nulidad de derecho público¹³⁷.

4.7.4.A. RECLAMO DE ILEGALIDAD.

El reclamo de ilegalidad apunta a determinar si la institucionalidad especial tiene o no las facultades para adoptar la decisión objeto de impugnación. En este sentido, implica un primer nivel de protección, en función de restablecer el imperio

¹³⁶ ZÚÑIGA URBINA, Francisco. Control judicial de los actos políticos. Recurso de Protección ante las "cuestiones políticas". *Revista Ius et Praxis* 14 (2), 271-307, p. 281.

¹³⁷ FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. Las potestades y privilegios de la Administración Pública en el régimen administrativo chileno. *Revista de Derecho* 20(2): 69-94, Valdivia, Diciembre 2007, p. 81. "En este contexto, parece indispensable revisar los alcances que ha tenido tradicionalmente la justicia cautelar en materia de justicia administrativa en nuestro medio, superando la limitada "orden de no innovar" como medida cautelar especial en ciertos procedimientos de control. En efecto, si bien esta medida tiene la virtud de paralizar de inmediato la actividad administrativa, su ámbito de aplicación es limitado, restringiéndose al Recurso de Protección y otros reclamos especiales de control de legalidad de actos administrativos, pero no aplicándose al procedimiento de nulidad de derecho público u otros procedimientos especiales de revisión de la legalidad de la actuación administrativa".

del Derecho a nivel legal. El recurso de protección, entonces, implica un segundo nivel de protección, restableciendo el imperio del Derecho a nivel constitucional.

En caso de recurrir de ilegalidad, el órgano recurrido salvará su decisión si logra acreditar que ésta favorece el pluralismo en el mercado periodístico, esto es, si se favorece o no la libertad de expresión, ya que éste es el único mandato que le entrega la Ley. El recurso de reclamación permite que la justicia ordinaria ejerza un control efectivo de las decisiones administrativas. Así funciona actualmente la institucionalidad antimonopólica¹³⁸.

¹³⁸ El Artículo 27º del DL. N° 211 prescribe que “[l]as resoluciones pronunciadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, salvo la sentencia definitiva, serán susceptibles del recurso de reposición, al que podrá darse tramitación incidental o ser resuelto de plano” (inciso 1º) y que “[s]ólo será susceptible de **recurso de reclamación**, para ante la Corte Suprema, la sentencia definitiva que imponga alguna de las medidas que se contemplan en el artículo 26, como también la que absuelva de la aplicación de dichas medidas” (inciso 2º). “Dicho recurso deberá ser fundado y podrá interponerlo el Fiscal Nacional Económico o cualesquiera de las partes, en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, dentro del plazo de diez días hábiles, contado desde la respectiva notificación. Este plazo se ampliará con el aumento que corresponda al lugar en que tenga su domicilio el afectado, si éste fuere distinto al de la sededel Tribunal, de conformidad con la tabla a que se refiere el artículo 259 del Código de Procedimiento Civil” (inciso 3º). “Para seguir el recurso interpuesto no será necesaria la comparecencia de las partes. El recurso se conocerá con preferencia a otros asuntos, y no procederá la suspensión de la vista de la causa por el motivo establecido en el N° 5 del artículo 165 del Código de Procedimiento Civil” (inciso 4º). “La interposición *del* recurso no suspenderá el cumplimiento del fallo, salvo lo referido al pago de multas, en lo que se estará a lo dispuesto en el inciso siguiente. Sin embargo, a petición de parte y mediante resolución fundada, la Sala que conozca del recurso podrá suspender los efectos de la sentencia, total o parcialmente” (inciso 5º).

4.7.4.B. RECURSO DE PROTECCIÓN.

El profesor MATORANA define el recurso de protección como *“la acción constitucional que cualquier persona puede interponer ante los tribunales superiores, a fin de solicitarle que adopten inmediatamente las providencias que juzguen necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurarle la debida protección, frente a un acto u omisión arbitraria o ilegal que importe una privación, perturbación o amenaza al legítimo ejercicio de los derechos y garantías que el constituyente establece, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o de los tribunales correspondientes”*¹³⁹.

En caso de accionar constitucionalmente, el sentenciador deberá ponderar qué derecho ha de prevalecer en el caso concreto, ya que una concepción constitucional de carácter razonado y parcial supone el rechazo del método intuitivo y de la adopción de jerarquías injustificadas respecto de los derechos. Otorgar a algún derecho una posición preferida también implica una técnica razonada y parcial, pero ésta siempre debe hacerse en el contexto de un caso y evitando generalizaciones de carácter total, o la construcción de una jerarquía¹⁴⁰. En Chile, el recurso de protección es concebido *“como una garantía procesal que instaura un proceso de amparo de derechos ante la jurisdicción ordinaria y que*

¹³⁹ MATORANA MIQUEL, Cristián. Los Recursos. Apuntes de Derecho Procesal, Universidad de Chile, julio 2003, p. 296.

¹⁴⁰ CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo, op. cit., pp. 262-265.

opera a un sucedáneo anómalo del contencioso administrativo, y por tanto como un control judicial de la potestad reglamentaria del Presidente de la República y de la potestad administrativa”¹⁴¹. En este caso en especial, se recomienda al sentenciador superponer la libertad de expresión y el derecho de información por sobre los derechos de propiedad y el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica, en todas aquellas ocasiones en que éstos últimos no se vean afectados en su esencia.

4.7.4.C. EL PELIGRO DE CAPTURA DEL REGULADOR.

La creación de agencias especiales, sin importar los motivos con los que se constituyen, facilita en la práctica que los grupos de poder económico, político u de otra índole, esto es, los poderes fácticos, ejerzan maniobras con el objeto de capturar al regulador. Al centralizarse el control de un área específica en un organismo único los esfuerzos de captura, antes dispersos y desorientados, se unifican en torno a un punto común. El peligro es inminente para el interés público.

Por ello, la revisión judicial es necesaria, además, para que la institucionalidad especial ejerza las potestades que le entregará la ley, dentro de la órbita de sus atribuciones y en beneficio del interés social. Ésta le permite a la

¹⁴¹ ZÚÑIGA URBINA, Francisco, op. cit., pp. 280-281.

justicia ordinaria controlar los riesgos que implica la posible captura del regulador, evaluando la legitimidad de los procesos utilizados para la toma de decisiones. En este sentido LEVINE y FORRENCE postulan que el criterio para determinar si las agencias públicas actúan en beneficio del interés público debe ser puramente formalista. Así, las resoluciones e instrucciones del órgano defensor del pluralismo estarían orientadas al interés general si éstas fueran ratificadas por la ciudadanía, suponiendo que los costos de información, organización, transacción y monitoreo del proceso deliberativo fueran iguales a cero¹⁴². Bajo esta lógica, la captura del regulador se afirma o se rechaza en virtud de las motivaciones y procedimientos utilizados. En esta línea, ROMERO GUZMÁN agrega que *“sin perjuicio de la influencia de los grupos de interés en moldear la regulación, ésta adquiere forma (en términos de formulación y enforcement) en parte importante según las características de las instituciones existentes”*¹⁴³. En el caso en estudio, este pensamiento es sencillo de materializar, toda vez que el único objetivo de la

¹⁴² FORRENCE, Jennifer, y LEVINE, Michael. Regulatory Capture, Public Interest, and the Public Agenda: Toward a Synthesis. *Journal of Law, Economics, & Organization* 6: 167-198, 1990, p. 176. “General- interest policies or actions are those policies or actions adopted or undertaken by a regulatory agent that would be ratified by the general polity according to its accepted aggregation principles if the information, organization (including exclusion costs) and transaction and monitoring costs of the general polity were zero”.

¹⁴³ ROMERO GUZMÁN, Juan José. *¿Capturados por nuestra suspicacia? Algunas aproximaciones acerca del origen, desarrollo y extinción de las regulaciones*. Revista Chilena de Derecho, 35(1): 9-35, 2008, p. 10.

institución en cuestión es la creación de un clima de pluralismo informativo efectivo y real.

CONCLUSIONES

Los datos no mienten. Las estadísticas son claras. El mercado de los medios de comunicación se encuentra fuertemente concentrado, tanto a nivel de audiencias como a nivel de avisaje. Las causas económicas de esta distorsión pueden encontrarse en actos de Estado y en características propias de los mercados en países en vías de desarrollo. El legislador al verse enfrentado a este problema le ha negado su importancia política, reduciéndolo a una mera cuestión comercial. La hipótesis de esta tesis apuntaba a que este reduccionismo, el cual obvia la protección de derechos esenciales de la persona humana, favorece que los actores involucrados concentren el mercado en perjuicio de los consumidores-ciudadanos¹⁴⁴. A continuación se defiende la afirmación de esta suposición inicial y se deja en evidencia lo burdo de la solución legislativa.

El Congreso en el año 2001, luego de más de 6 años de debate, vino a imponer una reconducción de las normas de protección de la libre competencia respecto de la regulación de los medios de comunicación, con el fin de aumentar las sanciones respectivas, dadas las características especiales de este mercado. Con todo, 10 años más tarde, el problema de la concentración, reconocido una y mil veces en la discusión parlamentaria, se mantiene y se refuerza de modo

¹⁴⁴ Véase p. 12.

exorbitante. Es total y completamente evidente que dicha reconducción, que primero operara expresamente y luego, modificaciones mediante, por defecto, ha sido insuficiente. Justamente, la protección del mercado, fin de la legislación y de la institucionalidad defensora de la libre competencia ha permitido que se violen reiteradamente los derechos de información y de libertad de expresión.

Es inconcebible que el Estado no sea capaz de entender que determinados mercados se relacionan inevitablemente con derechos fundamentales distintos al libre emprendimiento económico y a los principios de la autonomía privada. Sólo una vez que esta declaración, realizada en forma constante y superficial por diputados y senadores de todos los partidos, tenga una consagración legal podrá avanzarse en una normativa antimonopólica especial como la que se propone en este trabajo. La creación de una institucionalidad paralela, protectora del pluralismo informativo, distinta a la Fiscalía Nacional Económica y al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es la solución. Esto porque, como lo ha demostrado la jurisprudencia de este tribunal, el mercado de los medios de comunicación cuenta con protección legal desde la perspectiva económica, la cual requiere ser complementada por otra normativa, también especial, que proteja a los medios de comunicaciones y a sus receptores, desde una perspectiva política, igualmente importante y con igual consagración constitucional. Se ha preferido seguir llamando a este sistema como “antimonopólico”, aunque “especial”, porque no deroga en ningún caso las normas generales del derecho antitrust.

El valor de esta propuesta es que logra defender el pluralismo informativo desde una óptica neutral. No se favorece con ella a ningún sector, sino a todos. Parte de la base de la igualdad tanto de los oferentes como de la valoración abstracta de los derechos y bienes jurídicos involucrados. La experiencia de Argentina es luz en la materia, ya que, lamentablemente, la aplicación de la Ley de Medios, y de otras que se han ido promulgando sucesivamente, se ha convertido en una pugna entre el gobierno y los principales oferentes. La solución aquí presentada trata de evitar de cualquier modo su identificación con algún poder estatal o fáctico, y por eso se propone un sistema conjunto, protector tanto de la libertad de expresión (artículo 19 Nº 12 CPR) como del libre emprendimiento en materia económica (artículo 19 Nº 21 CPR).

En concreto, la existencia de esta nueva institucionalidad permitirá que exista verdaderamente una persona a la cual disputarle, exigirle o pedirle la protección de las normas que protegen el pluralismo informativo. Hoy si bien existen algunas reglas, no es fácil construir sujetos legitimados para exigirle al Estado su cumplimiento. A lo que debe agregarse que quien se ve afectado en su derecho de información por la configuración del mercado tiene caminos poco claros para restablecer el imperio del derecho. Es difícil considerar el estado actual del mercado de los medios como un acto ilegal o arbitrario.

Desde otro punto de vista, la agencia, teniendo un marcado énfasis pluralista, pero encontrándose limitado en sus funciones por las competencias,

normas e instituciones protectoras de la libre competencia, no podrá caer en los excesos de una sobrerregulación, ni de una fuerte desregulación, a la usanza estadounidense. La mantención de estos equilibrios sostiene en definitiva la neutralidad que el sistema requiere.

La crítica obvia a todo este aparato administrativo, aunque autónomo, es la intromisión del Estado en la esfera privada. La verdad es que si bien puede construirse esta clase de argumentaciones, la única y verdadera finalidad de una institución como la que aquí se propone es, precisamente, proteger la libertad individual en la toma de decisiones. Como se expresó desde un inicio, la distorsión de la información es una distorsión del conocimiento que vicia la voluntad y que no permite tomar las decisiones verdaderamente queridas. De seguir el *statu quo*, sin este tipo de agencias públicas, poco y nada se avanzará en una materia de vital importancia para la democracia, como lo es la libertad.

Como se supuso en la hipótesis, esta clase de regulación favorece el actual estado de cosas, porque la normativa propia de la libre competencia otorga herramientas a los competidores para hacerse frente entre sí, pero no a los ciudadanos para reclamar por una estructura de mercado acorde a lo exigido por una sociedad abierta. Es cierto que la persona, en el mundo global, actúa más como consumidor que como ciudadano, y que esto podría permitir el acercamiento de ambos conceptos y en definitiva transformar al TDLC en un órgano de control constitucional, o en su defecto podría propiciar la proliferación de agencias

paralelas en otras materias (p. ej.: mercado farmacéutico y derecho a la vida). Sin embargo, no se pretende aquí tamaña extrapolación. Por regla general, los demás derechos fundamentales que se relacionan con determinados mercados tienen también determinadas instituciones supervigilantes (p. ej.: Ministerio de Salud y Superintendencia de Salud) o determinadas regulaciones especiales (p. ej.: Código Sanitario).

A diferencia de estos otros derechos y mercados, se ha demostrado que la libertad de expresión y el derecho a la información tienen una relación necesaria y directa con el mercado de los medios de comunicación, y que además no existen ni instituciones (gubernamentales ni autónomas) ni regulaciones especiales en la materia. Es decir, en Chile no se le ha tomado el peso al daño que producen a nivel ciudadano y constitucional los vicios del mercado periodístico. Por tanto, sólo una regulación de carácter especial, ojala inserta en la misma Ley de Prensa, acompañada de una institucionalidad también adecuada a las necesidades propias del mercado de las ideas, va a ser capaz de dar los primeros pasos hacia la creación de una sociedad verdaderamente democrática.

Constatada la hipótesis, por la experiencia empírica, los datos duros y los argumentos doctrinales y jurisprudenciales, resta determinar si la presente tesis logra ser un aporte a la literatura en la materia.

Los textos citados y estudiados a lo largo de este trabajo en general abarcan el problema desde la óptica del pluralismo o desde la óptica del mercado. El gran

aporte de esta tesis, más allá del enfoque de equilibrio de derechos y la propuesta de una nueva institucionalidad, es la construcción de la tensión concentración-pluralismo, término nunca antes acuñado, y que concibe el problema desde una perspectiva especial, cual es la distanciamiento existente entre el plano del deber ser y el plano del ser, esto es, entre lo que el Derecho exige y lo que en definitiva se produce en la práctica. Esta concepción es completamente novedosa y permite dar una base sólida a las posturas que abogan por la inyección de pluralismo informativo a nuestro sistema, que con anterioridad se basaban en las nociones de democracia, injusticia y desigualdad, pero sin un tratamiento sistematizado.

La concepción de una tensión entre lo normativo y lo fáctico es lo que permite con posterioridad proponer nuevas ideas, sean regulaciones, leyes o instituciones, que vengan a acercar lo exigido con lo real. Cualquier argumentación que pretenda destruir el carácter necesario de una reforma en la materia deberá refutar primero la veracidad de la tensión construida en los dos primeros capítulos de este trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

AGÜERO, Francisco. Nuevos elementos para el debate sobre el bien jurídico Libre Competencia. Boletín Latinoamericano de Competencia (19): 124-133, Noviembre 2004.

APREZA SALGADO, Socorro. Concentración de medios de comunicación versus pluralismo informativo externo. En: HUBER, Rudolf, y VILLANUEVA, Hernesto (coordinadores). Reforma de medios electrónicos ¿Avances o retrocesos? México, D.F, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 63-85.

BASTIDA FREJEIDO, Francisco. Concentración de Medios y Pluralismo. “Acordes y desacuerdos” entre pluralismo y mercado. En: CARBONELL, Miguel, y CARPIZO, Jorge (coordinadores). Derecho a la Información y Derechos Humanos, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pp. 273-286.

BERGER, Peter, y LUCKMANN, Thomas. Modernidad, Pluralismo y Crisis de Sentido. ¿Qué necesidades humanas básicas de orientación deben ser satisfechas? Estudios Públicos (63): 1-54, Invierno 1996.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N° 19.733 sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo. Chile, 2001, 1475 p.

_____ Historia de la Ley N° 20.361 Modifica el Decreto con fuerza de Ley N° 1, de Economía, Fomento y Construcción de 2004, sobre Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Chile, 2009, 643 p.

CABRERA, María Ángeles. Convivencia de la prensa escrita y de la prensa “on line” en su transición hacia el modelo de comunicación multimedia. Estudios sobre el mensaje periodístico (7): 71-78, 2001.

CAMARA DE DIPUTADOS. Informe de la Comisión Especial Investigadora sobre Avisaje del Estado, 2006. Disponible en www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=59&prmTIPO=INVESTIGAFIN [consulta: 17 de julio de 2012].

CARBONELL, Miguel. Construir el Pluralismo. En: CARBONELL, Miguel, y CARPIZO, Jorge (coordinadores). Derecho a la Información y Derechos Humanos, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pp. 287-298.

CASTELLS, Manuel. Innovación, libertad y poder en la era de la información. En: DE MORAES, Dênis (coord.). Sociedad Mediatizada. Barcelona, España, Gedisa Editorial, 2007, pp. 175-182.

COMISIÓN EUROPEA. Primer informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre la aplicación de la Directiva de servicios de comunicación audiovisual (Directiva 2010/13/UE). [PDF] Bruselas, 4.5.2012 <<http://eur->

lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0203:FIN:ES:PDF>[consulta:
17 de julio de 2012]

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, octubre de 2000. Disponible en <http://www.cidh.org/basicos/basicos13.htm> [consulta: 17 de julio de 2012].

CORRALES, O. y SANDOVAL J. Concentración del mercado de los medios, pluralismo y libertad de expresión. Documentos de Trabajo CECOM (1): 67-94, 2004.

CRESPO, Ariel. Información, capitalismo y poder: la aporía de la “prensa independiente”. En: IVOSKUS, Daniel (editor). Cumbre Mundial de Comunicación Política. Cambios socioculturales del siglo XXI. Buenos Aires, Argentina, Libros del Zorzal, 2010, pp. 343-352.

CUBAS, Joaquín Martín. Democracia e Internet. España, Centro Francisco Tomás y Valiente, UNED Alzira-Valencia, 2001, 207 p.

CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo. La República en Chile. Teoría y Práctica del Constitucionalismo Republicano. Santiago de Chile, LOM Ediciones, 2006, 431 p.

FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. Las potestades y privilegios de la Administración Pública en el régimen administrativo chileno. Revista de Derecho 20(2): 69-94, Valdivia, Diciembre 2007.

FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. Guía Interna para el Análisis de

Operaciones de Concentración Horizontales. Octubre 2006. Disponible en <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/Guia-operaciones-de-concentraci%C3%B3n-FNE2006.pdf> [consulta: 17 de julio de 2012].

_____ . Informe Iberoamerican/Grupo Prisa. 10 de marzo de 2007, p. 42. Disponible en <http://mailweb.fne.gob.cl/db/jurispru.nsf/b29126ee7ecf2d658425733e005e0bdc/6690996461B13F11842572A3006B79E1?OpenDocument> [consulta: 17 de julio de 2012].

FLINT BLANCK, Pinkas. Tratado de Defensa de la Libre Competencia. Lima, Perú, Pontifica Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2002, 1493 p.

FRIEDMAN, Milton y FRIEDMAN, Rose [traducción de Carlos Rocha Pujol]. Libertad de Elegir. Madrid, España, Editorial Orbis S.A., 1983, 436 p.

FORRENCE, Jennifer, y LEVINE, Michael. Regulatory Capture, Public Interest, and the Public Agenda: Toward a Synthesis. Journal of Law, Economics, & Organization 6: 167-198, 1990.

GARCIA CASTILLEJO, Ángel. La regulación de los contenidos audiovisuales. [PDF] Revista TELOS, octubre-diciembre 2010 <www.telos.es> [consulta: 17 de julio de 2012].

GEOFFROY, Esteban y SUNKEL, Guillermo. Concentración económica de los

medios de comunicación. Peculiaridades del caso Chileno. Chile, LOM Ediciones, 2001, 129 p.

GRISTOCK, Jennifer. Gestión de conocimiento y organización virtual en la prensa. En: MANSEL, Robin (ed.). La revolución de la comunicación. Modelos de interacción social y técnica. Madrid, España, Alianza Editorial, 2003, pp. 137-172.

LÉVY, Pierre. Ciberdemocracia. Ensayo sobre filosofía política. Barcelona, España, Editorial UOC, 2004, 201 p.

MARTINEZ ESTAY, José Ignacio. Las libertades de expresión y de información como control de la corrupción. Una visión constitucional. Revista de Derecho de la Universidad de Concepción (203): 251-263, Enero-Junio 1998.

MARTINEZ, Valentín, JUANATEY, Oscar, GONZÁLEZ, Javier. Incidencia de los diarios digitales en la reordenación de la prensa diaria. En: ALVAREZ, L., JOAM, P. y CRESPO O. Comunicación e xuventude: Actas do Foro Internacional. España, Colexio Profesional de Xornalistas de Galicia, 2007, pp 151-162. Disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2648893> [consulta: 17 de julio de 2012].

MATTAR, Pedro. La representación del interés general en el sistema de libre competencia: su significado y alcance. Publicación "Día de la Competencia" (28 de

octubre de 2004), Fiscalía Nacional Económica, Santiago de Chile, 2004, p. 5.

MATURANA MIQUEL, Cristián. Los Recursos. Apuntes de Derecho Procesal, Universidad de Chile, julio 2003.

MCKENZIE, Robert. Estudio comparativo de la regulación de los medios de comunicación en Francia, Estados Unidos y Ghana. Derecho Comparado de la Información (6): 157-199. Julio-diciembre 2005.

MOLINA, Fernando. Las bases sociales de la democracia. Estudios Públicos (18): 201-218, 1985.

MONTT, Santiago. Documento de Trabajo #1. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como Ente Regulador del Comercio: Una Mirada desde las Políticas Públicas. Centro de Regulación y Competencia, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago de Chile, 2010. Disponible en <http://www.regcom.uchile.cl/inicio/trabajos/documentos-de-trabajo> [consulta: 17 de julio de 2012].

MOUNIER, Pierre. Los dueños de la Red. Una historia política de Internet. Madrid, España, Editorial Popular, 2002, 246 p.

NAVARRO, Enrique. Orden Público Económico y Libre Competencia. Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae (7): 67-78, 2003

NELSON, William. La justificación de la democracia. Barcelona, España,

Editorial Ariel SA, 1986, 220 p.

NETANEL, Neil. Market Hierarchy and Copyright in our system of free expression. Vanderbilt Law Review 53: 1879-1932, Noviembre 2002. Disponible en www.ssrn.com/abstract=240308 [consulta: 17 de julio de 2012].

NOGUEIRA, Humberto. Teoría y Práctica Democrática. Para una sociedad participativa. Santiago, Chile, Editorial Andante, 1986, 284 p.

PARRA MUÑOZ, Augusto. La regulación jurídica del mercado. Revista de Derecho de la Universidad de Concepción (164): 57-67, Enero-Diciembre 1976.

PELLEGRINI, Silvia. Análisis en los noticiarios de televisión chilenos: La pauta como factor de calidad y perfil editorial. Cuadernos de Información (27): 25-42, Facultad de Comunicaciones, Universidad Católica de Chile, Julio-Diciembre 2010.

PÉREZ SERRANO, María José. La concentración de los medios de comunicación. Aproximación teórico-práctica bajo la perspectiva bifocal de defensa de la competencia y pluralismo. La ética y el derecho de la información en los tiempos del postperiodismo, s. num., 465-487, España, 2007.

QUIROS, Fernando, y SEGOVIA, Ana. Plutocracia y corporaciones de medios en los Estados Unidos. Cuadernos de Información y Comunicación 11: 179-205, Universidad de Chile, 2006.

RODOTÀ, Stefano. Tecnopolítica. La democracia y las nuevas tecnologías de

la comunicación. Buenos Aires, Argentina, Editorial Lozada, 1999, 251 p.

ROJO VILLADA, Pedro. Sociedad Global y Nuevas Tecnologías de la Información. Los retos de la comunicación social ante la liberalización del mercado europeo. Universidad Católica San Antonio, Murcia, España, Quaderna Editorial - Interlibro, 2003, 279 p.

SACCO AQUINO, Sabina. La Constitución de 1980 como fundamento y origen de una teoría constitucional de la irretroactividad. Revista Chilena de Derecho 33(3): 479-508, Diciembre 2006

SALVADORI, Massimo. Democracia Liberal: una respuesta liberal a los enemigos de la libertad [traducción de J. Rovira Armengol]. Buenos Aires, Argentina, Editorial Índice, 1957, 123 p.

SANTANDER, Pedro. Medios y elite: ¿Quién usa a quién? El rol político de la comunicación estratégica en la relación medios-poder. Cuadernos de Información (23): 7-18, Facultad de Comunicaciones, Universidad Católica de Chile, Enero-Junio 2010.

SHELANSKI, Howard. Antitrust Law as Mass Media Regulation: Can Merger Standards Protect the Public Interest? California Law Review 94: 371-421, 2006. Disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=925710 [consulta: 17 de julio de 2012].

SQUELLA, Agustín. Democracia, Libertad e Igualdad. En su: Estudios sobre

Derechos Humanos, Valparaíso, Chile, EDEVAL, 1991, pp. 13-44.

_____. Los derechos humanos y su ubicación en una definición mínima de democracia. En su: Estudios sobre Derechos Humanos, Valparaíso, Chile, EDEVAL, pp. 89-106.

STREETER, Jorge. Documento de trabajo sobre modificación de la Ley de Defensa de la Competencia, Universidad de Chile, s.a.

UNESCO. El pluralismo informativo, s.a. Disponible en http://www.unesco.org/bpi/pdf/memobpi46_mediapluralism_es.pdf [consulta: 17 de julio de 2012].

UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2003. Hechos de 2002. Santiago, Chile, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, 2003, 455 p.

UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. Informe Anual Sobre Derechos Humanos en Chile 2004. Hechos de 2003. Santiago, Chile, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, 318 p.

UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile. 2008. Hechos de 2007. Santiago, Chile, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, 2008, 580 p.

VALDÉS PRIETO, Domingo. Libre Competencia y Monopolio. Santiago de

Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2006, 751 p.

VIVANCO MARTINEZ, Ángela. El pluralismo en la Constitución de 1980. Revista Chilena de Derecho 27(2): 397-413, 2000.

ZALAUQUETT, José. Introducción. En: HUMAN RIGHTS WATCH. Los límites de la tolerancia: Libertad de expresión y debate público en Chile. Chile, LOM Ediciones, 1998, pp. 11-46.

ZEGERS, Cristián. El diario considerado como institución. Estudios Públicos (32): 315-341, 1988.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco. Control judicial de los actos políticos. Recurso de Protección ante las “cuestiones políticas”. Revista Ius et Praxis 14 (2), 271-307.

JURISPRUDENCIA

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de Noviembre de 1985. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm> [consulta: 17 de julio de 2012].

CORTE SUPREMA. Sentencia Rol C-9148-2009 del 26 de abril del año 2010. Recurso de Reclamación “Demanda de la Revista Punto Final contra los Ministerios de Hacienda y Otros”.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia ROL N° 226, Requerimiento formulado por diversos diputados para que El Tribunal resuelva sobre la cuestión de constitucionalidad planteada durante la tramitación del Proyecto de Ley sobre "Libertad de Expresión, Información y Ejercicio del Periodismo", 30 de Octubre de 1995.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia ROL N° 346 (voto de minoría). Requerimiento respecto del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en dicha ciudad el 17 de julio de 1998, Santiago, 8 de Abril de 2002.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Resolución N° 20/2007. Causa rol NC N° 173-06, caratulada “Consulta de GLR Chile Ltda. sobre Compra de la Totalidad de las Acciones de Iberoamerican Radio Chile S.A.”.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia N° 89. Causa rol C N° 171-08, caratulada “Demanda de la Revista Punto Final contra los Ministerios de Hacienda y Otros”.

ANEXOS

1. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia N° 89. Causa rol C N° 171-08, caratulada “Demanda de la Revista Punto Final contra los Ministerios de Hacienda y Otros”.

2. CORTE SUPREMA. Sentencia Rol C-9148-2009 del 26 de abril del año 2010. Recurso de Reclamación “Demanda de la Revista Punto Final contra los Ministerios de Hacienda y Otros”.

3. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia ROL N° 226, Requerimiento formulado por diversos diputados para que El Tribunal resuelva sobre la cuestión de constitucionalidad planteada durante la tramitación del Proyecto de Ley sobre "Libertad de Expresión, Información y Ejercicio del Periodismo", 30 de Octubre de 1995.

4. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Resolución N° 20/2007. Causa rol NC N° 173-06, caratulada “Consulta de GLR Chile Ltda. sobre Compra de la Totalidad de las Acciones de Iberoamerican Radio Chile S.A.”.

ANEXO N° 1

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia N°
89. Causa rol C N° 171-08, caratulada “Demanda de la Revista Punto
Final contra los Ministerios de Hacienda y Otros”.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SENTENCIA Nº 89 /2009.

Santiago, doce de noviembre de dos mil nueve.

VISTOS:

1. Requerimiento

1.1. Que el 24 de julio de 2008, la Sociedad Editora, Impresora y Distribuidora de Videos Y Publicaciones Punto Final S.A., en adelante Revista Punto Final o RPF, interpuso una demanda, en primer término contra el Estado de Chile;

1.2. Que con posterioridad, la demandante se allanó a una excepción dilatoria del Consejo de Defensa del Estado, especificando que la acción que originó el proceso está dirigida en contra de los Ministerios de Hacienda, de Justicia y de Planificación y Cooperación (Mideplan);

1.3. Que las imputaciones consisten fundamentalmente en:

a) Que la inversión publicitaria de los demandados se realiza preferentemente en las cadenas periodísticas de “El Mercurio” y “La Tercera” (“Consortio Periodístico de Chile”, Copesa), en desmedro de la prensa que denomina como “independiente”, entregando ventajas a las primeras que le permiten copar el mercado de diarios y revistas. Ambas cadenas controlarían el entre un 85 y un 95 por ciento de la prensa escrita y representarían una suerte de duopolio ideológico de derecha o conservador.

En esa línea, cita un estudio del Observatorio de Medios “Fucatel” del año 2005, que destaca que los ministerios demandados contrataron un 70% de su publicidad con la cadena “El Mercurio”.

La demanda también sostiene que un 48% de la inversión estatal en el período indicado fue realizada en los diarios de la empresa El Mercurio, un 29% en los diarios del grupo COPESA y un 15% en prensa independiente.

b) Que no existe claridad sobre la forma en que se toma la decisión de distribuir los recursos destinados a publicidad de los servicios públicos.

Si bien RPF y otros medios “independientes” están registrados en “Chile-Compra”, la publicidad estatal se canaliza a los grandes medios, por vías que no se corresponden con la igualdad de oportunidades y la libre competencia, en razón de una política discriminatoria articulada por el Estado. Estas vías son tarifas y descuentos especiales y tratos y convenio directo con las empresas favorecidas vulnerando la ley 19886 de base sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios (Ley de compras públicas);

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

c) Que las discriminaciones o excepciones a la concursabilidad que la Ley de Compras Públicas autoriza a favor de agentes determinados, a juicio de la demandante, han de tratarse de casos fundados y excepcionales, lo que no es el caso de la publicidad y el avisaje.

El gobierno, en opinión de la demandante, debiese fomentar el pluralismo informativo y la libertad de información, lo que no ha sido hecho a pesar de los anuncios de ministros a cargo del Ministerio Secretaría General de Gobierno de contratar publicidad y avisaje con medios “independientes”.

La demandante cita un libro del académico y periodista que testificó en el proceso, don Walter Krohne en el que sostiene que El Mercurio y La Tercera tienen un tiraje de 600.000 ejemplares y los medios escritos “independientes” como *RPF, The Clinic, El Periodista, El Siglo, Le Monde Diplomatique* y la desaparecida revista *Rocinante* alrededor de 5.580 ejemplares.

Según la actora, lo anterior no deriva de la eficiencia empresarial de los grandes medios mencionados si no que al fortalecimiento de los mismos derivado de la publicidad, el avisaje y el crédito oficial o público.

d) Que las dos mayores cadenas periodísticas controlan la mayor parte de la distribución de los diarios y revistas y tendrían influencia determinante sobre los suplementeros y ese poder, en su versión, se ha expresado a veces en maniobras que no especifica destinadas a obstaculizar o impedir la circulación de algunos medios, como los diarios gratuitos *El Metropolitano, Publimetro* y otras.

e) Finalmente, considera que la situación de “duopolio-monopolio” (sic) que describe es, en sí misma, una amenaza a la libre competencia que debe ser sancionada por el Tribunal.

1.4 Que, desde la óptica jurídica, RPF considera que las imputaciones realizadas implican una vulneración del derecho constitucional a no ser discriminado por el Estado en materia económica, y a la libertad de información y opinión, ambos garantidos en el artículo 19 de la Carta Fundamental, así como una violación de las normas contenidas en el D. L. N° 211 y en la ley 19.733 sobre Libertades e Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo (Ley de Prensa). El Artículo 37 de este último cuerpo legal previene en lo pertinente **que “[p]ara efectos de lo dispuesto en el decreto ley N° 211, de 1973, se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones, que tienden a impedir la libre competencia, los que entran en la producción de informaciones, el transporte, la distribución, circulación, el avisaje y la comercialización de los medios de comunicación...”**. RPF considera que la norma

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

citada establece una relación directa entre la Libre Competencia y la Libertad de Expresión;

2. Que el 29 de septiembre de 2008, el Consejo de Defensa del Estado (CDE) contestó la demanda de autos en representación de los ministerios demandados contravirtiendo formal y expresamente todos y cada uno de los hechos expuestos en la demanda y las consecuencias que la demandada de ellos pretende derivar.

2.1 Que las defensas consisten fundamentalmente en:

a) Que las demandadas han actuado dentro de sus facultades constitucionales y legales y no han infringido ni el DL 211 ni la Ley de Prensa. Además se rigen para la contratación del suministro de bienes y servicios que requieren por la Ley de Compras Públicas y su reglamento (D.S. 250 de 2004 del M. de Hacienda) y deben utilizar alguno de los mecanismos que ese marco jurídico les permite: (i) **Convenios Marcos**, (ii) **Licitación Pública**, (iii) **Licitación Privada** y, (iv) **los Tratos o Contratación Directa**.

Los demandados deben además contar con un Manual de Procedimiento de Adquisiciones que se debe ajustar a la Ley de Compras y su reglamento. Todas estas normas propenden, en opinión de las demandadas, a que los procesos de contratación sean eficientes y se asegure la calidad de los bienes y servicios adquiridos, la idoneidad de los oferentes y, en definitiva, la combinación más ventajosa entre todos los beneficios del bien o servicio que se adquiriera y todos sus costos asociados, presentes y futuros.

La Dirección de Compras y Contratación Pública (DCCP) debe, de oficio o a petición de uno o más organismos públicos, licitar bienes y servicios a través de la suscripción de Convenios Marco, regulados en la Ley de Compras.

Los organismos sujetos a la Ley de Compras Públicas, como las demandadas, están obligados a comprar bajo estos convenios, relacionándose directamente con el contratista adjudicado por la DCCP, salvo que por su cuenta obtengan condiciones más ventajosas (relación costo/beneficio) y realice así una contratación directa, la que debe ser informada a la DCCP y posteriormente puede ser fiscalizada.

Si no se usan Convenios Marco, las demandadas, en general, deben sujetarse a estrictos procesos de cotización, licitación, en su caso, y adquisición para contratar la publicidad y avisaje y recibir las ofertas por los sistemas electrónicos o digitales establecidos por la DCCP, y están obligadas a promover la participación de la mayor cantidad de oferentes posibles y cumplir con el principio constitucional de Publicidad.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

La Ley de Compras públicas establece el “Tribunal de Contratación Pública”, órgano jurisdiccional competente para conocer la acción de impugnación de los procedimientos administrativos de contratación, entre la aprobación de las bases de la respectiva licitación y su adjudicación, al que nunca ha recurrido el demandante a pesar de estar inscrito en los Registros Electrónicos de Proveedores del Estado, cuando los demandados han adjudicado a otros medios la publicidad y el avisaje.

b) Que la DCCP ha suscrito a la fecha dos Convenios Marco referidos al avisaje en diarios impresos y electrónicos en los años 2005 y 2006. Las categorías licitadas fueron diarios nacionales, regionales y electrónicos.

Según los demandados los criterios ponderados para la selección fueron: (i) Acreditación de calidad del diario; (ii) Garantía de publicación correcta de los avisos; (iii) Certificación de circulación y visitas *web* (declaración jurada simple); (iv) Tarifas, descuentos sobre tarifario público, coste por contacto, servicios adicionales; (v) Plazo de publicación.

En versión del CDE, a estas licitaciones postularon varios medios, entre los que se contaron El Mercurio y La Tercera (que, finalmente, fueron adjudicatarios junto a otros medios en la categoría de diarios nacionales y en el caso de la cadena El Mercurio también regionales) y no RPF.

c) Que el CDE sostuvo que MIDEPLAN informó a la Cámara de Diputados que no adjudicó ningún contrato de avisaje a El Mercurio S.A.P. o a Copesa S.A. durante el 2006, uno de 28 a Copesa. En el 2007, dos a El Mercurio y uno a La Tercera de un total de 26. En el año 2008 de 11 proyectos de avisaje adjudicados uno fue publicado en “La Cuarta”

En el caso del Ministerio de Justicia indica que la mayoría del avisaje lo contrata con La Nación pues de él depende el “Diario Oficial”, en el que por ley, deben publicarse las normas jurídicas oficialmente. Durante el 2008 sólo hizo una publicación en el Diario El Mercurio.

d) Que el CDE sostiene que no ha incurrido en infracción del DL 211 o a la Ley de Prensa, toda vez que el Estado no es un “agente económico” y no está desarrollando actividad económica o comercial alguna en la materia mencionada. Mas bien está amparado por las normas legales que rigen la contratación pública, que son de derecho público.

Los demandados no han incurrido en la hipótesis contenida en el artículo 37 de la Ley de Prensa que no ha entrabado el avisaje en el sentido de impedir su desenvolvimiento ni tampoco ha impedido el desarrollo de la RPF. Los ministerios demandados no

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

pueden haber cometido infracción al someter su accionar a la ley y normas que regulan la contratación pública.

e) Que al Fisco de Chile no pueden aplicársele las sanciones establecidas en el artículo 26 del DL 211.

f) Que pretender construir bases de licitación a la medida de la actora sería arbitrario e ilegal.

g) Que la demandante carece de interés legítimo en la acción pues no es sujeto pasivo ni víctima concreta del injusto que se reprocha de acuerdo al artículo 3º del DL 211 y 37 de la ley 19.733, pues no es competidor en el mercado relevante respectivo ni participa en las “fases productivas actuales o potenciales” (sic)

h) Que no ha habido conductas colusivas u otras prácticas anticompetitivas, entre el Estado de Chile y los ministerios denunciados y las empresas El Mercurio y Copesa.

i) La Ley de Compras públicas establece el “Tribunal de Contratación Pública”, órgano jurisdiccional competente para conocer la acción de impugnación de lo procedimientos administrativo de contratación, entre la aprobación de las bases de la respectiva licitación y su adjudicación, al que nunca ha recurrido el demandante a pesar de estar inscrito en los Registros Electrónico de Proveedores del Estado, cuando los demandados han adjudicado a otros medios la publicidad y el avisaje;

2.2 Que atendido lo expuesto el Consejo de Defensa del Estado solicita a este Tribunal:

(i) Que se declare que el Estado y los ministerios denunciados no han incurrido en prácticas anticompetitivas al contratar publicidad y avisaje, y tampoco en conductas descritas en el artículo 37 de la Ley de Prensa. Que el Estado y los demandados se han ceñido a la normativa aplicable a la contratación pública.

(ii) Que el Estado y los ministerios demandados no son agentes económicos al invertir en avisaje publicitario en medios escritos, ni realizan actividad económica alguna.

(iii) Que se rechace la demanda en todas sus partes, con costas.

3. Que la resolución que recibió la causa a prueba estableció como hecho, pertinente, sustancial y controvertido el siguiente:

“Procedimientos y criterios utilizados por los ministerios de Hacienda, Justicia y Planificación para efectos de determinar los medios escritos en los que realizaron avisaje publicitario a partir del mes de agosto del año 2006.”

3.1. Que por la demandante declararon los siguientes testigos: (i) Faride Zerán Chelech, periodista y académica; Juan Pablo Cárdenas Squella, periodista y

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

académico; (iii) Abraham Santibáñez, periodista y académico, Presidente del Colegio de Periodistas; (iv) Marco Enriquez-Ominami Gumucio, Diputado de la República; y, (v) Walter Krohne Toro, periodista, politólogo y académico;

3.2. Que por las demandadas declararon: (i) Pablo Prüssing Fuchslocher, abogado de la DCCP; (ii) María Trinidad Inostroza Castro, abogada, Jefa de la Dirección Jurídica de la DCCP; (iii) Andrea Soto Araya, abogada de Mideplan; (iv) Ciro Cornejo Lorca, abogado del Departamento Administrativo del Ministerio de Justicia;

3.3. Que la demandante acompañó los siguientes documentos al proceso: (i) cartas a los Presidentes Lagos y Bachelet del Director de RPF haciéndoles presente la situación materia de la demanda; (ii) copias de capítulos seleccionados del libro “ Las dos caras de la Libertad de Expresión en Chile” de Walter Krohne; (iii) copia de entrevista a Juan Pablo Cárdenas publicada en página web PiensaChile.com; (iv) copia del documento “Análisis distribución avisaje publicitario de la empresas estatales”, elaborado por el observatorio de medios “Fucatel”; (v) copia de la presentación del Colegio de Periodistas de Chile ante la Comisión especial de la Cámara de Diputados para investigar materias relacionadas con el avisaje estatal; y, (vi) copia del Informe de dicha Comisión de la Cámara Baja;

3.4. Que, por su parte, el CDE acompañó a los autos los siguientes documentos: (i) copia de Oficio de Mideplan a la Cámara de Diputados con información del gasto global en publicidad de esa cartera entre los años 2005 y mediados de 2008; (ii) copia de Informe del Ministerio de Justicia relativo a los programas en publicidad y avisaje de esa cartera entre los años 2005 y 2008; (iii) copia del manual de adquisiciones del Ministerio de Justicia; (iv) copia del Informe emitido por el Jefe de la División Jurídica de la FNE en el año 2007, que concluye que no hay indicios de existencia de infracción a la libre competencia denunciada por el director de RPF, en términos similares a la demanda de autos y; (v) copia de resolución del Sr. Fiscal Nacional Económico que desestima la denuncia mencionada;

3.5. Que, en respuesta a los enviados por este Tribunal, se recibieron los siguientes oficios: (i) resumen y detalle de los avisos contratados por los ministerios demandados en los diarios El Mercurio, La Segunda y Las Últimas Noticias entre agosto de 2006 y diciembre de 2008 e indicación del procedimiento de contratación, remitido por Empresa El Mercurio S.A.P; (ii) similar información remitida por Copesa; (iii) informe de la comisión especial investigadora de la Cámara de Diputados sobre Avisaje del Estado, remitido por esa corporación, y; (iv) respuestas de la Sra. Ministra de Mideplan y de los Señores Ministros de Hacienda y Justicia a cuestionarios remitidos por el Tribunal, en los que se les consultó sobre los mecanismos y procedimientos para la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

contratación de avisaje y publicidad; el avisaje efectivamente contratado por esas reparticiones públicas; los procedimientos usados en cada caso y montos gastados; la normativa aplicable a los procesos de compras y los criterios aplicados en ellos para adjudicar la contratación a los medios seleccionados; las fuentes de información usadas por las carteras para conocer el tiraje de medios y los niveles de lectoría; la importancia otorgada a la línea editorial de los medios para la decisión de contratación y, por último, si han contratado avisaje con la demandante.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

En cuanto a las tachas deducidas

Primero: Que a fojas 125 el Consejo de Defensa del Estado, en representación de las demandadas, formuló tacha respecto de la testigo doña Faride Zerán Chelech, presentada por la parte de Revista Punto Final, invocando la causal establecida en el N° 7 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, atendido que la testigo manifestó haber sido adherente de una presentación realizada en contra del Estado de Chile en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el marco de lo que denomina “caso de Elena Varela”, de lo que se deduce que en una ocasión anterior ha manifestado su voluntad en orden a que el Estado de Chile sea condenado en un proceso.

De la tacha se confirió traslado a la demandante, quien solicitó su rechazo, con costas, atendido que el testigo sólo señaló haber ejercido un derecho de expresión en un caso determinado, no pudiendo seguirse de ello una enemistad grave con el Estado de Chile, teniendo presente que su intervención en el caso en cuestión – la manifestación de apoyo a la acción emprendida ante un organismo internacional- fue accesoria y no actuó como demandante en el mismo, agregando que una supuesta enemistad debe manifestarse por hechos graves;

Segundo: Que, ponderados los elementos de hecho que sirven de fundamento a la tacha deducida, ésta será rechazada, sin costas, por considerar este Tribunal que no es posible establecer, a partir de su adhesión en un caso determinado a una acción en sede internacional en la que se reprocha una actuación específica de determinados agentes del Estado respecto de una ciudadana, la existencia de enemistad o animadversión de la testigo respecto del Estado Chileno. En efecto los hechos y circunstancias invocados como fundamento de la supuesta inhabilidad para declarar en el proceso de autos, no son lo suficientemente graves como para configurarla, al tenor de lo exigido por el N° 7 del artículo 358 del Código de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Procedimiento Civil. Lo anterior, sin perjuicio del valor probatorio que se le pueda asignar a la declaración del testigo de acuerdo con lo prescrito en el artículo 22°, inciso final, del Decreto Ley N° 211;

Tercero: Que, a su turno, a fojas 695, la parte de Revista Punto Final formuló tacha respecto del testigo señor Ciro Andrés Cornejo Lorca, presentado por las demandadas, invocando la causal establecida en el artículo 358, N° 4, del Código de Procedimiento Civil. En la presentación que rola a fojas 719 y siguientes, la parte demandante funda la tacha en que el Sr. Cornejo cumple funciones como abogado jefe del Área Legal del Departamento Administrativo del Ministerio de Justicia, repartición demandada en autos y en que, por ello, tiene la calidad de dependiente de la misma.

De la tacha referida se confirió traslado, el que fue contestado por el CDE a fojas 727, organismo que solicitó se rechace en razón de que el carácter de funcionario público no es asimilable al de dependiente aludido en el artículo 358, N° 4 del Código de Procedimiento Civil, pues no existe una estrecha vinculación de dependencia entre el testigo y la parte que lo presenta, pues el profesional en cuestión es remunerado por el Estado, y sus atribuciones, deberes y hasta su permanencia en su cargo dependen de lo preceptuado en la ley;

Cuarto: Que, ponderados los elementos de hecho que sirven de fundamento a la tacha deducida, ésta se desestimarán, por compartir este Tribunal los argumentos esgrimidos por el Consejo de Defensa del Estado, en orden a que el empleo público está reglado por la ley, tanto en lo concerniente a los deberes que pesan sobre los funcionarios públicos y respecto de los derechos que les asisten, como en lo referente a los requisitos de ingreso, permanencia y cese en sus funciones, por lo que no es dable esperar que el hecho de laborar en el Estado, o que éste sea jurídicamente su empleador, sean circunstancias que puedan afectar la imparcialidad del testigo para declarar en esta causa. Lo anterior, sin perjuicio del valor probatorio que se le pueda asignar a las declaraciones de los testigos de acuerdo con lo prescrito en el artículo 22°, inciso final, del Decreto Ley N° 211;

Quinto: Que la parte demandante, a fojas 673 y 686, formuló también tachas respecto de los testigos señor Pablo Prüssing Fuchslocher y señora María Trinidad Inostroza Castro respectivamente, funcionarios ambos de la Dirección de Compras y Contratación Pública del Ministerio de Hacienda presentados por las demandadas, invocando la causal establecida en el N° 4 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil y argumentando que dichos testigos serían inhábiles por ser

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

dependientes de la parte que lo presenta. Los fundamentos de las tachas fueron expuestos por la demandante en su presentación de fojas 713 y 715 y, en síntesis, consisten en que los testigos prestan servicios habituales retribuidos a la referida repartición, que es un servicio público descentralizado dependiente del Ministerio de Hacienda –demandado en autos-, en su calidad de abogado y abogada jefa de su dirección jurídica, respectivamente.

De esas tachas se confirieron traslados, los que fueron contestados por el CDE en una única presentación que corre a fojas 741, donde solicitó que fueran desestimadas, atendidos similares argumentos que los esgrimidos para solicitar el rechazo de la tacha el señor Cornejo Lorca;

Sexto: Que, ponderados los elementos de hecho que sirven de fundamento a las tachas deducidas, éstas se desestimarán, por idénticas consideraciones expuestas en el razonamiento cuarto. Lo anterior, sin perjuicio del valor probatorio que se le pueda asignar a las declaraciones de los testigos de acuerdo con lo prescrito en el artículo 22º, inciso final, del Decreto Ley N° 211;

En cuanto al fondo:

Séptimo: Que, como consta en la parte expositiva de la sentencia, la Revista Punto Final ha demandado a los ministerios de Hacienda, de Justicia y de Planificación y Cooperación, por considerar que la contratación de avisaje en medios escritos que realizan esas reparticiones se habría concentrado, en las últimas décadas, a su juicio injustificadamente, en las dos grandes cadenas periodísticas –las de El Mercurio S.A.P y Consorcio Periodístico S.A. (Copesa), en desmedro de otras empresas del rubro -entre ellas la actora-, a las que denomina “prensa independiente”, vulnerando con ello las normas de defensa de la libre competencia contenidas en el Decreto Ley N° 211 y lo dispuesto en el artículo 37 de la ley 19.733 sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo, en adelante también “Ley de Prensa”. Esta última disposición legal señalaba lo siguiente: *“Para efectos de lo dispuesto en el decreto ley N° 211, de 1973, se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones, que tienden a impedir la libre competencia, los que entran en la producción de informaciones, el transporte, la distribución, circulación, el avisaje y la comercialización de los medios de comunicación”*. Cabe hacer presente que el artículo en cuestión fue derogado con la dictación de la Ley 20.361, publicada en Diario Oficial el día 13 de julio de 2009 y que entró en vigencia el día 12 de octubre del año en curso;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Octavo: Que en descargo de las acusaciones realizadas en contra de las demandadas, el Consejo de Defensa del Estado arguye, fundamentalmente, que aquellas han actuado siempre conforme a sus facultades constitucionales, legales y reglamentarias, ciñéndose estrictamente a la ley 19.886 de Compras Públicas y su reglamento, contenido en el Decreto Supremo 250 de 2004 del Ministerio de Hacienda y, en consecuencia, no han podido infringir ni el Decreto Ley N° 211 ni la Ley de Prensa;

Noveno: Que en otro orden de cosas, el Consejo de Defensa del Estado arguyó que la actora carece de legitimación activa o interés en la acción intentada en autos, pues no tiene la calidad de sujeto pasivo, actual o potencial, ni de víctima concreta del injusto que se reprocha en los términos del artículo 3° del D.L. N° 211 ni del artículo 37° de la ley 19.733 -hoy, como se dijo, derogado-. Lo anterior en razón de que la actora no ostenta la calidad de competidor en el mercado respectivo y no se ha lesionado o puesto en riesgo, por tanto, su capacidad de competir en él, toda vez que ni siquiera participó en el proceso licitatorio que cuestiona ni pudo hacerlo, pues no reúne los requisitos para prestar el servicio requerido.

Décimo: Que, adicionalmente, la defensa de las demandadas sostuvo que el Estado no es un agente económico en los términos considerados en la legislación para la defensa de la competencia contenida en el D.L. N° 211 en relación a la ley 19733 y no desarrolla una actividad económica en la materia denunciada en la demanda;

Undécimo: Que, como cuestión preliminar, este Tribunal desestimaré esta última alegación, toda vez que se ha resuelto reiteradamente que toda persona, sea natural o jurídica, pública o privada, con o sin fines de lucro, que concorra individual o colectivamente a un mercado –siendo indiferente si lo hace como oferente de bienes o servicios o, como en el caso de autos, en calidad de demandante de ellos, o en ambos roles–, debe ceñirse a la normativa de orden público contenida en el Decreto Ley N° 211, cuyo artículo 3°, inciso primero, no hace distingo alguno referido a fines o calidades. Así, por ejemplo, este Tribunal ha resuelto conflictos en el que organismos del Estado han sido denunciados por su actuación como agente económico en diversas sentencias entre las que se cuentan las número 11, 13, 14, 20, 32, 34, 37, 44, 67, 77 y 81;

Duodécimo: Que entrando derechamente al análisis de las conductas imputadas en la demanda, cabe tener presente que ellas dicen relación con supuestas conductas discriminatorias que habrían sido cometidas durante un largo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

período –no acotado con precisión por la actora- por reparticiones del Estado, afectando la competencia en el mercado y causando con ello daño económico a varios medios de comunicación escrita, entre los que se cuenta la actora;

Decimotercero: Que a fojas 7, la demandante expresa que el origen de la controversia radica principalmente en la inversión publicitaria del Estado en prensa escrita. Asimismo, el CDE señala, a fojas 56, que la materia que corresponde analizar respecto de las eventuales infracciones a la libre competencia denunciadas por la Revista Punto Final, es la inversión publicitaria que el Estado y específicamente los ministerios demandados, realicen para el cumplimiento de sus fines y objetivos;

Decimocuarto: Que este Tribunal es de la opinión que el gasto que el Estado –y en particular los ministerios de Hacienda, de Justicia y de Planificación y Cooperación- realizan en prensa escrita, no puede ser considerado como un mercado en sí mismo, ya que éstos son sólo demandantes -entre muchos otros- de publicidad en prensa escrita;

Decimoquinto: Que así, a juicio de este Tribunal, el mercado relevante para efectos de esta causa, es el de la prensa escrita, sin perjuicio de que las conductas denunciadas se relacionan directamente con el avisaje en la prensa escrita y, específicamente, con la inversión en publicidad realizada por el Estado en dichos medios de comunicación;

Decimosexto: Que el mercado relevante ya definido, es un mercado de aquellos a los que la literatura económica aplica el esquema analítico de mercado con demanda bilateral (“*two-sided markets*”) –en los que un mismo producto o servicio basa su existencia en la condición de ser demandado por dos grupos distintos- pues se trata de diarios con venta de ejemplares y publicidad. Esta característica es la que lleva a que en algunos casos el equilibrio de mercado se logre incluso regalando un periódico que obviamente tiene un costo. Esa es la misma conclusión a que arriba el informe del jefe de la división jurídica de la Fiscalía Nacional Económica rolante a fojas 475 y siguientes de autos, que sirvió de antecedente a la resolución del Sr. Fiscal Nacional Económico que ordenó el archivo de la denuncia efectuada ante ese organismo, por los mismos hechos que dieron origen a la demanda de autos, y que rola a fojas 474 de autos. Dicho informe señala que, en el caso de la prensa escrita, uno de los grupos de demandantes son los lectores, que demandan información, y el otro son los avisadores, que demandan espacios para avisaje y publicidad en las materias de su interés. Entre ambos grupos existen claras economías de red, en el sentido que la demanda de un grupo de usuarios incrementa la demanda del otro grupo de demandantes. El efecto positivo que tiene la demanda de cada grupo en la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

demanda del grupo complementario es una externalidad positiva de demanda, que se produciría en este caso;

Decimoséptimo: Que la bilateralidad antes descrita debiera implicar que el Estado, en su obligación de utilizar en forma lo más eficiente posible los recursos fiscales, en cuanto usuario de los medios de comunicación social, y como cualquier agente económico que participa en este mercado, debe velar por que sus avisos sean conocidos por la mayor cantidad de lectores del público objetivo al que se quiere llegar, al mínimo costo posible;

Decimoctavo: Que precisamente con ese fin -y para minimizar los riesgos de ocurrencia de discriminaciones arbitrarias y de mal uso de recursos fiscales, que podrían además infringir la garantía constitucional contenida en el artículo 19 N° 22 de nuestra Carta Fundamental-, es que se han establecido estrictos procedimientos para la contratación pública, entre ellos los contenidos en la Ley 19.886 de Compras Públicas y su reglamento (D.S. 250 de 2004 del M. de Hacienda). En autos no se ha sostenido que dichas normas hayan sido infringidas en modo alguno y, es un hecho no controvertido que la demandante, estando afiliada a los Registros Electrónicos de Proveedores del Estado, no habría recurrido al Tribunal de Contratación Pública, establecido en la Ley de Compras Públicas, cuando los demandados han adjudicado a otros medios la publicidad y el avisaje;

Decimonoveno: Que, sin perjuicio de lo anterior, y como esta judicatura ha resuelto anteriormente -por ejemplo en la sentencia N° 77/2008- la circunstancia de que los actos y contratos a que se refiere esta causa, esto es, la contratación por parte de los ministerios demandados de avisaje estatal, se realicen con sujeción plena a procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos, no implica que dichos actos o contratos no deban sujetarse también a lo preceptuado en la legislación de defensa de la libre competencia la que, por lo demás, es de orden público. Ello por cuanto, si bien es cierto que hay bienes jurídicos determinados que la legislación sobre contratación pública persigue resguardar, concurrentemente en la actividad económica del Estado, cuando éste actúa como oferente o demandante de bienes y servicios en los mercados, pueden verse afectados otros bienes jurídicos como aquellos que han de ser tutelados en esta sede;

Vigésimo: Que este Tribunal analizará entonces si en la especie se encuentra acreditado en el proceso que las demandadas, al invertir en publicidad en prensa escrita, han discriminado arbitrariamente en contra de Punto Final o han realizado cualquier otro acto que constituya una infracción de aquellas descritas en el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, pues el artículo 37 de la Ley N° 19.733, de libertad

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de opinión e información, vigente al momento de interponer la demanda de autos, está hoy derogado;

Vigésimo primero: Que ello estará referido a un período que se extiende hasta los dos años contados hacia atrás desde la fecha de la interposición de la demanda, habida cuenta que el texto vigente, al momento de interponer la misma, del artículo 20º inciso tercero del Decreto Ley N° 211, establecía que las acciones contempladas en dicho cuerpo legal, prescribían en el plazo de dos años, contado desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia en que se fundan. Cabe tener presente que la demanda de autos fue interpuesta el día 24 de julio de 2008, fecha muy anterior al 12 de octubre de 2009, en la que entraron en vigencia las modificaciones al Decreto Ley N° 211 introducidas por la ley 20.361, que ampliaron el plazo en cuestión a tres años para las infracciones a la Ley para la Defensa de la Libre Competencia en general, con excepción de las acciones para perseguir las conductas previstas en la letra a) del artículo 3º de dicha Ley, para las que se contempla un término de prescripción de cinco años. En consecuencia, teniendo presente lo dispuesto en la Ley sobre el efecto retroactivo de las leyes, este Tribunal deberá limitarse a juzgar las conductas de las demandadas en el termino comprendido entre los días 24 de julio de 2006 y 24 de julio de 2008;

Vigésimo segundo: Que, en primer término, de las alegaciones formuladas por el CDE a fojas 69 y 70, de los testimonios contenidos a fojas 672 y siguientes y 684 y siguientes, de los antecedentes que constan a fojas 773, 791 y 823 y de las declaraciones de los testigos presentados por el Consejo de Defensa del Estado a fojas 690 y 694, antecedentes todos que no han sido contradichos por prueba alguna en autos, puede concluirse que entre los días 24 de julio de 2006 y 24 de julio de 2008, las demandadas ajustaron sus procedimientos de contratación de avisaje al marco regulatorio establecido en la ley N°19.886, de 2003 y su reglamento;

Vigésimo tercero: Que, en lo que dice relación con la Revista Punto Final, de los distintos antecedentes que obran en autos, en particular de la información contenida en la contestación de la demanda de autos por parte del CDE, específicamente, a fojas 69 y 70 y de los testimonios contenidos a fojas 672 y siguientes y 684 y siguientes, consta que, a pesar de estar inscrita en los registros que la habilitan para hacerlo, la Revista Punto Final no concursó en los procesos licitatorios de avisaje realizados por la Dirección de Compras y Contratación Pública en el período señalado en la consideración anterior y tampoco en el año 2005, esto es, las licitaciones de convenios marcos 22390-16-LP 05 y 2239-31-LP06, hecho que se tiene por acreditado, toda vez que no obra en autos antecedente alguno que permita

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

desvirtuarlo, por lo que mal podría la demandante reclamar por no haber sido adjudicada en las mismas;

Vigésimo cuarto: Que los únicos antecedentes que obran en el proceso acerca de las participaciones de los oferentes en el mercado de la prensa escrita están contenidos en la propia demanda y en el referido informe de la FNE, el que indica que la participación de mercado, en términos de circulación de periódicos, a diciembre de 2006, fue de un 53% para los periódicos de Empresas El Mercurio S.A.P., y un 43% para los de Copesa S.A. y que los restantes medios tienen una participación muy escasa. Que en el mismo sentido, como se dijo en lo expositivo, la propia demandante, cita un libro de don Walter Krohne, que testificó en autos, en el que sostiene que El Mercurio y La Tercera tienen un tiraje de 600.000 ejemplares y los medios escritos que denomina “independientes” como *RPF, The Clinic, El Periodista, El Siglo, Le Monde Diplomatique* y la desaparecida revista *Rocinante*, uno de alrededor de 5.580 ejemplares. Según la actora, lo anterior no derivaría de la eficiencia empresarial de los grandes medios mencionados sino del fortalecimiento de los mismos derivado de la publicidad, el avisaje y el crédito oficial o público. Sin embargo, esta afirmación, que no se acreditó de modo alguno en el proceso, no parece tampoco probable si se considera que, según se indica a fojas 479, en el informe de la FNE, “*Con todo, las cifras de avisaje estatal son un porcentaje ínfimo de los ingresos por publicidad de los dos principales consorcios periodísticos*”.

Vigésimo quinto: Que en efecto, el informe de la Comisión Especial Investigadora sobre el Avisaje de Estado de la Honorable Cámara de Diputados, rolante a fojas 325 y siguientes, concluye, sobre la base de datos proporcionados por la Dirección de Presupuesto, que la inversión y/o gasto del Estado de Chile en avisaje, es marginal en relación con la empresa privada. El Informe señala que el Estado gastó 13.570 millones de pesos en el año 2004, 21.000 millones de pesos en el año 2005 y 10.000 millones de pesos al mes de agosto de 2006, siendo que el total de gasto en publicidad en medios de comunicación en general es del orden de los 700 millones de dólares. Esto significa que si se considera el tipo de cambio del 19 de julio de 2007, fecha en que se firmó el referido Informe, el gasto estatal en avisaje, representaría aproximadamente un 4% del gasto total por este concepto;

Vigésimo sexto: Que con respecto a esto último, cabe tener presente que estas cifras, al parecer, no estarían desagregadas de modo tal que permita tener la información precisa en lo referente a la prensa escrita en particular. De cualquier forma, aun cuando la inversión en publicidad en prensa escrita realizada por el Estado fuese marginal respecto de la de los particulares, probablemente representaría una fuente de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ingresos relevante para cualquier medio escrito, especialmente los de menor tamaño relativo, tales como los de alcance geográfico limitado y aquellos que apuntan a un nicho del público muy específico;

Vigésimo séptimo: Que, por su parte, la propia demanda indica que, un 48% de la inversión estatal en el período indicado habría sido realizada en los diarios de la empresa El Mercurio, un 29% en los diarios del grupo COPESA y un 15% en otros medios de prensa independiente. En consecuencia, según los antecedentes antes indicados, el avisaje estatal en los medios de prensa más pequeños habría sido incluso superior a sus participaciones de mercado, y el avisaje en los diarios de El Mercurio S.A.P. y Copesa S.A. inferior a las mismas. Cabe tener presente que no existen antecedentes en autos que permitan saber si estas cifras fueron elaboradas o no incluyendo en esos cálculos al Diario Oficial –destinatario de parte significativa del avisaje de los órganos públicos por mandato legal- ya sea autónomamente o como parte del diario La Nación S.A. dato que podría modificar las participaciones de mercado relevantes para efectos de esta causa;

Vigésimo octavo: Que a mayor abundamiento, cabe señalar, que no se rindió en autos prueba alguna que demuestre que la demandante tenga una razonable circulación en algún segmento del mercado que justifique una inversión estatal en dicho medio mayor a la existente;

Vigésimo noveno: Que, en conclusión, no existe en el expediente del proceso antecedente probatorio alguno que permita acreditar que las demandadas hayan discriminado arbitrariamente en contra de la demandante en la contratación de avisaje estatal, ni antecedentes económicos que permitan concluir que las demandadas debieron contratar una mayor cantidad de avisaje en la Revista Punto Final;

Trigésimo: Que de las consideraciones anteriores queda de manifiesto, entonces, que no está acreditado en autos la existencia de infracciones al Decreto Ley N° 211 atribuibles a los ministerios demandados que hayan podido afectar a la actora en lo que dice relación con su posibilidad de competir en el mercado relevante en el período analizado, por lo que la demanda debe ser desestimada;

Trigésimo primero: Que sin perjuicio de todo lo antes razonado, este Tribunal estima importante realizar algunas consideraciones respecto de las características del mercado de los medios de comunicación escritos y la necesaria coherencia que debe guardar la forma en que se asigna el avisaje estatal con dichas características;

Trigésimo segundo: Que, en concepto de este Tribunal, es público y notorio que uno de los factores importantes que diferencian a los medios de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

comunicación en general y los escritos en particular, es el alcance o cobertura de público al que llegan, tanto desde un punto de vista geográfico como desde la perspectiva del segmento de la población al que están destinados. Así, algunos medios de comunicación escritos privilegian la masividad y el pluralismo y otros, en cambio, pretenden desarrollarse en un determinado nicho de lectores;

Trigésimo tercero: Que, en consecuencia, a juicio de estos sentenciadores la adjudicación del avisaje estatal en medios de comunicación escrito debiera considerar –tal como obviamente lo hacen las empresas o particulares que contratan avisaje-, además de los factores relacionados con los costos que debe asumir el Estado, la circunstancia de que el medio seleccionado para enviar un mensaje sea el idóneo para alcanzar a la mayor cantidad de destinatarios entre aquellos a los que va dirigido. Al respecto, consta a fojas 794 que, el Ministerio de Hacienda considera que la determinación de los criterios utilizados para la elección de los adjudicatarios “...se encuentra entregado a la Dirección de Compras Públicas (sic), ente que selecciona, mediante licitación pública, los prestadores autorizados para todos los organismos afectos al sistema electrónico de adquisiciones, no teniendo, por ende, ni este ni ninguno de los servicios de la Administración del Estado injerencia en el proceso de selección de los oferentes, limitándose a encargar sus adquisiciones a proveedores validados por la Dirección precitada”;

Trigésimo cuarto: Que de los antecedentes proporcionados por las propias demandadas y que rolan a fojas 773 y siguientes, 166 y siguientes y 784 y siguientes, para el caso de Mideplan, 791 y siguientes, para el del Ministerio de Justicia y 824 para el del Ministerio de Hacienda, de las alternativas que la ley 19886 entrega para efecto de adjudicar la adquisición de bienes y servicios por parte de los ministerios denunciados en autos, se desprende que éstos utilizan prácticamente en forma exclusiva los sistemas de “convenio marco” y “contratación directa”, procedimiento, este último, que la ley antes referida contempla como excepcional. Así, en los casos informados en autos, el Ministerio de Justicia contrató su avisaje mediante convenio marco en un 85% de ellos y mediante contratación directa en un 15% (lo que podría tener explicación en la relación que tiene con el Diario Oficial). Por su parte, Mideplan, en los casos informados en autos, utilizó en un 65% de las ocasiones el mecanismo de convenio marco y en un 35% el de contratación directa;

Trigésimo quinto: Que lo anterior implica que las secretarías de Estado en cuestión deciden principalmente los medios a contratar de entre aquellos que se han adjudicado la suscripción de un convenio general de suministro de un bien o servicio al Estado por un período relativamente prolongado en una licitación, convocada por la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Dirección de Compras y Contratación Pública (convenio marco), o derechamente, contratando al proveedor que les ofrezca mejores condiciones económicas que las contenidas en el convenio marco vigente (contratación directa);

Trigésimo sexto: Que la práctica de utilizar estos mecanismos de adjudicación entrega a los funcionarios encargados de seleccionar, en cada caso específico, al proveedor para contratar el avisaje determinado, un amplio margen de discrecionalidad que podría implicar riesgos para la competencia en el mercado respectivo. En la utilización de ese margen de discrecionalidad los funcionarios debiesen, siempre y en todo caso, ajustarse a las normas de orden público sobre defensa de la competencia contenidas en el Decreto Ley N° 211;

Trigésimo séptimo: Que, en esa misma línea, y también con miras a adoptar las mejores prácticas en la adjudicación de avisaje, es aconsejable que la Dirección de Compras Públicas o, en su caso, los propios ministerios o servicios públicos, además de utilizar el “auto-reporte” que los propios interesados en ganar un concurso les entregan -mecanismo usado según reconoce el Consejo de Defensa del Estado a fojas 66 y Mideplan a fojas 781- debiera utilizar toda aquella información razonablemente disponible relativa a tiraje, lectoría y público objetivo al que llegan. Al efecto, según consta en autos, existen empresas especializadas en el mercado a las que puede recurrir el Estado directamente para obtener dicha información, asegurando así, por un lado, la exactitud de la misma y minimizando, por el otro, que una eventual asimetría en los recursos de las empresas periodísticas pueda afectar la posibilidad de alguna de ellas de participar en una licitación;

Trigésimo octavo: Que, en síntesis, desde el punto de vista de la competencia en este mercado, es deseable que los órganos del Estado que avisan en los medios escritos de comunicación recaben al menos la información mínima indispensable para poder decidir qué medio es el más idóneo para transmitir un determinado mensaje, lo que supone que dichos órganos accedan -previo a las adjudicaciones y en el marco de los procesos licitatorios- a información sobre tiraje y lectoría lo más precisa que sea posible, tanto en términos generales como en lo relativo a los distintos segmentos de mercado a los que esté dirigido un determinado medio de comunicación;

Trigésimo noveno: Que por esa razón, y para efectos de asegurar la libre competencia en la industria de los medios de comunicación escritos, este Tribunal estima que la inversión de publicidad estatal debe efectuarse bajo criterios

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

transparentes, objetivos, no discriminatorios lo que se facilitaría si se realiza mediante procesos de adjudicación en los que se recabe la información necesaria para tomar decisiones técnicamente fundadas, transparentes y objetivas por parte de la autoridad.

Y TENIENDO PRESENTE, lo dispuesto en los artículos 1º, 2º, 3º, 18º N° 1), 26º y 29º del texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, publicado en el Diario Oficial de fecha 7 de marzo de 2005, y en el artículo 170 N° 6 del Código de Procedimiento Civil,

SE RESUELVE:

1) Rechazar las tachas interpuestas en contra de los testigos señora Faride Zerán Chelech, señor Ciro Andrés Cornejo Lorca, señor Pablo Prüssing Fuchslocher y señora María Trinidad Inostroza Castro; y,

2) Rechazar la demanda interpuesta, a fojas 7, por la Sociedad Editora, Impresora y Distribuidora de Publicaciones y Videos Punto Final S.A. en contra de los Ministerios de Hacienda, de Justicia y de Planificación y Cooperación, sin costas.

Notifíquese a las partes y transcríbese al señor Fiscal Nacional Económico y al Sr. Director de la Dirección de Compras y Contratación Pública, archívese en su oportunidad.

Rol C N° 171-08.

Pronunciada por los Ministros Sr. Eduardo Jara Miranda, Presidente, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Sr. Radoslav Depolo Razmilic, Sr. Tomás Menchaca Olivares y Sr. Julio Peña Torres. No firma la ministra Sra. Butelmann, no obstante concurrir al acuerdo, por estar ausente. Autorizada por el Secretario Abogado Sr. Javier Velozo Alcaide.

ANEXO N° 2

CORTE SUPREMA. Sentencia Rol C-9148-2009 del 26 de abril del año 2010. Recurso de Reclamación “Demanda de la Revista Punto Final contra los Ministerios de Hacienda y Otros”.

Santiago, veintiséis de abril de dos mil diez.

Vistos:

En estos antecedentes Rol N° 9148-2009 se trajeron los autos en relación para conocer de la reclamación interpuesta en contra de la sentencia de doce de noviembre del año dos mil nueve, dictada a fojas 845 por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Dicha resolución rechazó la demanda interpuesta por la Sociedad Editora, Impresora y Distribuidora de Publicaciones y Videos Punto Final S.A. (en adelante Revista Punto Final) respecto de los Ministerios de Hacienda, de Justicia y de Planificación y Cooperación, por supuestas prácticas contrarias a las normas de defensa de la libre competencia, que estarían constituidas por la concentración injustificada de avisaje en medios escritos realizado por esas reparticiones en las dos grandes cadenas periodísticas -las de El Mercurio y Consorcio Periodístico S.A (Copesa), en desmedro de otras empresas del rubro -entre ellas la actora- a las que la demandante denomina “prensa independiente”.

La sentencia rechazó la demanda interpuesta, sin costas, al concluir que no existe antecedente probatorio alguno que permita acreditar que las demandadas hayan discriminado arbitrariamente en contra de la demandante en la contratación de avisaje estatal, ni antecedentes económicos que permitan concluir que las demandadas debieron contratar una mayor cantidad de avisaje en la Revista Punto Final.

Que sin perjuicio de lo resuelto, el Tribunal realizó algunas recomendaciones acerca de las características del mercado de los medios de comunicación escritos en orden a apuntar que desde la perspectiva de la competencia es deseable que los órganos del Estado que avisan en los medios escritos deben recabar la información mínima indispensable para poder decidir cuál medio es el más idóneo o eficaz para transmitir un determinado mensaje. Ello supone que dichos órganos accedan, previo a resolver las adjudicaciones y durante los mismos procesos licitatorios, a la información lo más precisa posible sobre lectoría, tiraje y público objetivo a los que están dirigidos los medios de comunicación.

El procedimiento se inició, como se dijo, por la demanda de Revista Punto Final, de fecha 24 de julio de 2008, la que se hace consistir en el hecho que los demandados realizan su inversión publicitaria en prensa escrita de manera preferente en las cadenas periodísticas de El Mercurio y Copesa (La Tercera). Se sostiene que esta forma parcializada e injusta en que el Estado reparte y distribuye su publicidad tiene como resultado que dichas empresas de comunicación, que representan casi los mismos intereses y visiones políticas, utilicen cuantiosos recursos fiscales que les permiten copar el mercado de diarios y revistas, haciendo de la libre competencia una absoluta ficción. Ambas compañías controlan entre un 85 y un 95 por ciento de la prensa escrita, y representan una especie de duopolio ideológico de derecha o conservador.

Para la actora los principales receptores de la inversión publicitaria estatal fueron: en un 48% los diarios de la empresa El Mercurio, en un 29% los del grupo Copesa, esto es, el 77% del total de la inversión publicitaria. A la prensa independiente, en cambio, le correspondió el 15% de dicha inversión.

Precisa luego que los ministerios demandados contrataron un 70% de su publicidad con la cadena El Mercurio.

Añade que no existe claridad sobre la forma en que se distribuyen los recursos de inversión publicitarios de los servicios públicos. Si bien la revista Punto Final y otros medios independientes se encuentran inscritos en el sistema "Chile-Compra", la publicidad estatal se canaliza a los grandes medios por vías que no se condicen con la igualdad de oportunidades y la libre competencia. Estas vías, dice, son tarifas y descuentos especiales y tratos y convenios directos con las empresas favorecidas, vulnerando la Ley 19.886 o Ley de Compras Públicas sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

A continuación, explica que estas infracciones a la libre competencia -ya sea a través de la discriminación o bien por la concentración empresarial- afectan también la libertad de expresión, opinión e información consagradas en la Ley de Prensa. En efecto, expone que el artículo 37 de la Ley 19.733 prescribía que para -efectos de lo dispuesto en el DL 211, se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que tienden a impedir la libre

competencia, los que entran en la producción de informaciones, el transporte, la distribución, circulación, el avisaje y la comercialización de los medios de comunicación-. Este precepto, enfatiza, permite establecer la relación directa que existe entre la libre competencia y la libertad de expresión, especialmente cuando el avisaje por parte de los órganos del Estado se canaliza sólo a través de dos grandes consorcios periodísticos, marginando a los demás medios de comunicación que, como la revista Punto Final, no recibe ningún avisaje de parte de reparticiones públicas, siendo los ingresos provenientes por este concepto, a su juicio, indispensables y necesarios para la mantención de un medio de comunicación social.

A fojas 50, el Consejo de Defensa del Estado contestó la demanda en representación de los tres ministerios demandados. En primer término, precisa que el avisaje publicitario que deben contratar dichos organismos debe efectuarse bajo el marco regulatorio de la Ley 19.886 (2003) (Ley de Compras Públicas) y su D.S. N°250, ambos del Ministerio de Hacienda. Los mecanismos que ese marco jurídico les permite son: los convenios marcos; la licitación pública; la licitación privada y los tratos o contratación directa. Estas dos últimas formas de contratación, dado su carácter excepcional, requieren una resolución previa fundada que las disponga y siempre que se cumplan las condiciones que las hacen procedentes.

Manifiesta que la Dirección de Compras y Contratación Pública, servicio público descentralizado creado por la Ley 19.886 para administrar el sistema de contratación pública, debe, de oficio o a petición de uno o más organismos públicos, licitar bienes y servicios a través de la suscripción de convenios marco, regulados en el reglamento de la Ley de Compras. Así, respecto de los bienes y servicios objetos de dicho convenio marco, los organismos públicos están obligados a comprar bajo ese convenio, relacionándose directamente con los contratistas adjudicados por la Dirección, salvo que, por su propia cuenta obtengan directamente condiciones más ventajosas. En este último caso, deberán mantener los respectivos antecedentes para su revisión y control posterior por parte de la correspondiente entidad fiscalizadora.

Se destaca que en los procesos de contratación, la Ley y su reglamentación consideran siempre la posibilidad de la entidad licitante de recurrir a

contratación directa, en la medida que ésta ofrezca condiciones más ventajosas que el convenio marco.

Si no se usan los convenios marco, agrega, las demandadas deben sujetarse a estrictos procesos de cotización y adquisición para contratar la publicidad y avisaje y recibir las ofertas por los sistemas electrónicos o digitales establecidos por la Dirección de Compras y Licitación Pública.

Expone que la demandante, no obstante encontrarse inscrita en el Registro Electrónico de Proveedores, jamás ha cuestionado ante el Tribunal de Contratación Pública -órgano jurisdiccional competente para conocer de la acción de impugnación de los procedimientos administrativos de contratación de los organismos públicos regidos por la ley- los utilizados por los ministerios demandados, cuando éstos han adjudicado a algún medio los servicios de publicidad escrita para difundir sus políticas, planes y programas.

En la especie, hace presente que la Dirección de Compras ha suscrito en los años 2005 y 2006 dos convenios marco referidos al avisaje en diarios impresos y electrónicos, para los cuales se llamó a licitación pública. En la elaboración de las respectivas bases, Chile Compra utilizó criterios públicos y transparentes de evaluación con ponderaciones también conocidas por los oferentes y proveedores al momento de postular.

En estas licitaciones, postularon varios medios, entre los que se cuentan El Mercurio y La Tercera, los que finalmente fueron adjudicatarios juntos a otros medios.

Seguidamente manifiesta que Mideplan informó a la Cámara de Diputados -a raíz de una investigación que desarrolló dicho órgano legislativo sobre la materia que nos ocupa- que no adjudicó ningún contrato de avisaje a El Mercurio o a Copesa durante el año 2005. En el 2006, uno de veintiocho proyectos fue adjudicado a Copesa. En el 2007, dos a El Mercurio y uno a La Tercera de un total de veintiséis. En el año 2008, de once proyectos de avisaje adjudicados, uno fue publicado por el diario La Cuarta.

Luego, en el caso del Ministerio de Justicia, se recabó que la mayoría del avisaje se contrata con La Nación, pues de él depende el Diario Oficial en el

que por ley deben publicarse las normas jurídicas oficiales. Durante el 2008, mediante convenio marco, sólo se hizo una publicación en El Mercurio.

Finalmente, se enfatiza que la contratación de avisaje tiene lugar dentro de un estricto marco legal y reglamentario, regido preferentemente por normas de Derecho Público.

Arguye que la demandante pretende sostener que por el mero hecho de que los ministerios indicados no invierten recursos de avisaje publicitario en su revista, sino que la canalizan a través de los mecanismos jurídicos contemplados en la aludida Ley de Compras, estarían incurriendo en la conducta descrita en el artículo 37 citado, esto es, estarían trabando o impidiendo el desarrollo del avisaje o el desenvolvimiento de la Revista Punto Final.

La sentencia reclamada, en primer término, definió el mercado relevante para efectos de esta causa como el de la prensa escrita, sin perjuicio que las conductas denunciadas se relacionan directamente con su avisaje y, específicamente, con la inversión en publicidad realizada por el Estado en dichos medios de comunicación.

En seguida, consignó que el Estado en su obligación de utilizar en forma lo más eficiente posible los recursos fiscales, debe velar para que sus avisos sean conocidos por la mayor cantidad de lectores del público objetivo al que se quiere llegar, al mínimo costo posible. Añade que precisamente con ese fin -y para minimizar los riesgos de ocurrencia de discriminaciones arbitrarias y de mal uso de recursos fiscales- es que se han establecido estrictos procedimientos para la contratación pública. Recalca, por una parte, que en autos no se ha sostenido que dichas normas hayan sido infringidas en modo alguno y, que además, es un hecho no controvertido que la demandante, estando afiliada a los Registros Electrónicos de Proveedores del Estado, no habría ocurrido al Tribunal de Contratación Pública, establecido en la Ley de Compras Públicas, cuando los demandados han adjudicado a otros medios la publicidad y el avisaje.

Luego, el fallo deja asentado que sin perjuicio de lo anterior, la circunstancia que los actos y contratos a que se refiere esta causa, esto es, la contratación

por parte de los ministerios demandados de avisaje estatal, se realicen con sujeción plena a los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos, ello no implica que no puedan verse afectados otros bienes jurídicos como aquellos que han de ser tutelados en esta sede, cuando el Estado actúa como oferente o demandante de bienes y servicios en los mercados, actividad económica del Estado que también debe sujetarse a lo preceptuado en la legislación de defensa de la libre competencia.

Acorde a lo expuesto, la sentencia precisó que lo que corresponde a dicho Tribunal es analizar entonces si en la especie se encuentra acreditado en el proceso que las demandadas al invertir en publicidad en prensa escrita, han discriminado arbitrariamente en contra de Punto Final o han realizado cualquier otro acto que constituya una infracción a la libre competencia de aquellas descritas en el artículo 3° del DL 211, pues el artículo 37 de la Ley de Prensa, vigente al momento de interponer la demanda de autos, está hoy derogado.

Acerca del ámbito temporal de su competencia, indica que habiéndose interpuesto la demanda el día 24 de julio de 2008, el Tribunal deberá limitarse a juzgar las conductas de las demandadas en el término comprendido entre los días 24 de julio de 2006 y 24 de julio de 2008, conforme al artículo 20 que establece un plazo de prescripción de dos años para las acciones que contempla el DL N° 211.

Los sentenciadores dan por establecido, en primer término, que conforme a los antecedentes probatorios que constan en autos, puede concluirse que entre los días 24 de julio de 2006 y 24 de julio de 2008, las demandadas ajustaron sus procedimientos de contratación de avisaje al marco regulatorio establecido en la Ley 19.886 y su Reglamento.

También se tuvo por acreditado que la Revista Punto Final no concursó en los procesos licitatorios de avisaje realizados por la Dirección de Compras y Contratación Pública en el período señalado y tampoco en el año 2005, esto es, las licitaciones de los dos convenios marcos antes mencionados, por lo que, estiman los jueces del tribunal antimonopólico, mal podría la demandante reclamar por no haber sido adjudicada en las mismas.

A continuación, el fallo alude a las participaciones de los oferentes en el

mercado de la prensa escrita, consignándose que en términos de circulación de periódicos, a diciembre de 2006, fue de un 53% para los periódicos de Empresas El Mercurio y un 43% para los de Copesa, y que los restantes medios tienen una participación muy escasa, según señala un informe de la Fiscalía Nacional Económica agregado a estos autos. Y acudiendo a datos proporcionados por la propia demandante, se pone de manifiesto que El Mercurio y La Tercera tendrían un tiraje de 600.000 ejemplares y los medios escritos que denomina “independientes” como Punto Final, The Clinic, El Periodista, El Siglo, Le Monde Diplomatique, uno de alrededor de 5.580 ejemplares. Si bien la actora afirmó en su requerimiento que lo anterior no derivaría de la eficiencia empresarial de los grandes medios mencionados, sino del fortalecimiento de los mismos derivados de la publicidad, el avisaje y el crédito oficial o público, la sentencia cuestionó dicho planteamiento, sosteniendo que, además de no haberse acreditado, tal argumentación no aparece probable, pues según el citado informe de la Fiscalía Nacional Económica, -las cifras de avisaje estatal son un porcentaje ínfimo de los ingresos por publicidad de los dos principales consorcios periodísticos.

A mayor abundamiento, el fallo enfatiza que en la propia demanda se dijo que un 48% de la inversión estatal en el período señalado habría sido realizada en los diarios de la empresa El Mercurio, un 29% en los diarios del grupo Copesa y un 15% en otros medios de prensa independiente.

En consecuencia, arguye la sentencia recurrida, según esos antecedentes, el avisaje estatal en los medios de prensa más pequeños habría sido incluso superior a sus participaciones de mercado; y, a su vez, el avisaje en los diarios El Mercurio y Copesa inferior a las mismas.

Finalmente, la sentencia decide la cuestión en los siguientes términos:

- Que, en conclusión, no existe en el expediente del proceso antecedente probatorio alguno que permita acreditar que las demandadas hayan discriminado arbitrariamente en contra de la demandante en la contratación de avisaje estatal, ni antecedentes económicos que permitan concluir que las demandadas debieron contratar una mayor cantidad de avisaje en la revista Punto Final;

- Que queda de manifiesto entonces que no está acreditado en autos la existencia de infracciones al DL 211 atribuibles a los ministerios demandados que hayan podido afectar a la actora en lo que dice relación con su posibilidad de competir en el mercado relevante en el período analizado, por lo que la demanda debe ser desestimada;

Luego, el fallo formula ciertas consideraciones respecto de las características del mercado de los medios de comunicación escritos y la necesaria coherencia que debe guardar la forma en que se asigna avisaje estatal.

En ese sentido, a juicio del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, la adjudicación del avisaje estatal en los medios de comunicación escritos debiera considerar -tal como obviamente lo hacen las empresas o particulares que contratan avisaje- además de los costos que debe asumir el Estado, la circunstancia que el medio seleccionado para enviar el mensaje sea el idóneo para alcanzar a la mayor cantidad de destinatarios entre aquellos a los que va dirigido;

Manifiesta que de los antecedentes allegados a los autos, aparece que de las alternativas que la Ley 19.886 entrega para efecto de adjudicar la adquisición de bienes y servicios por parte de los ministerios denunciados, éstos utilizan prácticamente en forma exclusiva los sistemas de “convenio marco” y “contratación directa”, procedimiento este último, que la ley antes referida contempla como excepcional. Así, el Ministerio de Justicia informó que contrató su avisaje mediante convenio marco en un 85% de ellos y mediante contratación directa en un 15%. Por su parte, Mideplan que utilizó en un 65% de las ocasiones el mecanismo de convenio marco y en un 35% el de contratación directa. A su vez, el Ministerio de Hacienda indicó que la determinación de los criterios utilizados para la elección de los adjudicatarios se encuentra entregado a la Dirección de Compras Públicas, ente que selecciona mediante licitación pública, los prestadores para todos los organismos afectos al sistema electrónico de adquisiciones, limitándose a encargar sus adquisiciones a los proveedores validados por dicha repartición.

Ello implica que las Secretarías de Estado en cuestión deciden principalmente los medios a contratar de entre aquéllos que se han adjudicado la suscripción de un convenio general de suministro de un bien o servicio al Estado por un

período relativamente prolongado en una licitación, convocada por la Dirección de Compras (convenio marco), o derechamente, contratando al proveedor que les ofrezca mejores condiciones económicas que las contenidas en el convenio marco vigente (contratación directa).

De esta manera, la práctica de utilizar estos mecanismos de adjudicación, entrega a los funcionarios encargados de elegir, en cada caso específico, al proveedor para contratar un aviso determinado, un amplio margen de discrecionalidad que podría implicar riesgos para la competencia en el mercado respectivo. En la utilización de ese margen de discrecionalidad, los funcionarios debiesen siempre y en todo caso ajustarse a las normas de orden público sobre defensa de la competencia.

Expresa que desde el punto de vista de la competencia en este mercado, es deseable que los órganos del Estado que avisan en los medios escritos de comunicación recaben al menos la información mínima indispensable para poder decidir qué medio es el más idóneo para transmitir un determinado mensaje (información relativa a tiraje, lectoría y público objetivo al que llega el medio).

Por esta razón y para efectos de asegurar la libre competencia en la industria de los medios de comunicación escritos, el Tribunal sugiere que la inversión de publicidad estatal deba efectuarse bajo criterios transparentes y no discriminatorios lo que se facilitaría si se realiza mediante procesos de adjudicación en los que se recabe la información necesaria para tomar decisiones técnicamente fundadas, transparentes y objetivas por parte de la autoridad.

Como se dijo previamente, dicha sentencia fue objeto del recurso de reclamación por parte de la demandante.

Mediante este arbitrio de impugnación, hace presente que la sentencia reclamada se limita única y exclusivamente a analizar las eventuales infracciones al DL N° 211, prescindiendo de analizar las infracciones a la Ley N°19.733, bajo la argumentación que la referencia al artículo 37 de esta última ley sobre libertad de opinión e información -vigente al momento de interponer la demanda de autos, está hoy derogada-. De esta forma, estima, el fallo elude

pronunciarse sobre la violación de esta norma legal, omisión que constituye un verdadero acto de denegación de justicia y una renuncia expresa al ejercicio de la función jurisdiccional.

Recalca que la relación entre la libre competencia y la libertad de opinión, la relación entre el DL 211 y la Ley 19.733, es de la esencia de esta demanda, de modo que el rechazo de la misma omitiendo toda referencia a esta relación constituye una infracción de ley que influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

Por último, sostiene que la sentencia es contradictoria. Explica que sus considerandos finales concluyen que la práctica de contratación del avisaje publicitario por parte de los Ministerios de Hacienda, Justicia y Mideplán es contraria a la normativa sobre la libre competencia, no obstante lo cual la parte resolutive del fallo rechaza la demanda de la revista Punto Final.

CONSIDERANDO:

Primero: Que en relación con lo así resuelto ha de pronunciarse esta Corte Suprema sobre la base del recurso de reclamación interpuesto.

Cabe precisar que no se ha denunciado por la actora que los ministerios demandados hayan infringido los procedimientos establecidos por la Ley N° 19.886 para la contratación pública. Esto es, no está en discusión que las Secretarías de Estado respecto de las cuales se dirige esta reclamación han contratado en la prensa escrita el avisaje que requieren para difundir sus planes y programas, con sujeción plena al marco legal y reglamentario que rige esta materia;

Segundo: Que asentada dicha premisa, las imputaciones formuladas por la revista Punto Final en contra de los demandados en cuanto a que éstos la discriminan arbitrariamente al invertir en publicidad quedan sin sustento, puesto que tales reparticiones públicas no han incurrido en la infracción de disposición alguna que las hubiere obligado a adjudicar sus servicios de publicidad de una forma distinta a la realizada;

Tercero: Que ampliando lo dicho, la adjudicación de la mayor parte del avisaje

estatal en los medios de prensa escrita bajo la modalidad de “convenio marco”, no constituye una barrera de entrada al mercado, puesto que -como se consignara en la parte expositiva de esta sentencia- siempre se permite el ingreso de nuevos competidores que ofrezcan mejores condiciones a las brindadas por los proveedores incorporados en el convenio marco;

Cuarto: Que acoger la pretensión de la reclamante en orden a compeler a organismos públicos a destinar una parte importante de sus gastos en avisaje a favor de ciertos y determinados medios de comunicación escritos, entre éstos, la Revista Punto Final “prensa independiente” según la denomina la demandante- pugna con aquellas mismas sugerencias o consideraciones vertidas en el fallo y sobre las que hace sustentar su reclamación, esto es, que la adjudicación del avisaje estatal en la prensa escrita debe considerar, además de los costos económicos, la circunstancia que el medio elegido sea el idóneo para alcanzar a la mayor cantidad de destinatarios entre aquéllos a los que va dirigido;

Quinto: Que, en efecto, de seguir los planteamientos de los representantes de la Revista Punto Final, los organismos del Estado tendrían que optar por medios de prensa más dispendiosos y de circulación más restringida para, a través de esta vía, propender a un mayor pluralismo informativo.

Esta última decisión, como se advierte, carecería de las características de transparencia, objetividad y técnicamente fundada, a las que aspira el tribunal especializado para asegurar la libre competencia;

Sexto: Que, en esas condiciones, la distribución del avisaje estatal en un determinado medio de prensa escrita, además de haberse ejecutado dentro de procedimientos administrativos estrictamente regulados, tiende a guardar estrecha relación con la circulación de esos medios, como lo dictaminó la Fiscalía Nacional Económica ante una denuncia del director de la Revista Punto Final;

Séptimo: Que, así las cosas, esta concentración de avisaje en dos grandes cadenas periodísticas -injustificada y parcial a juicio de la Revista Punto Final- sólo deriva de asignar el avisaje estatal sobre la base de criterios de mercado,

como son el índice de lectoría de cada medio escrito y los destinatarios a los que va dirigido el mensaje que se persigue comunicar;

Octavo: Que acceder a las peticiones de este recurso conllevaría instalar a favor de algunos medios de prensa una discriminación positiva, la que corresponde ser declarada por una ley y la carencia de esa norma, no puede ser suplida mediante la utilización sesgada del avisaje estatal en pos de apoyar -aun reconociendo la legitimidad de esta pretensión- una mayor diversidad informativa;

Noveno: Que sin perjuicio que no se advierte que la decisión del fallo reclamado de desestimar el requerimiento de la Revista Punto Final se contradiga con los considerandos finales del mismo, en lo que dice relación con las recomendaciones que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia formula en la consideración trigésimo novena de su fallo, si la pretensión de ese tribunal era exhortar al mercado o a poderes públicos en materia de procesos de licitación o adjudicación, bien pudo recurrir en la forma que corresponda a la facultad que expresamente le confiere el numeral 4° del artículo 18 del Decreto Ley N° 211, en orden a proponer tanto -la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentos que estime contrarios a la libre competencia como también la dictación de preceptos legales y reglamentos cuando sea necesario para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas-;

Décimo: Que atento lo razonado en las consideraciones anteriores es que se procederá a rechazar la reclamación interpuesta.

Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 18 N° 1, 20 y 27 del D.F.L. N° 1 del año 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, se declara:

Que **se rechaza** el recurso de reclamación deducido en la presentación de fojas 866 por la demandante, Sociedad Editora, Impresora y Distribuidora de Publicaciones y Videos Punto Final S.A. en contra de la sentencia de doce de noviembre de dos mil nueve, escrita a fojas 845.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Pierry.

Rol N° 9148-2009. Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño, Sr. Pedro Pierry, Sra. Sonia Araneda, Sr. Haroldo Brito y el Abogado Integrante Sr. Benito Mauriz. No firma, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo el Ministro Sr. Brito, por estar con feriado legal. Santiago, 26 de abril de 2010.

Autorizada por la Secretaria de esta Corte Sra. Rosa María Pinto Egusquiza.

En Santiago, a veintiséis de abril de dos mil diez, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

ANEXO N° 3

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia ROL N° 226, Requerimiento formulado por diversos diputados para que El Tribunal resuelva sobre la cuestión de constitucionalidad planteada durante la tramitación del Proyecto de Ley sobre "Libertad de Expresión, Información y Ejercicio del Periodismo", 30 de Octubre de 1995.



439 (cuatrocientos treinta y nueve)

1 Santiago, treinta de octubre de mil novecientos noventa y
2 cinco.

3 VISTOS:

4 Con fecha 2 de octubre del presente año los
5 señores Diputados Luis Valentín Ferrada, Andrés Chadwick,
6 Alberto Espina, Carlos Vilches, Alberto Cardemil, Víctor
7 Pérez, Iván Moreira, Juan Antonio Coloma, Pablo Longueira,
8 Darío Paya, Carlos Bombal, Cristián Leay, Patricio Melero,
9 Alejandro García-Huidobro, Pedro Pablo Alvarez-Salamanca,
10 Carlos Caminondo, Carlos Cantero, Angel Fantuzzi, José
11 Antonio Galilea, José García, José María Hurtado, Harry
12 Jürgensen, Carlos Ignacio Kuschel, Arturo Longton, Rosaura
13 Martínez, Eugenio Munizaga, Ramón Pérez, Marina Prochelle,
14 Baldo Prokurica, Claudio Rodríguez, Valentín Solís, Alfonso
15 Vargas, Carlos Valcarce y Osvaldo Vega, que constituyen más
16 de la cuarta parte de los miembros en ejercicio de la Cámara
17 de Diputados, han deducido un requerimiento de
18 constitucionalidad, en conformidad a lo dispuesto en el
19 artículo 82, N° 2°, de la Constitución Política de la
20 República, para que se declare la inconstitucionalidad del
21 artículo 1°, inciso tercero; artículo 9°, inciso primero;
22 artículo 20, inciso segundo, y artículo 43, inciso segundo,
23 del proyecto de ley sobre "Libertad de Expresión, Información
24 y Ejercicio del Periodismo".

25 Señalan los requirentes que estas cuatro
26 disposiciones del proyecto vulneran la Constitución en dos
27 sentidos diferentes. Por una parte, constituyen una
28 infracción de ella, al consagrar dos derechos en la
29 legislación que la Carta no consulta: "el derecho a la
30 información y el derecho a aclaración o rectificación frente

a la omisión." Respecto al derecho a la información afirman que no hay un solo precepto constitucional que lo haya establecido, y mal puede, en consecuencia, constituir una exigencia constitucional regular lo que ella jamás dispuso.

Por otra parte, exponen que la Constitución Política al establecer el derecho de rectificación como derecho fundamental, en el inciso tercero del N° 12, del artículo 19, delimitó la esfera del ejercicio de tal "garantía" a la circunstancia positiva de haber sido una persona ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social, y jamás extendió el citado derecho al indefinido campo del silencio o de la omisión, lo que sólo habría podido hacer si hubiese consagrado el derecho a la información.

Expresan que las normas objetadas, desde ese punto de vista, no son ni pueden ser "materias de ley", las que la Constitución define con precisión y exactitud, no encontrándose entre estas la regulación de aquellas.

Agregan que consideradas tanto en su conjunto como aisladamente, vulneran los siguientes derechos constitucionales que protegen a quienes han ejercido libremente el derecho a fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos en las condiciones que señala la ley, o han establecido, operado o mantenido canales de televisión o emisoras de radio y otros medios de comunicación social:

1°. La igualdad ante la ley, porque "ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias" entre las personas, y aquí se está frente al caso discriminatorio de que se impone a los editores de medios de comunicación social -como no se hace con ninguna otra

1 actividad legítima- la carga social exclusiva de soportar el
2 derecho a saber, que tendrían todos los integrantes de la
3 comunidad nacional, con un costo, y seguramente un daño o
4 perjuicio, que estos editores han de enfrentar con sus
5 propios recursos y medios.

6 2° La libertad de conciencia, pues la obligación
7 que se impone a los editores de divulgar, publicar o
8 comunicar todo cuanto se les exija por cualquiera, puede
9 suponer en muchas ocasiones una grave contradicción con la
10 línea editorial fijada por los editores en uso de su propia
11 libertad.

12 3°. La libertad de emitir opinión y la de informar
13 en cualquier forma y por cualquier medio, se limita en forma
14 radical con la obligación legal perentoria de "tener
15 necesariamente que informar, por voluntad de uno o más
16 terceros ajenos, de hechos, opiniones o circunstancias que,
17 libremente, jamás habría decidido informar". La libertad de
18 emitir opinión e informar supone la libre selección, dentro
19 de un flujo noticioso igualmente libre, de lo que cada editor
20 o persona desea o estima conveniente informar u opinar.

21 4°. La libertad de trabajo también es conculcada al
22 imponer a los periodistas serias limitaciones a su libertad
23 de seleccionar dentro del flujo noticioso. Establecida la
24 obligación de la manera que se propone, ningún periodista
25 sería libre para escoger las noticias y así, la sustancia del
26 sentido de su trabajo profesional habría sido gravemente
27 alterada, quedando su libertad de trabajo gravemente
28 atropellada.

29 5°. La igual repartición de los tributos y cargas
30 públicas. El proyecto impone, a través de las normas

1 impugnadas, un verdadero tributo a los medios de comunicación
2 social al hacerlos soportar sin pago ni reparación alguna el
3 ejercicio de un derecho que concede a 14 millones de
4 habitantes que, obligatoriamente para los medios, podrían
5 opinar e informar por medio de ellos, gratuitamente.

6 Se impone de este modo a ciertas personas una carga
7 sin reparación posible, de aparente beneficio para la
8 comunidad, lo que contradice el principio de igual
9 repartición de los tributos y cargas públicas.

10 6°. El derecho a desarrollar cualquier actividad
11 económica sin discriminaciones arbitrarias. El derecho a ser
12 informado y la extensión de la rectificación hasta la omisión
13 constituyen una limitación muy severa a la libertad de
14 desarrollar cualquier actividad económica legítima sin ser
15 objeto de discriminaciones arbitrarias en el trato que deben
16 dar el Estado y sus organismos en materias económicas.

17 7°. El derecho de propiedad y sus facultades
18 esenciales de usar, gozar y disponer libremente del bien
19 sobre el que recaen. Los legítimos propietarios de los medios
20 no podrían disponer libremente de ellos, obligados como
21 quedarían a recoger opiniones o noticias ajenas contra su
22 voluntad. Esta carga, limitación severa a una de las
23 facultades esenciales del dominio, cual es la de disponer
24 libremente del bien, constituye una verdadera expropiación
25 que no reúne ninguna de las formalidades que la Constitución
26 prescribe, y que queda exenta de todo pago o indemnización.

27 8°. El derecho que protege las creaciones
28 intelectuales. Un medio de comunicación es, por sobre todo,
29 una permanente creación intelectual, resultado de un largo y
30 complejo proceso de resoluciones que, al fin, tiene por fruto



1 cada edición. Al imponerse la obligación a los editores y
2 periodistas de los medios de comunicación social de recoger
3 contra su voluntad informaciones u opiniones no libremente
4 seleccionadas, se trasgrede también la protección de las
5 creaciones intelectuales.

6 9°. La seguridad de que los preceptos legales que,
7 por mandato de la Constitución, regulen o complementen las
8 garantías constitucionales no podrán afectar los derechos en
9 su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que
10 impidan su libre ejercicio. El proyecto tiene por objeto
11 regular y complementar los derechos constitucionales
12 relativos a la libertad de expresión y de información. Sin
13 embargo, las normas impugnadas, lejos de regular y
14 complementar dichos derechos fundamentales, los alteran,
15 modifican y extienden arbitrariamente a situaciones que el
16 espíritu que los inspira nunca concibió.

17 De este modo, no se está frente a una regulación o
18 complementación de un derecho constitucional, claro y
19 preciso, sino de una suerte de creación, por vía legal, de
20 normas nuevas no consagradas en la Constitución y que sólo
21 podrían tener ese rango.

22 Los requirentes hacen especial mención,
23 estudio y reflexión respecto del artículo 43 del proyecto,
24 destinado a limitar severamente la extensión eventual y
25 posible del dominio en un medio de comunicación social por
26 parte de una persona natural o jurídica.

27 Señalan que dicha disposición pretende imponer
28 la condición o requisito que, en el ámbito de la prensa
29 escrita, ninguna persona pueda ser propietaria de "más del
30 30% del mercado informativo nacional", ya sea sola o asociada

1 con otras; y que ninguna persona podrá tener o ejercer el
2 control directo o indirecto, sola o asociada con otras, de
3 más de igual porcentaje de la distribución de los diarios de
4 información general.

5 Por otra parte, la misma norma añade que
6 ninguna persona podría tener más del 15% del mercado
7 informativo general, porcentaje que aumenta a un 20% en el
8 evento de asociaciones o sociedades. Y, finalmente, pretende
9 que el "dominio de dos o más tipos diversos de medios de
10 comunicación en un mismo mercado, por una persona natural o
11 jurídica sola o asociada con otra u otras", será sancionado
12 como acto monopólico por presunción legal.

13 Estiman los requirentes que dicha disposición
14 "no constituye en sí misma ninguna descripción propia de la
15 legislación antimonopolio", cuyo objeto es asegurar y
16 garantizar la libre competencia, elemento esencial de la
17 economía regida por el principio de la libertad económica; en
18 este caso se condiciona, limita y afecta arbitrariamente el
19 derecho de propiedad, consagrado por la Constitución.

20 Agregan que este precepto compromete la
21 libertad a adquirir el dominio, que la Constitución jamás
22 limitó sino en los casos excepcionales que ella contempla, y
23 bajo requisitos en extremo restrictivos.

24 Concluyen solicitando tener por deducido el
25 presente requerimiento, acogerlo a tramitación y en
26 definitiva, que se declare que las disposiciones impugnadas
27 son inconstitucionales.

28 Este Tribunal, por resolución de 10 de octubre
29 pasado, admitió a tramitación el requerimiento, ordenando
30 ponerlo en conocimiento de S. E. el Presidente de la



1 República, del Honorable Senado y de la Honorable Cámara de
2 Diputados, en sus calidades de órganos constitucionales
3 interesados.

4 S. E. el Presidente de la República, expresó
5 en oficio dirigido a este Tribunal, que no ha estimado
6 prudente formular observaciones específicas respecto de las
7 disposiciones impugnadas por el requerimiento, atendido el
8 origen exclusivamente parlamentario de las indicaciones
9 aprobadas por la H. Cámara de Diputados y objetadas de
10 inconstitucionalidad por más de la cuarta parte de sus
11 miembros. Agrega el Presidente de la República que así lo
12 hace por estimar que se trata de una materia de suyo opinable
13 y de gran complejidad jurídica.

14 El Presidente en ejercicio de la Cámara de
15 Diputados, en su representación respondió el requerimiento,
16 formulando observaciones y solicitando su rechazo, por las
17 razones que se pasan a indicar:

18 I. No existen los conflictos de constitucionalidad
19 aducidos por los requirentes.

20 Señala que en el requerimiento no se dan los
21 presupuestos de los conflictos constitucionales, puesto que
22 los requirentes plantean una oposición a los mecanismos para
23 poner en ejecución los principios esenciales de la libertad o
24 derecho a la información y el pluralismo, especialmente en lo
25 político, consagrados en la Carta de 1980, pero esta
26 pretendida oposición no implica un conflicto de
27 constitucionalidad.

28 Además, explica, que el conflicto de
29 constitucionalidad se produce cuando el proyecto de ley
30 objetado constituye una violación patente, notoria,

1 flagrante, indubitable de alguna norma constitucional.

2 Sostiene que el requerimiento pretende
3 interrumpir el proceso legislativo impetrando del Tribunal
4 Constitucional soluciones de situaciones que son
5 perfectamente constitucionales.

6 Afirman que las indicaciones que dieron origen
7 a las normas impugnadas por el requerimiento no fueron objeto
8 de inadmisibilidad ni por el Presidente de la Comisión de
9 Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de
10 Diputados, ni por el Presidente de la Corporación, por lo que
11 el requerimiento es un tardío modo de obstaculizar el debate
12 generado por el proyecto de ley.

13 II. Inadmisibilidad del requerimiento.

14 Sostiene el Presidente en ejercicio de la
15 Cámara de Diputados que el requerimiento no cumple con las
16 exigencias constitucionales y legales.

17 En efecto, explica que el requerimiento se
18 sustenta en la impugnación del inciso tercero, del artículo
19 1° del proyecto de ley, siendo ésta la base esencial del
20 mismo afectando a todas las demás disposiciones. Pero al
21 transcribir la norma objetada observa que esta no existe en
22 el proyecto de ley como inciso tercero, del artículo 1°,
23 aprobado por la Cámara de Diputados, ya que su texto
24 auténtico, fiel y acordado por la mayoría de las Diputados es
25 diferente. Luego no existe proyecto de ley alguno impugnado,
26 ya que la norma transcrita por los requirentes no es la
27 aprobada por la Cámara de Diputados, por lo que no es
28 procedente dar trámite al requerimiento, teniéndolo por no
29 presentado para todos los efectos legales.

30 III. Sobre el derecho de las personas a estar



1 debidamente informadas sobre las expresiones culturales,
2 sociales o políticas existentes en la sociedad.

3 En subsidio de lo anterior, se hace cargo de
4 las normas presuntamente violatorias de la Constitución
5 contenidas en el proyecto de ley mencionado. Respecto del
6 inciso tercero, del artículo 1°, señala que carece de toda
7 lógica y se desconocen los esenciales principios de
8 interpretación de la Carta Fundamental cuando se exige un
9 texto constitucional expreso que consagre el derecho a la
10 información, citando al efecto variadas referencias tanto de
11 la doctrina constitucional como de la historia fidedigna del
12 establecimiento de la Constitución. Agrega que el texto
13 expreso que los requirentes exigen no fue necesario, puesto
14 que el derecho a ser informado se encuentra inserto en el de
15 informar como un presupuesto esencial e indisoluble.

16 Ratifica lo anterior enumerando opiniones de
17 autores y tratados internacionales vigentes.

18 Expone que también hay una razón de contexto
19 que emana del artículo 1° de la Constitución, que señala como
20 deber del Estado promover el bien común, la realización de la
21 persona humana y la participación con igualdad de
22 oportunidades en la vida nacional, por lo que ninguna de esas
23 altas aspiraciones podría llevarse a cabo sin el derecho
24 pleno a una debida información.

25 Concluye indicando que no se ha vulnerado
26 ningún precepto constitucional al aprobarse por la mayoría de
27 la Cámara de Diputados, el artículo 1°, inciso tercero, que
28 estableció el derecho de las personas a ser debidamente
29 informadas.

30 IV. La norma del artículo 9°, inciso primero, en la

1 oración "asegurando la expresión efectiva", del proyecto de
2 ley, es constitucional.

3 Expresa que el Estado debe asegurar
4 efectivamente -principio consagrado en el artículo 1° de la
5 Constitución- el derecho a participar con igualdad de
6 oportunidades, lo que desarrolla el artículo 19, N° 15, al
7 garantizar el pluralismo político, obligando al Estado a
8 cautelar el pluralismo, sin que nadie ponga en duda que dicha
9 cautela debe ser efectiva.

10 El pluralismo es uno de los soportes
11 esenciales de toda democracia. Es el reconocimiento a las
12 diferencias de las ideas políticas, religiosas, culturales, o
13 de cualquiera otra índole, lo que se traduce en la igualdad,
14 la no discriminación arbitraria y la tolerancia. La
15 coexistencia de la diversidad humana es sin duda una de las
16 bases fundamentales de convivencia civilizada, que
17 corresponde asegurar efectivamente al Estado.

18 En consecuencia, el requerimiento respecto de
19 este capítulo carece de todo fundamento.

20 V. La norma del artículo 20, inciso tercero, del
21 proyecto que se refiere al silenciamiento deliberado de un
22 hecho u opinión de importancia o trascendencia social, es
23 constitucional.

24 Expone que de la sola lectura de la
25 disposición impugnada surgen cinco requisitos copulativos
26 para hacerla efectiva:

27 1°. Silenciamiento de un hecho u opinión, lo que es
28 mucho más grave que la simple omisión.

29 2°. La noticia silenciada debe ser de "importancia o de
30 trascendencia", denotando una clara exigencia de connotación



444 (cuatrocientos cuarenta y cuatro)

pública.

1
2 3°. La trascendencia de la noticia silenciada debe ser
3 de carácter social, lo cual excluye hechos u opiniones
4 personales.

5 4°. El silenciamiento debe ser deliberado, lo que
6 implica dolo, malicia o acuerdo previo, y

7 5°. La publicación obligatoria de la noticia silenciada
8 debe ser resuelta por un "tribunal de justicia".

9 Agrega que demostrado el derecho a ser
10 plenamente informado, lo lógico es amparar a la comunidad de
11 este silenciamiento arbitrario, nocivo y atentatorio al
12 espíritu constitucional, a fin de procurar un efectivo
13 pluralismo político y el derecho de todos a participar en la
14 vida nacional con igualdad de oportunidades. La intervención
15 del Poder Judicial garantiza la justicia y ecuanimidad del
16 sistema.

17 Expresa que la constitucionalidad del precepto
18 objetado es indudable, no obstante a que se le asimile al
19 derecho de réplica, pues éste, es sólo un instrumento para
20 refutar la mentira, la injuria, la calumnia o el mudamiento
21 de la verdad, y el silencio es también una forma de mentir o
22 de mudar la verdad.

23 Concluye que este precepto no ofende ninguna
24 de las garantías descritas por los requirentes.

25 VI. El artículo 43, inciso segundo, del proyecto de ley,
26 en lo relativo a las limitaciones del mercado de medios de
27 comunicación es constitucional.

28 Indica que el pluralismo informativo y las
29 libertades de opinión y de información pertenecen a todas las
30 personas de la sociedad, y no deben confundirse con el

1 derecho de propiedad de los medios materiales e
2 instrumentales de la comunicación, puesto que así se
3 desconoce la naturaleza social de la "garantía" del artículo
4 19, N° 12, de la Constitución. Esta "garantía" se satisface
5 con el rol que ejerce la opinión pública en un mercado
6 competitivo y transparente, correspondiéndole al Estado velar
7 por estas características del mercado informativo, puesto que
8 la concentración de medios de comunicación es una amenaza al
9 pluralismo informativo.

10 Termina expresando que se trata de una norma
11 aprobada legalmente, que fue declarada admisible en la
12 Comisión de Constitución Legislación y Justicia de la Cámara
13 de Diputados sin que nadie planteara su inconstitucionalidad,
14 y por el Presidente de dicha Corporación; que establece una
15 limitación, sin asignar cuotas determinadas a una empresa y
16 que no impide el ingreso de nuevos medios al mercado y no
17 discrimina, pues las afecta por igual y no contraviene las
18 normas constitucionales puesto que todas ellas permiten una
19 regulación y no vulnera a su esencia.

20 Concluye solicitando que se rechacen las
21 peticiones de los requirentes en todas sus partes.

22 El H. Senado no formuló observaciones respecto
23 del requerimiento.

24 Se acompañaron a los autos presentaciones de
25 la Asociación Nacional de la Prensa, de la Asociación de
26 Radiodifusores de Chile, de la Asociación Nacional de
27 Televisión, del Colegio de Periodistas de Chile y de un grupo
28 de Directores de medios informativos.

29 Por su parte, 61 Diputados formularon sus
30 observaciones, que este Tribunal tuvo presente en la vista de



la causa.

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30

Por resolución de fecha 17 de octubre, el Tribunal ordenó traer los autos en relación, y

CONSIDERANDO:

1) Que como cuestión previa sostiene la H. Cámara de Diputados la inexistencia de un conflicto de constitucionalidad, pues en el caso presente se trataría más bien de situaciones dudosas y en las que no habrían antecedentes dentro del procedimiento de elaboración de la ley como para estimar debidamente planteada la inconstitucionalidad de las disposiciones objetadas.

2) Que este Tribunal ha tomado conocimiento de ello y estima que en mérito de los antecedentes de que dan cuenta las Actas de las Sesiones números 35, 36 y 37, de fechas 7 y 12 de septiembre de 1995, respectivamente, se ha formulado en la forma debida la cuestión de constitucionalidad, presupuesto del requerimiento, existiendo respecto de las normas impugnadas un conflicto de constitucionalidad propiamente tal, que deberá ser resuelto por esta jurisdicción, como lo ordena el artículo 73, inciso segundo, de la Constitución Política y el artículo 3° de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal.

3) Que, sostienen, también, en su respuesta, que este Tribunal sería incompetente para conocer del requerimiento aludido porque no se trataría de un "proyecto de ley" afinado y terminado en sus diversas etapas del procedimiento legislativo, único caso en que podría él pronunciarse. Tal afirmación debe ser desechada de plano e in limine, atendido el claro tenor del artículo 82, N° 2°, de la Constitución, el cual de manera diáfana y explícita dispone que es atribución



1 del Tribunal Constitucional, entre otras, la de "Resolver las
2 cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante
3 la tramitación de los proyectos de ley...". Es evidente que
4 al emplearse el adverbio durante se está indicando -de modo
5 inconcuso- que en cualquier etapa del procedimiento
6 legislativo puede plantearse este tipo de cuestiones y, en
7 consecuencia, formulado que sea el correspondiente
8 requerimiento, este Tribunal debe -por expreso imperativo de
9 la Carta Fundamental- ejercer sus potestades de jurisdicción
10 constitucional; de no hacerlo incurriría en una grave omisión
11 en el cumplimiento de sus deberes.

12 4) Que, como primer capítulo de infracción de la
13 Constitución se ha objetado por los requirentes el artículo
14 1º, inciso tercero, del proyecto de ley cuyo texto completo
15 se acompaña al requerimiento y que versa sobre "Libertad de
16 Expresión, Información y Ejercicio del Periodismo".

17 5) Que, el requerimiento plantea la inconstitucionalidad
18 del artículo 1º en su inciso tercero del proyecto referido,
19 citando al efecto un texto que no corresponde enteramente al
20 que fuera aprobado por la H. Cámara de Diputados, ya que en
21 la formulación de la indicación original aparecían las
22 expresiones "al conjunto de la sociedad y de todos los
23 sectores, grupos y personas" a quienes reconocía igualmente
24 el derecho a estar debidamente informadas sobre todas las
25 expresiones culturales, sociales o políticas existentes en la
26 sociedad; las que fueron eliminadas luego de la discusión
27 correspondiente, salvo el término "personas", quedando el
28 comienzo del inciso de la forma que sigue: "Igualmente se
29 reconoce el derecho de las personas...".

30 6) Que, en estas condiciones no cabe admitir la



446 (cuatrocientos cuarenta y seis)

1 inadmisibilidad de esta parte del requerimiento planteado por
2 la H. Cámara de Diputados, procediendo por lo tanto, a
3 pronunciarse sobre este primer capítulo de infracciones desde
4 que lo objetado del referido proyecto no dice referencia
5 directa ni indirectamente a las expresiones eliminadas en la
6 discusión del precepto, sino que por el contrario, se impugna
7 el derecho como tal, que aquél consagra respecto de las
8 personas a estar debidamente informadas sobre lo que dicho
9 inciso tercero señala.

10 7) Que, dice el referido inciso tercero que se objeta:
11 "Igualmente, se reconoce el derecho de las personas a estar
12 debidamente informadas sobre las distintas expresiones
13 culturales, sociales o políticas existentes en la sociedad".

14 Sostienen los requirentes en su presentación, que este
15 derecho de rango legal atentaría contra diversas
16 disposiciones constitucionales y que especialmente implicaría
17 vulnerar el contenido del derecho a opinar e informar en
18 cualquier forma y por cualquier medio sin censura previa, sin
19 perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan
20 en el ejercicio de esta libertad.

21 Fundan su afirmación, principalmente, en el derecho
22 consagrado en el artículo 19, N° 26, de la Constitución
23 Política del Estado, que dice: "La seguridad de que los
24 preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen
25 o complementen las garantías que ésta establece o que las
26 limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán
27 afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones,
28 tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio".

29 8) Que, el artículo 19, N° 12, de la Constitución
30 establece:



1 "La libertad de emitir opinión y la de informar, sin
2 censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin
3 perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan
4 en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley,
5 la que deberá ser de quórum calificado.

6 "La ley en ningún caso podrá establecer monopolio
7 estatal sobre los medios de comunicación social.

8 "Toda persona natural o jurídica ofendida o injustamente
9 aludida por algún medio de comunicación social, tiene derecho
10 a que su declaración o rectificación sea gratuitamente
11 difundida, en las condiciones que la ley determine, por el
12 medio de comunicación social en que esa información hubiera
13 sido emitida.

14 "Toda persona natural o jurídica tiene el derecho de
15 fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos en
16 las condiciones que señale la ley.

17 "El Estado, aquellas universidades y demás personas o
18 entidades que la ley determine, podrán establecer, operar y
19 mantener estaciones de televisión.

20 "Habrá un Consejo Nacional de Televisión, autónomo y con
21 personalidad jurídica, encargado de velar por el correcto
22 funcionamiento de este medio de comunicación. Una ley de
23 quórum calificado señalará la organización y demás funciones
24 y atribuciones del referido Consejo.

25 "La ley establecerá un sistema de censura para la
26 exhibición y publicidad de la producción cinematográfica."

27 9) Que, ha sido invariablemente reconocido por la
28 doctrina constitucional que el núcleo esencial del derecho
29 consagrado en el artículo 19, N° 12, sobre la libertad de
30 opinar y de informar reside en que éstas libertades se pueden



447 (cuatrocientos cuarenta y siete)

1 ejercer sin censura previa. Asimismo ha sido reconocido que
2 nuestra Constitución ha consagrado en esta materia un sistema
3 que importa resguardar el principio de libertad, ya
4 establecido en el artículo 1º, inciso primero, de la Carta
5 Fundamental, el que implica igualmente que el ejercicio de
6 tales libertades significa una responsabilidad para quienes
7 las ejercen. De esta manera, aquellos que al hacer uso de
8 estas libertades cometan delitos o incurran en abusos deben
9 afrontar las consecuencias penales y civiles que la ley
10 establezca.

11 10) Que, este sistema, que consiste en que el contenido
12 esencial y medular de la libertad de opinión y de informar
13 es que se puede ejercer sin censura previa, ha sido
14 reconocido, por lo demás, en los diversos textos
15 constitucionales chilenos, de manera tal que la esencia del
16 derecho que nos preocupa está en que éste se ejerza
17 libremente y que no exista censura previa que lo afecte.

18 11) Que, previo al examen de la norma que se impugna, es
19 menester recordar que la atribución que el constituyente
20 entrega a este Tribunal, por el artículo 82, N° 2, de la
21 Constitución Política, es la de resolver las cuestiones de
22 constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de
23 los proyectos de ley.

24 12) Que, sobre el particular este Tribunal ha expresado
25 que su función en esta materia es la de resolver las
26 discrepancias que puedan suscitarse entre la preceptiva
27 constitucional y los órganos colegisladores y que es menester
28 que la diferencia de opinión que se produzca sea precisa y
29 concreta (Rol N° 23).

30 Las normas constitucionales que rigen a este Tribunal le

1 asignan un papel que implica velar por la constitucionalidad
2 de los preceptos sujetos a su examen, confrontando sus
3 disposiciones con las exigencias de la Carta Fundamental. De
4 esta manera, en el requerimiento de autos el Tribunal deberá
5 examinar si los preceptos impugnados violan o no
6 disposiciones constitucionales y, al resolver, establecer
7 claramente si las normas constitucionales se encuentran o no
8 conculcadas y si así lo fuera señalar con precisión las
9 disposiciones violentadas.

10 13) Que, el artículo 1º, inciso tercero, objetado por
11 los requirentes como inconstitucional, establece un derecho
12 para las personas a estar debidamente informadas sobre las
13 distintas expresiones culturales, sociales o políticas
14 existentes en la sociedad, derecho que, al decir de los
15 requirentes, no estaría comprendido en el contenido del
16 derecho a opinar e informar que consagra el artículo 19, N°
17 12, de nuestra Constitución.

18 14) Que, sobre el particular, el punto concreto sometido
19 al conocimiento de este Tribunal es el siguiente: si el
20 inciso objetado de inconstitucional transgrede las normas
21 sobre libertad de informar y opinar consagradas en la Carta
22 Fundamental.

23 15) Que, establecido ya cuál es el núcleo esencial de la
24 libertad de opinar e informar debemos precisar si el derecho
25 a la información consagrado en el artículo 1º, inciso
26 tercero, del proyecto, contradice o no alguna disposición del
27 texto constitucional. En esta materia es fundamental recordar
28 la historia de la norma contenida en el artículo 19, N° 12,
29 de la Constitución y al respecto citaremos en esta parte el
30 texto del anteproyecto constitucional elaborado por la

1 Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la
2 República, que dice: "11.- La libertad de emitir opinión y la
3 de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por
4 cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y
5 abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en
6 conformidad a la ley. Con todo, los tribunales podrán
7 prohibir la publicación o difusión de opiniones o
8 informaciones que atenten contra la moral, el orden público,
9 la seguridad nacional o la vida privada de las personas.

10 "La ley establecerá un sistema de censura para la
11 exhibición de la producción cinematográfica y su publicidad.

12 "Asimismo, la Constitución asegura el derecho de
13 recibir la información en forma veraz, oportuna y objetiva
14 sobre el acontecer nacional e internacional, sin otras
15 limitaciones que las expresadas en el inciso primero de este
16 número.

17 "Toda persona natural o jurídica ofendida o injustamente
18 aludida por algún medio de comunicación social, tiene derecho
19 a que su aclaración o rectificación sea gratuitamente
20 difundida, en las condiciones que la ley determine, por el
21 medio de comunicación social en que esa información hubiere
22 sido emitida.

23 "Toda persona natural o jurídica tiene el derecho de
24 fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos en
25 las condiciones que señale la ley.

26 "El Estado, aquellas universidades y demás personas o
27 entidades que la ley determine, podrán establecer, operar y
28 mantener estaciones de televisión.

29 "Habrá un Consejo Nacional de Radio y Televisión,
30 organismo autónomo con personalidad jurídica, que será

1 presidido por una persona designada por el Presidente de la
2 República con acuerdo del Senado, e integrado, además, por un
3 Ministro de la Corte Suprema elegido por ella, por un
4 representante del Consejo de Seguridad Nacional designado por
5 éste, por un delegado de la educación superior y por un
6 representante de las organizaciones de padres y apoderados de
7 la enseñanza media designados en conformidad a la ley. En lo
8 demás, su organización y funcionamiento serán determinados
9 por ley.

10 "Corresponderá al Consejo Nacional de Radio y Televisión
11 ejercer las atribuciones que le encomiende la ley, destinadas
12 a velar por que la radiodifusión y la televisión cumplan con
13 las finalidades de informar y promover los objetivos de la
14 educación que la Constitución consagra. Será, además, de su
15 competencia otorgar, renovar y cancelar las concesiones de
16 radiodifusión.

17 "De las resoluciones del Consejo que impongan sanciones
18 a los medios de comunicación social y de las demás que
19 determine la ley, podrá recurrirse ante la Corte Suprema, la
20 que resolverá en conciencia.

21 "En ningún caso podrá establecerse el monopolio estatal
22 de la radiodifusión ni de la televisión.

23 "No podrán ser dueños, directores o administradores de
24 un medio de comunicación social, ni desempeñar en ellos
25 funciones relacionadas con la emisión o difusión de opiniones
26 o informaciones, las personas que el Tribunal Constitucional
27 hubiere sancionado en conformidad al artículo 8° de esta
28 Constitución. Tampoco podrán serlo las personas que hubieren
29 sido condenadas a pena aflictiva, por delitos que la ley
30 califique como conductas terroristas o por los demás que la

ley señale.

1	
2	"La prohibición a que se refiere el inciso anterior
3	regirá por el plazo de diez años, sin perjuicio de las
4	inhabilidades que por mayor tiempo establezca la ley penal.
5	"Sólo por ley podrá modificarse el régimen de propiedad
6	y de funcionamiento de los medios de comunicación social, y
7	su expropiación sólo procederá en virtud de ley especial
8	aprobada con quórum calificado, previo pago al contado de la
9	indemnización correspondiente".
10	16) Que, cabe señalar, además, que este precepto del
11	anteproyecto constitucional estuvo también contenido en el
12	Acta Constitucional N° 3 que aseguraba "el derecho de recibir
13	la información en forma veraz, oportuna y objetiva sobre el
14	acontecer nacional e internacional..."
15	17) Que, la extensión que debía darse a la norma
16	constitucional en el sentido de si debía ampliarse o no al
17	derecho de recibir las informaciones fue debatida en varias
18	sesiones y así es como en la Sesión N° 235, el comisionado
19	don Enrique Evans expresó: "Algunos miembros han sostenido -y
20	él lo ha hecho con énfasis desde el primer momento en que se
21	abrió la discusión sobre el tema- que hay dos bienes
22	jurídicos en juego: uno de carácter personal, que es el
23	derecho de informar, el derecho de emitir opinión, el
24	derecho, en suma de expresarse; y otro de carácter colectivo,
25	que es el derecho de recibir información, opiniones y
26	expresiones que los demás quieran transmitir. Este último
27	tiene carácter colectivo, porque son todos los integrantes de
28	la comunidad nacional los interesados en que lleguen a ellos
29	las opiniones que se emitan sin censura previa, sin
30	desvirtuarlas, sin discriminación, sin intervención

arbitraria de la autoridad, sin interferencia indebida, etc.

"Añade que como se planteó desde el primer momento esta posición, que fue compartida con matices por los miembros de la Comisión, se pensó que lo lógico era que estos dos bienes jurídicos cautelados por esta libertad, por esta garantía constitucional, tuvieran consagración diferenciada en su texto. Y fue por ello, tal vez, que el señor Guzmán les trajo una redacción, que a primera vista y en lo conceptual les satisfizo a muchos, en la cual estos bienes jurídicos se consagraban en disposiciones separadas.

"El debate les ha mostrado el grave problema formal de garantizar tales bienes jurídicos en preceptos separados, porque -repite la imagen por parecerle adecuada- las dos caras de la moneda, en estos casos, en estas garantías, es muy difícil separarlas. En verdad, no tiene sentido, no se divisa la razón por la cual deba pretenderse que existe el derecho de expresar opiniones, el derecho de comunicarse, sin que haya alguien que las reciba. No se divisa el motivo por el que deba incorporarse una garantía constitucional para satisfacción exclusiva de quien emita opiniones o de quien desea dar a conocer sus pensamientos. Esta es una garantía que juega en el medio social, en el seno de la comunidad, y, obviamente, está en relación directa con el resto de los integrantes de esa sociedad, que van a recibir los dichos, las opiniones, las expresiones, las informaciones que algunos quieran dar a conocer."

18) Que, en la Sesión N° 235 de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política quedó aprobada la disposición que se refería al derecho a recibir la información en forma veraz, oportuna y objetiva sobre el



acontecer nacional e internacional y en la Sesión N° 236 de

1 la misma Comisión se aclaró el sentido y extensión del
2 precepto aprobado, lo que se desprende claramente de las
3 intervenciones siguientes:

4 "El señor Ovalle prosigue diciendo que el último inciso
5 tiene una inteligencia totalmente distinta. No contiene la
6 obligación de informar, sino que lo que se asegura es el
7 derecho de recibir la información que se dé. De modo que,
8 para que tenga aplicación, para que juegue el inciso final,
9 no es menester que se obligue a alguien a informar. Lo que
10 ocurre es que este inciso juega cuando alguien informa; dada
11 la información, ahí existe la obligación de garantizar su
12 debida recepción. En esa inteligencia concurrió a aprobar el
13 inciso final. Cualquier otra interpretación, tendría que
14 rechazarla, porque no se ajustaría al concepto que tiene de
15 la materia y a lo que, según entiende, fue opinión
16 generalmente compartida antes.

17 "El señor Evans se manifiesta de acuerdo con lo
18 expresado con el señor Ovalle y expresa que adhiere a ese
19 punto de vista."
20

21 19) Que, si bien el texto definitivo de la Constitución
22 de 1980 no recogió el referido inciso del anteproyecto
23 constitucional que fue eliminado en el Consejo de Estado y,
24 si bien en la letra de la Ley Fundamental no aparece
25 consagrado expresamente el derecho a recibir las
26 informaciones, éste forma parte natural y se encuentra
27 implícito en la libertad de opinión y de informar, porque de
28 nada sirven estas libertades si ellas no tienen destinatarios
29 reales.

30 En el mismo sentido se pronuncian los autores Verdugo,

1 Pfeffer y Nogueira quienes en su Derecho Constitucional, Tomo
2 I, página 255 expresan: "Tres son los aspectos que comprende
3 esta garantía: el derecho a emitir opinión -facultad de toda
4 persona para exteriorizar por cualquier medio, sin coacción,
5 lo que piensa o cree-; la libertad de información, para hacer
6 partícipe a los demás de esa opinión, se presenta como un
7 complemento de aquélla; y, por último, el derecho a recibir
8 información, que, como se explicará, queda comprendido bajo
9 el concepto de libertad de información."

10 20) Que, el precepto impugnado por los requirentes
11 debemos analizarlo a la luz de las normas constitucionales.
12 Del examen de las disposiciones sobre la libertad de opinar y
13 de informar resulta claro que no existe una discrepancia
14 entre la Constitución y la norma contenida en el proyecto de
15 ley; mas aún, su historia y la doctrina constitucional en
16 general permiten afirmar que estas libertades comprenden
17 también el derecho a recibir informaciones, por lo que la
18 aprobación del artículo 1º, inciso tercero, del proyecto
19 impugnado no violenta el artículo 19, N° 12, de la
20 Constitución Política ni en su contenido ni en su núcleo
21 esencial.

22 21) Que, si bien este Tribunal aceptará que la
23 disposición requerida no atenta contra el texto
24 constitucional, debe señalar que lo hace solamente en el
25 entendido que el derecho establecido en el proyecto de ley
26 para que las personas reciban información, se refiere a que,
27 proporcionadas por los medios de comunicación, nace el
28 derecho. Ello no significa en ningún caso que se pueda
29 obligar a alguna persona o a algún medio a entregar
30 determinadas informaciones.

1 Si así fuera y se entendiera que la autoridad puede
2 obligar a las personas o a los medios a informar, se estaría
3 atentando contra claros preceptos constitucionales, como son
4 la autonomía de los grupos intermedios que está consagrada en
5 el artículo 1º, inciso tercero, de nuestra Ley Fundamental y
6 la libertad de opinar y de informar sin censura previa.

7 22) Que, el derecho que se consagra en el proyecto de
8 ley no otorga en ninguna de sus partes una atribución al
9 Estado para exigir que se dé una determinada opinión, noticia
10 o información sobre el acontecer nacional o internacional.

11 Las normas constitucionales deben ser interpretadas en forma
12 armónica y sistemática y si se reconoce a las personas el
13 derecho de opinar y de informar, y por otra parte, se
14 garantiza a los cuerpos intermedios de la comunidad su
15 adecuada autonomía, se desprende con claridad que ninguna
16 norma legal puede obligar a las personas naturales o
17 jurídicas a dar una información u opinión o a inmiscuirse en
18 la autonomía que deben tener los grupos intermedios de la
19 comunidad entre los que se cuentan los medios de comunicación
20 social.

21 23) Que, por lo expuesto, si bien este Tribunal
22 declarará constitucional la norma referida, lo hace en el
23 entendido expuesto en los considerandos anteriores.

24 24) Que, a mayor abundamiento, toda otra comprensión del
25 precepto legal objetado podría interpretarse en el sentido
26 que se estaría imponiendo una forma de censura al obligar a
27 entregar información, lo que violenta el derecho en su
28 esencia.

29 25) Que, en relación también con la constitucionalidad
30 del artículo 1º, inciso tercero, del proyecto, cabe señalar

1 que esta norma consagra un derecho de rango legal materia que
2 puede ser abordada por el legislador puesto que
3 universalmente tanto la doctrina como nuestra Constitución
4 Política reconocen la existencia de derechos aunque no estén
5 consagrados en el texto constitucional, a menos que esta
6 consagración implique una violación a las normas
7 fundamentales.

8 Nuestra Carta Política en el artículo 5°, inciso
9 segundo, establece que el ejercicio de la soberanía reconoce
10 como limitación el respeto a los derechos esenciales que
11 emanan de la naturaleza humana.

12 Esta última expresión significa que los hombres son
13 titulares de derechos por ser tales, sin que sea menester que
14 se aseguren constitucionalmente para que gocen de la
15 protección constitucional.

16 Es así como bajo el texto de la Constitución de 1925 no
17 estaba consagrado el derecho a la vida, derecho que jamás
18 nadie se atrevió a negar. Igualmente, hay derechos que los
19 reconoce la ley como, por ejemplo, el derecho de réplica
20 antes de la reforma de la Carta de 1925, que era de jerarquía
21 legal y nunca se alegó su inconstitucionalidad por ser de
22 rango legal.

23 26) Que, los requirentes plantean como segundo capítulo
24 de infracción constitucional el inciso primero, del artículo
25 9°, del proyecto que expresa: "El Estado tiene la obligación
26 de garantizar el pluralismo en el sistema informativo, para
27 lo cual habrá de favorecer la coexistencia de diversidad de
28 medios de comunicación social y la libre competencia entre
29 ellos, asegurando la expresión efectiva de las distintas
30 corrientes de opinión, así como la variedad social, cultural

1 y económica de las regiones".

2 27) Que, el vicio de inconstitucionalidad se identifica
3 con la frase "asegurando la expresión efectiva", afirmando
4 los requirentes que una disposición de esa naturaleza es
5 contraria a un conjunto de disposiciones constitucionales que
6 citan en su libelo dirigido a este Tribunal.

7 28) Que, la frase contenida en el proyecto que dispone
8 la obligación jurídica del Estado de asegurar "la expresión
9 efectiva de las distintas corrientes de opinión así como la
10 variedad social, cultural y económica de las regiones",
11 conlleva la correspondiente intromisión en la autonomía de
12 esos cuerpos intermedios o grupos asociativos que son los
13 medios de comunicación social, lo que vulnera el artículo 1º,
14 inciso tercero, de la Constitución, una de las Bases
15 Fundamentales de la Institucionalidad.

16 X No es ocioso recordar que el reconocimiento y amparo de
17 los grupos intermedios o entes asociativos, es uno de los
18 pilares básicos en la organización de la sociedad civil, y
19 así lo establece, ya en su artículo 1º la Carta Fundamental,
20 garantizando al mismo tiempo su adecuada autonomía, a fin de
21 permitirles -como células vivas de la sociedad- la obtención
22 de sus fines propios, contribuyendo de este modo a la riqueza
23 de la trama social y, en último término, al bien común de la
24 sociedad. Reconocimiento, amparo y garantía de su autonomía
25 son los términos en que la Constitución se expresa a su
26 respecto.

27 29) Dicha autonomía para cumplir con sus propios fines
28 específicos implica la necesaria e indispensable libertad de
29 esos grupos asociativos para fijar los objetivos que se
30 desean alcanzar, para organizarse del modo que estimen más

1 conveniente sus miembros, para decidir sus propios actos y la
2 forma de administrar la entidad, todo ello sin intromisión de
3 personas o autoridades ajenas a la asociación o grupo, y sin
4 más limitaciones que las que impongan la Constitución; es
5 decir, las que derivan de la moral, el orden público y la
6 seguridad del Estado (artículos 19, N° 15, y 23), no
7 interviniendo la autoridad pública sino en la medida que
8 infrinjan el ordenamiento o su propio estatuto o ley social.

9 30) Que, así lo ha reconocido, por lo demás, la
10 jurisprudencia de la Corte Suprema al pronunciarse tanto ante
11 pretensiones de inaplicabilidad como de protección. Baste
12 recordar aquí la sentencia de 23 de enero de 1985 (Rol N°
13 17995/inaplicabilidad), recaída en "Bolsa de Comercio de
14 Santiago y otros" (Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo
15 82 (1985) 2.5, 1-5), cuyo considerando 4° expresa, en lo
16 pertinente, que "la autonomía garantizada por la Constitución
17 tiende al amparo de los grupos intermedios que organizan y
18 estructuran la sociedad", agregándose que la extensión del
19 amparo constitucional destinado al logro de sus fines propios
20 y específicos de cada grupo intermedio está determinada por
21 esos fines, los cuales pueden estar señalados precisamente en
22 la ley o también por el propio grupo en sus estatutos o
23 acuerdos sociales, haciendo uso de esa autonomía que les
24 reconoce y garantiza el texto de la Constitución. Y en el
25 ámbito de la acción de protección ha sido constante la
26 jurisprudencia de ese Excelentísimo Tribunal en orden a
27 afirmar que constituyen actos ilegales y arbitrarios todos
28 aquellos que amenazan, perturban o privan el derecho de
29 administrar una entidad societaria que poseen aquellos a
30 quienes legítimamente les ha sido atribuida tal función por



453 (cuatrocientos cincuenta y tres)

1 haber sido designados por el cuerpo social y conforme al
2 ordenamiento societario: véase a modo ejemplar entre otros,
3 "Copagro" (Corte Suprema, 15 de enero de 1981, Fallos del Mes
4 N° 266, 485, 488); "Dardanelli Márquez" (RDJ, Tomo 82, (1985)
5 2.5, 161-164); "Albornoz Carrasco" (idem, 201- 205); "Nuñez
6 Estrella" (RDJ, Tomo 85 (1988) 2.5, 129-135); "Zúñiga Ivany"
7 (idem. 78, nota), "Neiman Kores" (Corte Suprema, 4 de mayo de
8 1988, Rol N° 12404), y últimamente "Cooperativa de Servicios
9 de Recepción de Llamados Radio Taxis Central Ltda." (RDJ,
10 Tomo 89 (1992) 2.5, 121-126), caso en el cual vuelve a
11 reiterar la Corte Suprema que es de la esencia de una
12 sociedad o grupo intermedio decidir por sí misma y adoptar
13 sus propios acuerdos sin que puedan éstos quedar subordinados
14 a la aprobación o rechazo de un órgano exterior o ajeno a
15 ella (considerandos 5° y 6°); pretender lo contrario
16 significa vulnerar su autonomía, autonomía que incluso es
17 deber del Estado reconocerla, ampararla y garantizarla
18 (considerando 8°).

19 31) Que, desde el momento en que se impone al Estado la
20 obligación de equilibrar el flujo noticioso a fin de
21 pretender una pluralidad ideológica o cultural, y para así
22 hacerlo ha de imponer obligaciones a los medios de
23 comunicación social, significa una intromisión indebida en
24 las decisiones que pueda adoptar un medio de comunicación,
25 interferencia que no sólo constituye una clara violación a la
26 autonomía de ese medio -que la Constitución reconoce, ampara
27 y garantiza- sino, además, una violación directa a la
28 libertad de emitir opinión y de informar -que reconoce,
29 asegura y protege la Carta Fundamental en su artículo 19, N°
30 12-, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier

1 medio. Y es más; afecta dicha disposición requerida del
2 proyecto al "contenido esencial" de esta libertad, puesto que
3 significa imponer condiciones que impiden su libre ejercicio;
4 y es que se afecta su esencia desde el mismo instante en que
5 su ejercicio deja de ser libre. Tan sensible es esta
6 libertad, que su reconocimiento desde antiguo en nuestro
7 régimen republicano se ha expresado con fórmula lapidaria:
8 "sin censura previa", término cuyo quid conceptual hoy no es
9 otro que "sin interferencias" de nadie.

10 Lo dicho, evidentemente, es sin perjuicio de las
11 responsabilidades consecuenciales por el delito o abuso que
12 se haya cometido en el ejercicio de tal libertad y sin
13 perjuicio del respeto que el aludido ejercicio ha de tener
14 de los derechos de las personas, como su honra, privacidad u
15 otros.

16 32) Que, el tercer capítulo de infracción
17 constitucional se refiere al artículo 20, inciso segundo, del
18 proyecto que dispone: "La misma obligación regirá respecto de
19 la aclaración que presente una persona natural o jurídica que
20 haya sido deliberadamente silenciada con respecto a un hecho
21 u opinión de importancia o trascendencia social".

22 33) Que, esta disposición, según los requirentes,
23 adolece de inconstitucionalidad por cuanto vulneraría
24 básicamente la libertad de informar, reconocida por el
25 artículo 19, N° 12, de la Constitución, al imponer a los
26 medios de comunicación social la obligación de publicar o
27 divulgar lo que uno o muchos consideren hechos sociales de
28 importancia o trascendencia social, sin perjuicio de afectar
29 también este precepto del proyecto otros derechos
30 fundamentales que señalan en su presentación.



454 (cuatrocientos cincuenta y cuatro)

1 34) Que, a juicio de este Tribunal el precepto del
2 inciso segundo del artículo 20 del proyecto en análisis,
3 infringe no sólo el N° 12 del artículo 19, de la Carta
4 Fundamental sino, además, sus números 24, 20 y 26 como se
5 demostrará.

6 Infringe el N° 12, inciso primero, del artículo 19 de la
7 Constitución, porque impone este proyecto (artículo 20 inciso
8 segundo) a los medios de comunicación social la obligación de
9 publicar o difundir hechos que no han sido objeto de noticia,
10 es decir, de referencia, cada vez que, según terceros, ellos
11 tengan importancia o trascendencia social y les afecte esa
12 omisión o silencio informativo. Y lo vulnera por cuanto
13 conculca evidentemente la libertad de informar que asegura la
14 Constitución a esos medios, sin interferencias de terceros,
15 salvo el caso en que una persona se sienta ofendida o
16 injustamente aludida por ese medio, el cual debe difundir
17 gratuitamente su declaración o rectificación (artículo 19, N°
18 12, inciso tercero).

19 35) Que, si no ha habido alusión a una persona y, por
20 tanto, agravio alguno cometido por un medio de comunicación,
21 viola su libertad de informar la imposición que este proyecto
22 le hace de publicar lo que un tercero determine por sí y ante
23 sí; y la coarta de modo directo y grave cercenando
24 severamente la facultad que sus titulares poseen para
25 disponer de tal libertad.

26 No debe olvidarse que, a este respecto, la libertad de
27 expresión, opinión, o información, supone la libre elección
28 -sin interferencias de nadie- de las noticias u opiniones que
29 se difundan, en cuanto los titulares de los medios de
30 comunicación consideran que son de importancia,

trascendencia o relevancia, en concordancia con sus principios o línea editorial. Interferir en ello es precisamente vulnerar esta libertad y el pluralismo de medios que se persigue. Al pretenderse legislar, otorgando poder jurídico para exigir la correspondiente publicación a cualquier persona que se estimase omitida en un hecho que ella considera de importancia o trascendencia social, no sólo se viola este N° 12, inciso primero, del artículo 19, sino que se excede la competencia legislativa ya que el ejercicio de ésta no puede vulnerar los derechos de las personas, puesto que también es aquí aplicable, tanto el artículo 1°, inciso cuarto, y el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución, como sus artículos 6° y 7°.

36) Que, afecta, asimismo, el artículo 20, inciso segundo, del proyecto, el derecho de propiedad de los medios de comunicación social reconocido por el artículo 19, N° 24, de la Constitución, en cuanto vulnera las facultades esenciales de uso y goce que tal derecho comprende, al interferir gravemente sus atribuciones de administración referente a lo que se ha de informar o no, la oportunidad de divulgación o difusión, y su forma, extensión o alcance. Desde que se interfiere en sus facultades de administración, ello significa en el mismo momento, violar la autonomía de este ente asociativo y, por tanto, el artículo 1°, inciso tercero, de la Carta Fundamental. Cabe agregar aún que se da también una clara vulneración de un atributo esencial del derecho de propiedad, como es su exclusividad, desde que esta interferencia que plantea el proyecto permite la intervención de un tercero ajeno en las decisiones del medio de comunicación sin que tenga título jurídico válido para ello.

1 37) Que, vulnera, también, el precepto requerido, el
2 derecho fundamental de la igualdad ante las cargas públicas
3 que reconoce y asegura el artículo 19, N° 20, de la
4 Constitución, por cuanto grava a los medios de comunicación
5 social con una carga que, de una parte, no se impone a los
6 demás, sino sólo a ellos, y de otra parte, aparece como
7 arbitraria desde que carece de razonabilidad pues no se
8 sustenta en el bien común, finalidad del Estado que, como lo
9 dispone la Carta Fundamental, éste ha de promover "con pleno
10 respeto" de los derechos de las personas (artículo 1°, inciso
11 cuarto).

12 38) Que, afecta, igualmente, al artículo 19, N° 26, de
13 la Constitución, en cuanto por este precepto del proyecto la
14 esencia de la libertad de expresión se vulnera al imponerse a
15 los medios de comunicación social una exigencia que impide su
16 libre ejercicio, ya que un tercero ajeno a tal medio puede
17 pretender imponerles la difusión de ciertas noticias, hechos
18 o acontecimientos que hubieren sido omitidos por ellos en las
19 condiciones que el proyecto señala.

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

24 "Se reputarán como hechos de la naturaleza de los
25 sancionados en el inciso precedente:

26 "a) En el ámbito de la prensa escrita, el control de más
27 del 30% del mercado informativo nacional en manos de una
28 persona natural o jurídica, sola o asociada con otra u otras;
29 y el control directo o indirecto por una persona natural o
30 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."

40) Que, a juicio de los requirentes, el contenido de este inciso infringe la Constitución en cuanto vulnera los números 23 y 24 de su artículo 19, sin perjuicio de afectar otros derechos fundamentales que citan al efecto en el libelo del requerimiento.

41) 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.

42) 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 1°, y que reitera su artículo 5° al imponer al Estado, y a cada uno de sus órganos, cualquiera sea su naturaleza, función o

1 jerarquía, el deber de respetar los derechos de las personas
2 e incluso de promover su ejercicio, a fin de que puedan,
3 además, participar con igualdad de oportunidades en la vida
4 nacional.

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

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

18 En efecto, al disponer el proyecto en análisis que
19 ciertos hechos -que describe el inciso segundo del artículo
20 43 aludido- son impeditivos de la libre competencia y que,
21 como tales, constituyen ilícitos penados por el artículo 1°,
22 inciso primero, del D.L. 211, de 1973, hechos que significan
23 no poder poseer más del 30% del mercado informativo nacional,
24 en el ámbito de la prensa escrita, o de la distribución de
25 diarios de información general (letra a) de dicho inciso
26 segundo), vulnera el derecho de emprender (artículo 19, N°
27 21, inciso primero) es decir, de desarrollar cualquiera
28 actividad lícita sin más limitaciones que no ser contraria a
29 la moral, ni al orden público ni a la seguridad nacional,
30 puesto que ninguna de estas circunstancias se da aquí, ya que

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

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

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



de los artículos 6° y 7° de la Constitución.

1
2 47) Que, a mayor abundamiento, debe tenerse presente que
3 toda pretendida limitación o restricción a un derecho
4 constitucionalmente asegurado, puede establecerse
5 únicamente en los casos o circunstancias que en forma precisa
6 y restrictiva indica la Carta Fundamental; y que, además,
7 tales limitaciones deben ser señaladas con absoluta
8 precisión, a fin de que no sea factible una incorrecta o
9 contradictoria interpretación. Asimismo, esa exigida
10 precisión debe permitir la aplicación de las restricciones
11 impuestas de una manera igual para todos los afectados, con
12 parámetros incuestionables y con una indubitable
13 determinación del momento en que aquellas limitaciones nacen
14 o cesan.

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

30 49) Que, de los dos considerandos precedentes se

desprende con nitidez que las disposiciones impugnadas del citado artículo 43, inciso segundo, del proyecto, no sólo son inconstitucionales por su contradicción con las normas de la Constitución Política ya citadas, sino también por carecer de los requisitos implícitos exigidos por la Carta para pretender una limitación de los derechos que asegura.

50) Que, la Constitución Política establece en su artículo 19, N° 23, lo siguiente:

"La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución.

"Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes."

De la disposición transcrita resulta con claridad que este nuevo derecho que consagra nuestra Carta Fundamental para que pueda ser limitado debe reunir los siguientes requisitos:

a) La limitación debe estar establecida en una ley de quórum calificado, y

b) La limitación debe sustentarse en el interés nacional.

51) Que, en conformidad al artículo 63 de la Constitución Política, las normas de quórum calificado se establecerán, modificarán o derogarán por la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio.

52) Que, de acuerdo con el oficio de la H. Cámara de Diputados de 25 de octubre de 1995, el artículo 43 del proyecto de ley que se impugna por los requirentes "fue



458 (cuatrocientos cincuenta y ocho)

1 aprobado en particular como sigue: el inciso segundo

2 -incorporado durante su discusión en particular, con el voto
3 conforme de 42 señores Diputados y el resto del artículo, con
4 el voto afirmativo de 57 señores Diputados, en ambos casos de
5 115 en ejercicio."

6 53) Que, de lo anterior resulta acreditado que la letra
7 c), del inciso segundo, del artículo 43, no fue aprobada con
8 el quórum que exige la Constitución para la aprobación de las
9 normas propias de quórum calificado.

10 Por esta consideración, la disposición mencionada
11 adolece de un vicio de inconstitucionalidad en la formación
12 de la ley, lo que se declarará en la parte resolutive de esta
13 sentencia, y por tal razón este Tribunal Constitucional no se
14 pronunciará sobre el fondo de la norma cuestionada.

15 Y, VISTO lo prescrito en los artículos 1°; 5°; 6°; 7°;
16 19, N°s. 12, 15, 20, 21, 23, 24 y 26; 63; 73, y 82, N° 2°, de
17 la Constitución Política de la República, y lo establecido en
18 los artículos 3°, y 38 y siguientes de la Ley N° 17.997,
19 Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional,

20 SE RESUELVE:

21 1°. Que la letra c) del inciso segundo del artículo 43
22 del proyecto de ley, se declara inconstitucional por adolecer
23 de un vicio de forma según lo expresado en esta sentencia.

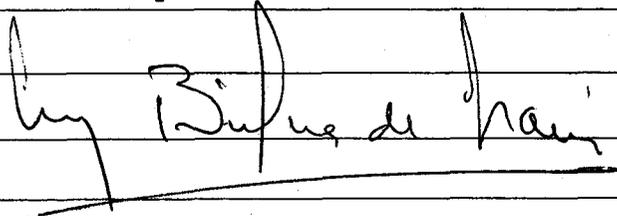
24 2°. Que se rechaza el requerimiento respecto del
25 artículo 1°, inciso tercero, del proyecto, en el entendido
26 expuesto en los considerandos 21 a 24 de esta sentencia.

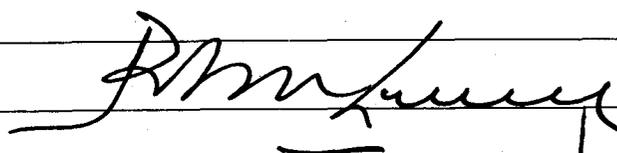
27 3°. Que se acoge el requerimiento respecto de los
28 artículos: 9°, inciso primero; 20, inciso segundo; y 43,
29 inciso segundo, letras a) y b) del proyecto, los que se
30 declaran inconstitucionales.

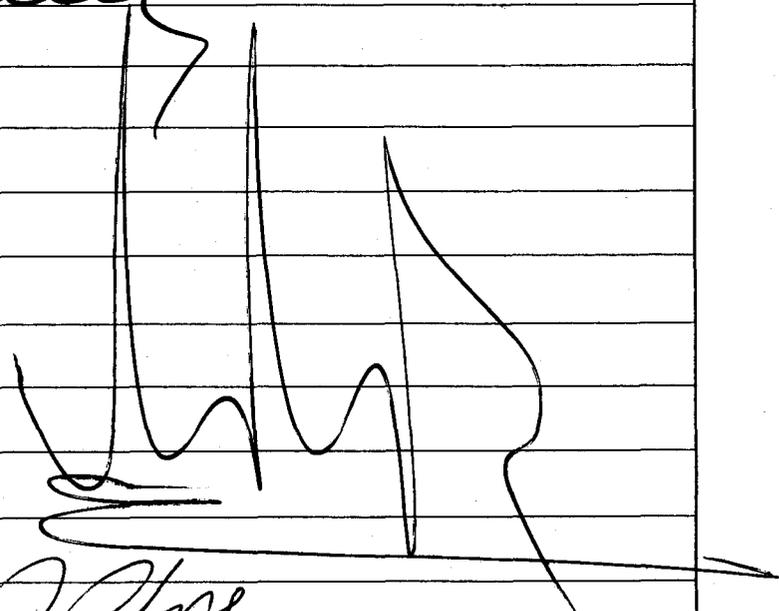
1 Redactaron la sentencia la Ministro señora Luz Bulnes

2 Aldunate y el abogado integrante don Eduardo Soto Kloss.

3 Comuníquese, regístrese y archívese. Rol N° 226.

4 

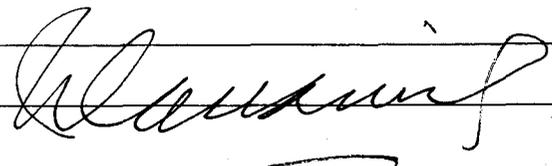
7 

10 

17 

19 Se certifica que el señor Ministro Servando Jordán
20 López, concurrió a la vista de la causa y al acuerdo del
21 fallo, pero no firma por encontrarse ausente.

22 Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, inte-
23 grado por su Presidente subrogante señora Luz Bulnes
24 Aldunate, y los Ministros señores Ricardo García Rodrí-
25 guez, Servando Jordán López, Juan Colombo Campbell y el
26 abogado integrante don Eduardo Soto Kloss. Autoriza el
27 Secretario del Tribunal Constitucional, don Rafael La-
28 rrain Cruz.

28 





Santiago, octubre 30 de 1995.

OFICIO N° 1095

EXCELENTISIMO SEÑOR
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA:

Tengo el honor de remitir a V. E. copia autorizada de la sentencia, recaída en los antecedentes rol N° 226, en el requerimiento formulado al proyecto de ley sobre "Libertad de Expresión, Información y Ejercicio del Periodismo".

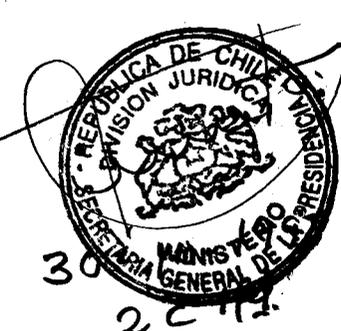
Dios guarde a V. E.

Manuel Jimenez Bulnes

MANUEL JIMENEZ BULNES

Presidente

Rafael Larrain Cruz
RAFAEL LARRAIN CRUZ
Secretario



A V. E.
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA
COMANDO EN JEFE FUERZAS ARMADAS
SANTIAGO



Santiago, octubre 30 de 1995.

OFICIO N° 1096

EXCELENTISIMO SEÑOR
PRESIDENTE DEL SENADO:

Tengo el honor de remitir a V. E.,
copia autorizada de la sentencia dictada por este Tribunal,
en los autos Rol N° 226, en el requerimiento formulado al
proyecto de ley sobre "Libertad de Expresión, Información y
Ejercicio del Periodismo".

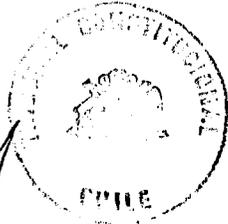
Dios guarde a V. E.

MANUEL JIMENEZ BULNES

Presidente

RAFAEL LARRAIN CRUZ

Secretario



Quinto Nera 6.

AL EXCELENTISIMO SEÑOR PRESIDENTE
DEL HONORABLE SENADO
DON GABRIEL VALDES SUBERCASEAUX
PRESENTE



Santiago, 30 de octubre de 1995.

OFICIO N° 1097

SEÑOR PRESIDENTE DE LA
HONORABLE CAMARA DE DIPUTADOS:

Tengo el honor de remitir a V. E., copia autorizada de la sentencia dictada por este Tribunal, recaída en los autos Rol N° 226, en el requerimiento formulado al proyecto de ley sobre "Libertad de Expresión, Información y Ejercicio del Periodismo".

Dios guarde a V. E.

MANUEL JIMENEZ BULNES

Presidente

RAFAEL LARRAIN CRUZ

Secretario



AL EXCELENTISIMO SEÑOR PRESIDENTE
DE LA HONORABLE CAMARA DE DIPUTADOS
DON JAIME ESTEVEZ VALENCIA
PRESENTE

Santiago, octubre 30 de 1995.

OFICIO N° 1097

SEÑORES DIPUTADOS:

Tengo a bien remitir a USs. copia autorizada de la sentencia, recaída en los antecedentes rol N° 226, en el requerimiento formulado al proyecto de ley sobre "Libertad de Expresión, Información y Ejercicio del Periodismo".

Saluda atentamente a USs.


RAFAEL LARRAIN CRUZ

Secretario



A LOS SEÑORES DIPUTADOS

ANDRES AYLWIN AZOCAR, SERGIO ELGUETA BARRIENTOS, TOMAS
JOCELYN-HOLT LETELIER Y FANNY POLLAROLO VILLA.

PRESENTE



Santiago, octubre 30 de 1995.

OFICIO N° 1098

SEÑORES DIPUTADOS:

Tengo a bien remitir a USS. copia autorizada de la sentencia, recaída en los antecedentes rol N° 216, en el requerimiento formulado al proyecto de ley sobre "Libertad de Expresión, Información y Ejercicio del Periodismo".

Saluda atentamente a USS.

Mano de la Justicia
[Handwritten signature]
RAPHAEL LARRAIN CRUZ
Secretario
[Handwritten signature]
[Handwritten signature]
[Handwritten signature]



A LOS SEÑORES DIPUTADOS
LUIS VALENTIN FERRADA, ANDRÉS CHADWICK FIGUEROA Y ALBERTO
ESPINA OTERO
PRESENTE

ANEXO N° 4

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Resolución N° 20/2007. Causa rol NC N° 173-06, caratulada “Consulta de GLR Chile Ltda. sobre Compra de la Totalidad de las Acciones de Iberoamerican Radio Chile S.A.”.

Santiago, 27 de julio de dos mil siete.

PROCEDIMIENTO: NO CONTENCIOSO.
ROL: NC Nº 173-06.
SOLICITANTE: GLR CHILE LIMITADA.
OBJETO: COMPRA DE LA TOTALIDAD DE ACCIONES
DE IBEROAMERICAN RADIO CHILE S.A.

VISTOS:

A. CONSULTA DE GLR CHILE LIMITADA.

1. Con fecha 22 de diciembre de 2006, GLR Chile Limitada (en adelante GLR), solicitó a este Tribunal un pronunciamiento relativo a la compra a Claxson Chile S.A. (en adelante Claxson o CRC) de la totalidad de las acciones de la sociedad Iberoamerican Radio Chile S.A. (en adelante Iberoamerican o IARC) y de participaciones en otras 9 sociedades filiales, comprendiendo 142 concesiones de radiodifusión. El contrato de compraventa suscrito entre las sociedades señaladas, de 22 de diciembre de 2006, está condicionado a evaluación favorable de este Tribunal en este procedimiento de consulta. La solicitud de GLR se desarrolla en los términos que a continuación se resumen:

1.1. En primer término, GLR describe la estructura y relaciones de propiedad de la consultante, filial del Grupo Latino de Radio S.L., sociedad española y cuyas matrices son las sociedades PRISA y Grupo Godó de Comunicación, ambas también españolas. Describe también la estructura y relaciones de propiedad de las sociedades cuyas acciones adquiere;

1.2. Declara la consultante que, a través de su filial Consorcio Radial de Chile (CRC), opera 89 concesiones de radiodifusión (2 mediante arrendamiento) desde Arica a Punta Arenas, conformando 4 cadenas de radio bajo los nombres "40 Principales", "Bésame", "Radioactiva" y "W Radio". Por su parte, Claxson opera a través de sus filiales 142 concesiones de radiodifusión en distintas localidades, conformando 8 cadenas radiales bajo los nombres comerciales de "Imagina", "Rock&Pop", "Concierto", "Futuro", "FM Dos", "Corazon", "Pudahuel" y "FM Hit". Todas éstas cadenas son de cobertura nacional, con contenido principalmente de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

entretención, y su financiamiento procede de los ingresos por venta y difusión de espacios publicitarios;

1.3. Las frecuencias pertenecientes a Claxson, que son parte de la operación consultada, equivalen al 7,5% del total de concesiones asignadas al país. Producto de la operación, GRL, -directa o indirectamente- incrementaría su número de concesiones radiofónicas tan sólo a un 12,2% de total de concesiones radiofónicas asignadas al país. Y sin que su participación de mercado resultante supere el 40% en las diversas zonas de referencia, salvo en los casos excepcionales de cinco localidades, Villarrica, Coyhaique, Quilpue, Tongoy y San Felipe;

1.4. Afirma GLR que la operación consultada se enmarca dentro de la estrategia de expansión internacional del grupo PRISA para impulsar la posición de GRUPO LATINO DE RADIODIFUSIÓN SL en los territorios de habla hispana y portuguesa, como referente en el sector de la radio. La consecución de este objetivo pasa por el incremento del grado de penetración de GRUPO LATINO DE RADIODIFUSIÓN SL en los mercados latinoamericanos, entre ellos Chile, donde su filial GLR que opera a través de CRC, cuenta con índices de audiencia poco significativos. La expansión permitirá a GRUPO LATINO DE RADIODIFUSIÓN SL crear una red Pan-nacional de programas radiales de alta calidad, accesible a oyentes de todos los territorios de habla hispana, lo que, combinado con un fuerte compromiso con los contenidos y formatos locales, permitirá prestar un mejor servicio a la audiencia chilena;

1.5. Estima que la operación generará además importantes sinergias para GRL, que le permitirán operar en forma más eficiente en el mercado del avisaje o publicidad, en el cual también participan otros medios de comunicación más potentes, tales como la televisión y la prensa escrita; así como incrementar sus posibilidades para ofrecer un menú de programación más amplio y variado, lo que irá en directo beneficio de los auditores. Señala asimismo que la diversidad permitirá igualmente a GRL competir de mejor forma con los otros medios de comunicación, y permitirá ofrecer a los demandantes de espacios publicitarios una mayor diversidad de formatos y contenidos de programas donde avisar y a un mejor precio, gracias a las economías de escala generadas por la operación. Además, la gestión conjunta de un mayor número de emisoras alcanzará logros de eficiencia debido a la prescindencia de cierta infraestructura en aquellos espacios de duplicidad, y debido a la reducción de ciertos costos de los factores productivos;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.6. Describe luego GLR la naturaleza y características de la actividad de radiodifusión, argumentando que el mercado relevante en el caso de autos correspondería al de "publicidad en los medios de comunicación", considerando que, tanto la televisión como prensa escrita y los medios digitales compiten con la radio por la captación de avisaje. En dicho mercado, las radios participan con aproximadamente un 8%, por lo que la participación de la empresa que resultaría de la operación consultada es muy poco significativa;

1.7. Sin embargo, considera también una definición más restrictiva del mercado relevante de producto, esto es, el de "venta de espacios publicitarios en radio"; mercado para el que, en todo caso, debe tenerse presente la interrelación con los mercados vecinos;

1.8. Respecto del mercado geográfico relevante, GLR estima que, sobre la base del comportamiento de los consumidores de espacios publicitarios, se pueden distinguir dos tipos de contratación publicitaria. Por una parte, la contratación de publicidad nacional y, por la otra, la contratación de publicidad local. Consorcio Radial negocia actualmente cerca del 85% de sus ingresos publicitarios a nivel nacional, concentrando casi la totalidad de sus ingresos por publicidad en el mercado nacional y un porcentaje reducido a nivel local. Por su parte, en la actualidad IARC negocia la totalidad (100%) de su publicidad a nivel nacional. En consecuencia, el mercado geográfico relevante de la operación consultada tendría ámbito nacional;

1.9. Para evaluar la operación en términos de concentración, GLR señala que ésta puede valorarse sobre la base de las siguientes tres variables distintas: (i) capacidad de emisión (i.e. número de concesiones radiofónicas de la radioemisora en el mercado relevante); (ii) índice de audiencia; y (iii) nivel de captación de la inversión publicitaria. Si bien estas variables o parámetros están relacionados entre sí, pueden entrar en juego otros factores, como la composición de la inversión, los grupos socioeconómicos o etéreos específicos, los horarios, o las características del producto que se desea publicitar, entre otros;

1.10. GLR considera que la capacidad de emisión es el parámetro más fiable y objetivo para medir participaciones de mercado de los diferentes operadores y su posición efectiva en el mercado;

1.11. Por otra parte, estima que el índice HHI, según el número total de concesiones asignadas en el país, que actualmente alcanza un índice HHI de 110, luego de materializarse la operación, se situaría en 180. En la mayoría de las grandes ciudades, se alcanzan niveles de HHI en torno a 1000 y, en todas ellas,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

por debajo de 1300, considerando todos los supuestos, lo que indica un grado de concentración que resulta improbable que pueda generar obstáculo alguno para la competencia en estos mercados;

1.12. GLR estima que no existen barreras a la entrada de carácter económico (la implantación de nuevas emisoras en dichas localidades requeriría una inversión reducida, tanto desde el punto de vista técnico como económico), y que, por el contrario, existe una importante competencia potencial representada por las radios por Internet o las radios satelitales;

1.13. Respecto del índice de audiencia, la suma de los niveles de audiencia de GLR y IARC tampoco resultaría, a juicio de la consultante, representativa de un poder de mercado susceptible de obstaculizar la competencia, ni en el ámbito nacional, ni en el local. La importancia de estas cuotas de mercado para valorar la posición de GLR tras la operación se ve notablemente matizada por varios factores, a saber: a) la competencia real ejercida por otros emisores de radio pertenecientes a grandes grupos multimediales; b) la competencia potencial de las nuevas tecnologías de emisión por radio; c) el elevado grado de concentración de la demanda, canalizada fundamentalmente a través de las agencias de medios; y d) el efecto disciplinador en materia de precios por los mercados vecinos de publicidad en otros medios de comunicación, mucho más potentes que la radio;

1.14. Continúa GLR indicando que los auditores no son fieles a las emisoras de radio, sino que siguen más bien la programación o a sus conductores. Lo anterior es posible debido a la ausencia de costos de cambio de una estación a otra por parte de los radioescuchas. Por otra parte, influye también en la inestabilidad de los niveles de audiencia lo cambiante de las preferencias de los auditores, pues cada cierto tiempo aparecen determinados programas o formatos que presentan aumentos o disminuciones de audiencia, lo que genera una fuerte volatilidad por el lado de la demanda;

1.15. Respecto de la facturación publicitaria, GLR estima que ese parámetro tampoco refleja de modo fiel la participación de cada operador y su poder en el mercado relevante, pues depende en gran medida de los índices de audiencia que -reitera- son sumamente volátiles, existiendo incluso ocasiones en las que se producen asimetrías entre los niveles de inversión publicitaria y los niveles de audiencia, derivadas de factores tales como la composición de la audiencia. GLR explica que no existe información pública confiable respecto de cuánto del total de la inversión publicitaria nacional es recibida por CRC e IARC y las cadenas de la competencia, y se desconoce cuánto de esta publicidad nacional es invertida

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

directamente por las agencias o por las empresas en las radios locales. Tampoco se conocen los distintos precios que cobran los medios, las comisiones que otorgan, ni los descuentos que efectúan;

1.16. Señala GLR a continuación que las participaciones que se alcanzarían post operación no permitirán la aparición de poder de mercado ni en los niveles de audiencia ni en los de avisaje, ya que ellos cambian constantemente según las preferencias del consumidor o auditor. Existe una serie de otras cadenas radiales que representan una competencia real, contando con capacidad financiera para enfrentar la competencia, particularmente si se toma en consideración la aparición de los grupos multimedia en el país, y la presión competitiva ejercida por otros medios de comunicación. Por último, tampoco existen grandes diferencias tecnológicas que dificulten la competencia entre los diversos operadores;

1.17. GLR hace presente también que la concesión no constituye una barrera de entrada insuperable al mercado relevante, sino más bien un costo adicional perfectamente asumible para cualquier operador que desee ingresar al mercado. Afirma que, para poder operar en esta industria, no es preciso ser titular de una licencia, bastando para ello con la obtención de un título habilitante para la explotación de una emisora (como un contrato de arriendo, asociación o *leasing*). Indica GLR que el plazo de duración de las concesiones es por un máximo de 25 años, lo que no significa la permanencia en la explotación de la concesión en manos de un mismo titular durante todo el período, ya que puede transferirla bajo cualquier forma o condición;

1.18. GLR estima que las inversiones necesarias para la instalación de una radioemisora son relativamente bajas y perfectamente asumibles para cualquier operador, bordeando los \$22.5 millones. Por otro lado, los costos hundidos no afectan de manera alguna la probabilidad de entrada al mercado de las radios. Además, una vez que se ingresa al mercado, el tiempo para ser un competidor relevante, si se cuenta con una buena programación es escaso. Cita al efecto, el caso de la radio Play que, en un período de apenas seis meses, pasó a estar entre las diez radios de mayor audiencia en Santiago;

1.19. GLR concluye señalando que la operación consultada no tiene la aptitud de producir efectos contrarios a la libre competencia, ni puede tender a tales efectos, y excluye cualquier posibilidad de que GLR pudiera adoptar comportamientos obstaculizadores de la competencia tras la operación. Solicita en definitiva se apruebe sin condiciones la operación consultada;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.20. GLR acompaña copia del contrato de compraventa de acciones suscrito entre CLAXSON CHILE S.A. y GRL CHILE LIMITADA, de fecha 22 de Diciembre de 2006, bajo confidencialidad, y un documento que enumera las concesiones que explotan IARC, CRC y sus respectivas filiales;

1.21. A fojas 74 y con fecha 26 de diciembre de 2006, se dio inicio al presente procedimiento no contencioso, contemplado en el artículo 31° del Decreto Ley N° 211 (DL 211), efectuándose las publicaciones procedentes los días 29 y 30 de diciembre de 2006, en La Nación y en el Diario Oficial, respectivamente, oficiándose a la Fiscalía Nacional Económica (FNE), a la Subsecretaría de Telecomunicaciones, ARCHI, ACHAP y ANDA, a fin de que aportaran antecedentes respecto de la operación consultada;

1.22. La consultante acompañó, además, antecedentes y argumentos relativos a la operación propuesta. Así, rola a fojas 165 la versión pública del contrato de compraventa suscrito entre Claxson Chile S.A. y GLR Chile Ltda. A fojas 481, un informe relativo a las potenciales eficiencias y sinergias derivadas de la operación, elaborado por la propia consultante, junto con un informe económico elaborado por Gabriel Bitrán D. Asimismo, a fojas 752 acompaña el informe "La propuesta de compra por GLR Chile Ltda. de las acciones de Iberoamerican Radio Chile S.A.", de Lucas Sierra, el informe "La disponibilidad de espectro para las estaciones de radiodifusión", de Luís Grez; el estudio "Radio Advertising Market Research", de la Office of Communications del Reino Unido; un listado de concesiones transferidas en el periodo 2000-2006, elaborado por SUBTEL; una declaración del Gerente de la agencia Mindshare Chile ante la Fiscalía Nacional Económica; y artículos de prensa;

**B. INFORMES DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA Y DE LA
SUBSECRETARÍA DE TELECOMUNICACIONES.**

2. A fojas 270, consta el informe evacuado por la Fiscalía Nacional Económica ("FNE" o, simplemente, "Fiscalía"), en el que, luego de hacerse un resumen de los antecedentes, se analiza la industria radial, señalando que los radios que requieren concesión según la ley 18.168, se dividen en cuatro categorías: de frecuencia modulada (FM), de amplitud modulada (AM), de onda corta (OC) y de mínima cobertura (MC). Por otra parte, hay radios que transmiten por TV Cable y por TV Satelital, que se ofrecen al público por medios privados, y las estaciones de radio por Internet;

2.1. Señala la Fiscalía que, debido a las características del tipo de modulación y del espectro electromagnético, las estaciones de radio que transmiten en el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

espectro conocido como FM tienen ventajas respecto de las que transmiten en AM;

2.2. Indica la FNE que las estaciones de radio comerciales generan ingresos mediante la venta de espacios para fines publicitarios dentro de su programación. De esta manera, los avisadores disponen de un medio de comunicación masivo, dirigido a diferentes públicos objetivos, disponiendo así la población gratuitamente de una amplia gama de contenidos de entretenimiento, informativos u otros;

2.3. A continuación, la FNE se refiere al procedimiento mediante el cual se contrata el avisaje, lo que se realiza por intermedio de las denominadas "agencias de medios". De esta forma, los principales clientes de las radios son las agencias de medios y, en menor medida, empresas que negocian directamente el avisaje de sus productos;

2.4. La FNE estima que lo más importante a este respecto es que las tres principales cadenas radiales del país concentran el 64% de las ventas en publicidad. Añade que el éxito o fracaso de una radio comercial está relacionado con los puntos de sintonía que obtenga, pues existe una correlación entre el *rating* de una radio y la inversión en publicidad de sus avisadores;

2.5. La Fiscalía entiende por mercado relevante el de un producto o grupo de productos, en un área geográfica en que se produce, compra o vende, y en una dimensión temporal tales que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado. Luego de analizar diversos antecedentes, concluye que el mercado de producto ha de referirse al avisaje en radios. Señala que eso es consistente con lo planteado por la consultante en su presentación ante el Tribunal y con la definición efectuada por autoridades extranjeras a propósito de operaciones de la misma índole. No se incluye dentro del mercado del producto las radios por Internet, atendido su escaso desarrollo, y tampoco las radios digitales, debido a que no existe la reglamentación necesaria para su incorporación en forma masiva;

2.6. Ahora bien, el estudio que ha realizado la Fiscalía le permite afirmar que los avisadores optan por las radios que transmiten señales FM y, por ello, la Fiscalía concluye que para el mercado relevante objeto de la consulta sólo se deben considerar las estaciones en FM. Por ello, la Fiscalía concluye que el mercado relevante del producto, para este caso, es el de la venta y difusión de espacios publicitarios en radios FM;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.7. En cuanto al mercado geográfico, la Fiscalía lo entiende delimitado por la menor área geográfica dentro de la cual se probable ejercer poder de mercado respecto del producto o grupo de productos relevantes;

2.8. En lo que se refiere a las barreras a la entrada, la FNE distingue entre barreras legales y costos hundidos. Afirma a este respecto que, si fuese eventualmente posible el ingreso de un nuevo actor, éste alcanzaría una escala suficiente de producción recién en el mediano plazo;

2.9. Más adelante, señala que el nivel de concentración actual de la industria, cerrada a la competencia potencial, conlleva riesgos de abusos unilaterales, tales como prelación, ventas atadas y precios abusivos; así como eventuales riesgos de coordinación. La FNE hace en su informe un análisis de cada uno de estos riesgos;

2.10. Luego, la FNE se refiere a las eficiencias que la operación podría generar, contraponiéndolas a los riesgos de la concentración.

2.11. En conclusión, estima la Fiscalía que, dado que la saturación del espectro radioeléctrico constituye una barrera infranqueable a la entrada de nuevos competidores, que la operación eliminará a un competidor vigoroso, que existe sobreinversión en espectro e instalaciones, y que el grupo controlador de la consultante cuenta con una importante capacidad financiera, de autorizarse la operación aumentarán los riesgos de abusos unilaterales y de coordinación. Por ello, considera que debería condicionarse dicha operación a las siguientes medidas:

- a) Que la empresa fusionada enajene las concesiones de radiodifusión sonora en FM –incluyendo activos y medios operacionales- que actualmente permiten operar cuatro de las doce señales con cobertura en la Región Metropolitana y alcance nacional, mediante pública subasta, con bases previamente aprobadas por este Tribunal, contemplando la limitación de que ningún competidor llegue a poseer más de ocho señales con la cobertura indicada;
- b) Que, dentro del plazo que este Tribunal determine, la o las empresas que operen las señales radiales involucradas en la operación deberán estar constituidas como sociedades anónimas abiertas o cerradas sujetas a las normas que rigen las abiertas, de manera de quedar sujetas a la supervigilancia de la Superintendencia de Valores y Seguros; y,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- c) Que se prohíba a las empresas del grupo resultante de la fusión adquirir en el futuro concesiones de radiodifusión en FM;

2.12. La Fiscalía acompaña un cuadro con participaciones de mercado y antecedentes allegados a la investigación realizada por ese Servicio, bajo reserva. También, a fojas 335 presenta trabajos y jurisprudencia sobre casos de concentración en el medio radial en Estados Unidos, Reino Unido y España, un estudio de *rating* de radios para Santiago, de Ipsos-Megatime, e información tributaria de empresas con giro comercial de radiodifusión sonora;

2.13. A fojas 335 la Fiscalía informa, a solicitud del Tribunal, respecto de las relaciones de propiedad o control que podrían existir entre las radios FM y las agencias de medios y publicidad, señalando que, luego de consultar a las agencias que representan más del 90% del mercado, éstas afirman no tener ninguna relación de propiedad o control respecto de medios de comunicación. Acompaña también diversos informes y antecedentes citados en sus presentaciones;

3. A fojas 478 consta el informe de la Subtel respecto de la disponibilidad de espectro radioeléctrico para el servicio de radiodifusión en FM, solicitado por el Tribunal;

C. TERCEROS QUE APORTARON ANTECEDENTES.

4. A fojas 92, con fecha 9 de enero de 2006, aportó antecedentes la Asociación Nacional de Avisadores, refiriéndose a las condiciones generales del mercado;

5. A fojas 234, con fecha 5 de marzo de 2006, las sociedades Finis Térrea Sociedad Radiodifusora S.A., Radiodifusora Intermezzo Ltda., Compañía Chilena de Comunicaciones S.A., Difusión y Comunicaciones S.A., Comunicaciones Santa Bárbara S.A., Sociedad Radiodifusora Infinita Ltda. y Comunicaciones Continental S.A., relacionadas a las radios Universo AM-FM, Cooperativa AM-FM, Romántica, Infinita y Tiempo, aportan antecedentes a esta consulta, manifestando su oposición a la operación consultada por los argumentos que siguen.

5.1. Estiman como mercado relevante el de la radiofonía a nivel nacional, describiendo sus características particulares. Recalcan la saturación del espectro radioeléctrico y cómo éste constituye una barrera relevante a la entrada, pues la única alternativa para participar en el mercado es comprando una radioemisora que ya se encuentre establecida, y que en la medida que se incremente la concentración, aumentará el valor de mercado de estas concesiones;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

5.2. Señalan también las exigencias y limitaciones establecidas en la Ley N° 19.733 sobre libertades de opinión e información, respecto de la propiedad o control de medios de comunicación social sujetos a concesión, y su impacto en el mercado informativo, establecidas en resguardo de la pluralidad y diversidad.

5.3. Respecto del mercado radial, consideran que la variable más relevante corresponde a la audiencia, vinculada además directamente a la contratación de publicidad en radios. En estos aspectos, la operación consultada producirá, a su juicio, una elevada concentración, en que la empresa resultante alcanzará el 53% del avisaje en radios, con seis de las diez radios de mayor sintonía, en un mercado con reducida desafiabilidad. También hacen presente los riesgos de prácticas comerciales restrictivas de la competencia, bajo la forma de predación, discriminación y discriminación de precios;

5.4. Concluyen solicitando que este Tribunal no acoger la solicitud de la consultante o, en subsidio, establecer las condiciones necesarias para que no se afecte la competencia en el medio radial ni la libertad de expresión;

5.5. Estas sociedades aportaron los siguientes antecedentes, relacionados con la operación: a fojas 475, informe en derecho de los abogados Ángela Vivanco M. y Roberto Vergara F., e informe económico de Guillermo Le Fort V.; a fojas 511, informe sobre disponibilidad de canales para radiodifusión, de Hernán Solís C.; a fojas 857, resolución de la Asociación Internacional de Radiodifusión sobre la libertad de expresión en Chile, transcripciones de sesiones de la Cámara de Diputados referidas a la operación, y artículos de prensa;

6. A fojas 245, con fecha 6 de marzo de 2006, la sociedad Iberoamerican Radio Chile S.A. aporta antecedentes a esta consulta, describiendo las características del medio radial y señalando lo siguiente:

6.1. El mercado relevante corresponde al de venta de espacios publicitarios en distintos medios de comunicación, a nivel nacional, en el que, de realizarse la operación consultada, la empresa resultante tendría una baja participación de mercado, sea que se mida por índices de audiencia, de inversión publicitaria o por número de concesiones;

6.2. El mercado es altamente competitivo tanto a nivel de contenidos como de inversión publicitaria, no presenta barreras relevantes a la entrada, los clientes – avisadores y agencias de medios- tienen un gran poder de negociación, existen múltiples y poderosos competidores, mientras que los auditores no tienen costo por utilizar los servicios ni por sustituir una radio por otra o una radio por algún otro

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

medio. Así, los precios de avisaje son competitivos y no existe posibilidad de abusos aún por quienes tuvieran una alta participación de mercado;

6.3. En sustento de sus argumentos, IARC aporta datos referidos a la participación y evolución del nivel de audiencia o “alcances” para distintas radios y ciudades del país, respecto de la distribución de la inversión publicitaria entre distintos medios y entre las radios involucradas en la operación, y respecto de la participación en concesiones de radiodifusión AM y FM;

6.4. Concluye IARC que, de los antecedentes expuestos, la operación consultada no produce efectos contrarios a la libre competencia, por lo que debiera aprobarse sin condiciones;

6.5. Los siguientes antecedentes fueron aportados por Iberoamerican: a fojas 245, estadísticas de inversión publicitaria de ACHAP, cuadro comparativo de costos por contacto, estudio “50 principales avisadores mercado publicitario” de MegaTime S.A., cuadro de transferencias de concesiones en Santiago durante los últimos diez años, estudio de dieta mediática de jóvenes, cuadro de inversión de agencias de medios en IARC, y artículos de prensa; a fojas 483, modelos econométricos para el mercado de radios, de Rómulo Chumacero, análisis de datos sobre estudios de audiencias y estudio de sustitución entre distintos soportes publicitarios y medios de entretención en base al Estudio General de Medios de Ipsos-Search, estudio “Emociones y Radioscuchas”, elaborado para la ARCHI; y a fojas 531, comentarios de Rómulo Chumacero al documento “El mercado radial chileno e implicancias de una fusión de firmas dominantes”

D. AUDIENCIA PÚBLICA.

8. A fojas 491 consta la citación a las audiencias públicas de rigor para el día 24 de mayo de 2007, y las publicaciones correspondientes se efectuaron el día 3 de mayo de 2007 en el Diario Oficial;

9. En la audiencia pública intervinieron los apoderados de la consultante, de los consorcios de radios, de Iberoamerican Radio Chile S.A. y de la Fiscalía Nacional Económica;

CONSIDERANDO:

1.- Consideraciones Preliminares

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Primero. Que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18°, número 2, del D.L. N° 211, GLR Chile Ltda. ha consultado a este Tribunal respecto de la compra a Claxson Chile S.A. (en adelante Claxson o CRC) de la totalidad de las acciones de la sociedad Iberoamerican Radio Chile S.A. (en adelante Iberoamerican o IARC) y de participaciones en otras 9 sociedades filiales, comprendiendo 142 concesiones de radiodifusión. El contrato de compraventa suscrito entre las sociedades señaladas, de 22 de diciembre de 2006, está condicionado a evaluación favorable de este Tribunal en este procedimiento de consulta;

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 Transporte 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 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 N° 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 avisaje 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 por que 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;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Quinto. Que, adicionalmente, para los consumidores de información podría ser costoso discernir sobre la calidad y veracidad de aquella 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;

Sexto. Que, según el criterio señalado por el Tribunal Constitucional en su sentencia N° 226 del año 2004, no es posible establecer *a priori* en la ley un número o porcentaje determinado de control de concesiones de radiodifusión que sea, en sí mismo, contrario a la libre competencia, debiendo analizarse tanto las condiciones de mercado y tecnológicas presentes en un momento dado, como la relevancia que tienen como competidores quienes participen en una operación de concentración;

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 la información,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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 esa 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;

2.- Características relevantes del funcionamiento de la industria de radio difusión en Chile

Décimo. Que la radiodifusión sonora es un servicio de telecomunicaciones concesionado por el Estado, cuyas transmisiones están destinadas a la recepción libre y directa por el público en general. La transmisión de las señales de radio se realiza por medio del espectro radioeléctrico y, por tanto, todas aquellas personas localizadas dentro del área de cobertura pueden escuchar dichas señales, libre y gratuitamente, haciendo uso de un radiorreceptor;

Undécimo. Que los servicios de radiodifusión sonora presentan, dentro del área de cobertura, características propias de los denominados bienes públicos; toda vez que no existe rivalidad ni exclusión en su consumo. En ese sentido, el mercado de los servicios de radiodifusión tiene la particularidad de que el consumidor no paga por los servicios de información y entretenimiento que recibe. El simple hecho de contar con un aparato radiorreceptor posibilita el consumo de los programas emitidos por las diferentes emisoras que transmiten en el área. Así, las radios emiten en forma gratuita programas destinados a informar y entretener a la comunidad y con ello se constituyen en un medio idóneo para transmitir publicidad, principal fuente de financiamiento de su actividad comercial;

Duodécimo. Que las radios producen o adquieren contenidos de entretenimiento o informativos para atraer audiencia. Los anunciantes interesados en difundir sus marcas y productos en medios de comunicación masivos acceden a la audiencia por medio de la compra de tiempos de transmisión (“espacios de aire”) destinados a publicidad en los programas radiales. Así, es de esperar que exista una relación positiva entre el *rating* de la emisora y sus ingresos por publicidad;

3. Características del mercado de avisaje publicitario y participación de la industria de radio difusión en el mismo

Decimotercero. Que, al constituir la venta de espacio de publicidad la principal fuente de financiamiento de la actividad de las radios, es relevante analizar las características del mercado del avisaje publicitario, y la participación en el mismo de distintos medios de comunicación;

Decimocuarto. Que existe oferta de espacio para avisaje en programas de televisión abierta y de pago, radio, prensa escrita, revistas, Internet y publicidad vial. Por su parte, los anunciantes son empresas que desean difundir o dar a conocer su marca, productos o servicios a un cierto público objetivo en el ámbito nacional, regional o local;

Decimoquinto. Que, en cuanto a la importancia relativa de los distintos medios en el gasto de publicidad total, según los antecedentes de la Asociación Chilena de Agencias de Publicidad presentados en el Cuadro 1, es posible observar que la televisión abierta y los diarios captan más del 70% de la inversión publicitaria realizada en medios de publicidad masiva. Así, por ejemplo, es posible observar que, en el año 2006, la televisión abierta y los diarios participaron con el 48,1% y con el 29,2% de la inversión publicitaria, respectivamente. Por su parte, históricamente, le siguieron en importancia las radios. Sin embargo estos últimos medios de comunicación, al no poder revertir una tendencia a perder participación desde el año 1997, quedaron relegados al cuarto lugar detrás del avisaje en la vía pública. Por último, en el Cuadro 1 es posible observar cómo se han posicionado recientemente las revistas, la televisión por cable, *on line* y los cines;

Cuadro 1
Evolución de la Participación de los Medios en Gasto Total en Publicidad
(a nivel nacional)

Medios	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Televisión	42,6%	42,9%	43,7%	42,8%	47,6%	49,6%	49,2%	48,8%	47,5%	48,1%
Diarios	35,1%	35,0%	36,0%	34,5%	30,6%	30,0%	28,3%	29,2%	29,4%	29,2%
Radios	11,2%	11,0%	9,8%	10,5%	10,2%	9,5%	9,2%	8,2%	8,3%	7,5%
Vía Pública	6,4%	6,3%	6,5%	6,7%	6,7%	6,4%	6,6%	7,6%	8,4%	8,8%
Revistas	4,5%	4,5%	3,6%	5,0%	4,5%	4,2%	3,8%	3,4%	3,2%	3,1%
TV Cable							1,6%	1,6%	1,7%	1,7%
On Line (1)							0,9%	0,9%	1,1%	1,4%
Cine	0,3%	0,3%	0,4%	0,4%	0,4%	0,4%	0,3%	0,3%	0,3%	0,3%

Fuente: elaboración propia, sobre la base de información de la ACHAP, disponible en www.achap.cl.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Decimosexto. Que, así, el anunciante, dependiendo de las características de la campaña publicitaria, su público objetivo, la cobertura geográfica que tendrá, otros requerimientos del cliente y el presupuesto disponible, adquiere espacios para avisaje en medios de comunicación en forma directa o indirecta. En el primer caso, el anunciante negocia directamente con el medio de comunicación los términos de la compra de espacio para publicidad. En el segundo caso, el anunciante contrata la asesoría de una agencia de medios, la que recomienda la combinación más efectiva de medios para cierta población objetivo. En este último caso, el anunciante delega en la agencia la negociación con los medios de comunicación respecto de los términos de adquisición del espacio para avisaje. Por lo general, cuanto mayor sea el presupuesto y cobertura que se quiera dar a una campaña publicitaria, y por ende el número de medios involucrados, más probable será la intervención de una agencia de medios;

Decimoséptimo. Que, al respecto, es relevante considerar lo señalado en la declaración del Sr. Cristián Scholz D., Gerente de Administración y Finanzas de Mindshare Chile S.A.C., ante la Fiscalía Nacional Económica, que rola a fojas 748, en la que afirma que *“Muchas veces los medios atacan al cliente en de manera directa, puesto que se ahorran nuestra comisión producto de la intermediación comercial. Generalmente ocurre con clientes muy pequeños, pero son los menos, los cuales tampoco trabajan con agencias mediales. Como norma del mercado, los medios se encuentran imposibilitados de realizar cualquier prestación de servicios sin pasar por las agencias mediales, de manera contrario es amonestado por carta e informada esta situación a la agrupación de agencias de publicidad, la cual aplica sanciones dependiendo de la gravedad del hecho.”;*

Decimooctavo. Que, según información de la empresa Megatime -aportada por GLR a fojas 481-, en promedio, para el período 2005-2006, el 78% de la inversión publicitaria en medios se cursó a través de una agencia de medios, y el 22% en forma directa. Asimismo, dicha empresa destaca que el segmento de agencias de medios está relativamente concentrado. Del mismo informe se desprende que, en el año 2006, las tres principales agencias de medios (OMG, Initiative y Universal Mc Cann) concentraron el 37% de la inversión en publicidad, y que las cinco principales agencias (incluyendo, además, a Mindshare y Starcom) intermediaron el 55% de la inversión en publicidad;

Decimonoveno. Que, por último, también participan en la industria las agencias creativas o agencias de publicidad, las que prestan asesoría a los anunciantes respecto de la estrategia de posicionamiento de la marca o del producto y diseñan

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

los distintos formatos publicitarios (por ejemplo, *placement*, auspicios, *jingles* y *spots*) y la gráfica para la publicidad. El segmento de agencias creativas es relativamente más atomizado que el de las agencias de medios. En efecto, en el año 2006, las tres principales agencias creativas (McCann Ericsson, Prolam Y&R y BBDO) concentraron el 21% de la inversión publicitaria y las cinco principales (incluyendo, además, a Lowe Porta & Partners y Dittborn y Unzueta) concentraron el 31% de la misma;

3. Mercado relevante.

3.1. Mercado relevante de producto.

Vigésimo. Que, para delimitar el mercado relevante de producto en el que debe circunscribirse el análisis del impacto de la operación consultada, cabe tener presente, en primer término, que el avisaje en radios presenta diversas características diferenciadoras respecto del que se realiza en otros medios de comunicación masiva, como los diarios y la televisión, siendo las principales su relativo bajo costo y la posibilidad de llegar a segmentos específicos de la población (sexo, edad, grupo socioeconómico y perfiles psicográficos de los auditores);

Vigésimo primero. Que, además, la radio presenta las siguientes características distintivas: (a) permite una alta frecuencia de avisaje, (b) es un medio masivo con un elevado nivel de penetración y (c) permite una significativa flexibilidad y rapidez para modificar o reemplazar la pauta publicitaria;

Vigésimo segundo. Que también es relevante el hecho de que la radio puede estar presente donde otros medios de comunicación no pueden (por ejemplo en el automóvil), y que su recepción puede ser compatible con otras actividades cotidianas de los oyentes (Adimark Comunicaciones, "Imagen y Evaluación de la Radio como Medio Publicitario" de mayo de 2003, fojas 481);

Vigésimo tercero. Que, asimismo, de acuerdo a lo sostenido en el informe de Mediática (fojas 481) y por la FNE (fojas 270), el avisaje en radios apelaría a la imaginación y a las emociones de los auditores, mientras que en la televisión y la prensa escrita primarían los aspectos visuales de la publicidad. Lo anterior exigiría a la radio mayor creatividad para captar la atención y además obligaría a complementar el avisaje radial con publicidad en otros medios para exhibir el producto. En ese sentido, la publicidad en diarios, revistas, televisión y otros

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

medios visuales serían más adecuados para desarrollar la imagen de una marca y presentar el producto, mientras que la publicidad en radios serviría para reforzar la recordación de la marca, para alcanzar a segmentos particulares del mercado o a grupos con intereses específicos y para reiterar el aviso difundido por otros medios;

Vigésimo cuarto. Que, por último, es relevante señalar las marcadas diferencias en los horarios de mayor audiencia entre uno y otro medio masivo de comunicación. Mientras las estaciones de radio tienen sus niveles superiores de audiencia entre las 10:00 y las 14:00 horas, manteniendo niveles relativamente elevados hasta las 20:00 horas (Adimark fojas 481), el mayor consumo de televisión abierta se produce entre las 19:00 y las 24:00 horas (Consejo Nacional de Televisión). En el mismo sentido, cabe señalar que la radio es el medio más utilizado para informarse por la mañana, la televisión por la noche y ambos medios compiten estrechamente durante la tarde (Mediática, fojas 481);

Vigésimo quinto. Que las transmisiones de radio están compuestas por estaciones de amplitud modulada (AM), frecuencia modulada (FM), onda corta (OC) y por los servicios de radiodifusión de mínima cobertura (MC). A octubre del año 2006, según consta a fojas 481, la autoridad había entregado 1889 concesiones para transmisiones de radio, de las cuales 1328 son de FM, 379 son de MC, 175 son de AM y 7 de OC;

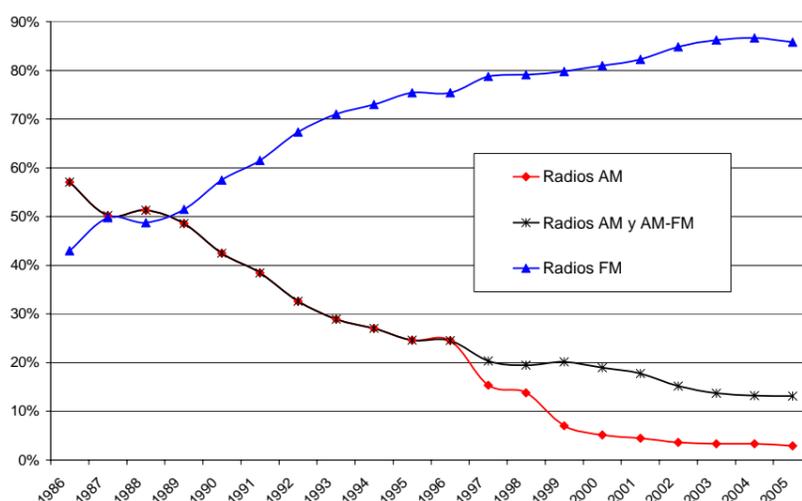
Vigésimo sexto. Que los servicios de radiodifusión con fines comerciales son aquellos asociados a las estaciones de AM y FM. Las estaciones de radio que transmiten en la banda FM presentan ventajas respecto de las que operan en la banda AM. En efecto, la transmisión en AM es más susceptible a la interferencia atmosférica. Además, es monofónica y, por tanto, presenta una menor calidad de transmisión que las radios en FM, con sonido estéreo. Es por ello que las radios AM están, en general, especializadas en programas de noticias mientras que las radios FM lo están, principalmente, en programas de entretenimiento, según se desprende de los documentos acompañados a fojas 398 y 481;

Vigésimo séptimo. Que las diferencias en calidad, así como la proliferación de distintos formatos de contenidos entre las estaciones FM, habría influido negativamente en el número de radioescuchas de las estaciones AM. En efecto, en el Gráfico 1, siguiente, se puede observar que, en el año 1990, las radios AM y FM se dividían en partes iguales la audiencia. Sin embargo, en el año 2005 las emisoras FM alcanzaban casi el 90% de la misma. Ante este panorama,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

a partir del año 1997, las estaciones AM más importantes -Cooperativa y Agricultura- comenzaron un proceso de migración de sus transmisiones desde la banda de amplitud modulada hacia la banda de frecuencia modulada;

Gráfico 1
Participación según Tipo de Emisión en el Total de Alcances Radiales* (%)



Fuente: elaboración propia, sobre la base de informe económico de fojas 398.

* Las radios AM-FM son aquellas que, para aumentar su cobertura, incluyen frecuencias FM o que están migrando sus contenidos desde la banda AM hacia la banda FM (ej.: Cooperativa, Agricultura). El concepto de 'alcance radial' equivale al número estimado de auditores de cada tipo de emisión.

Vigésimo octavo. Que, sin perjuicio de que las radios que transmiten en AM han perdido terreno en los últimos 10 años en materia de audiencia –lo que explica que en el período 1999-2006, la autoridad entregó 431 concesiones de FM y sólo 5 concesiones de AM–, este Tribunal considera que las radios AM aún compiten en una medida menor con las radios FM en la captación de inversiones en publicidad, en especial en los segmentos informativos, como se desprende de los documentos económicos acompañado a fojas 398 y 481, y es por ello que las considerará como parte del mismo mercado relevante de producto para el análisis del impacto inicial de la operación de concentración. Sin embargo, dada la tendencia que se aprecia en el Gráfico 1, no se tomarán en cuenta las radios AM en la evolución post-operación de concentración y, por tanto, en la evaluación de las condiciones que deberían cumplirse para el caso de aprobarse la operación consultada;

Vigésimo noveno. Que, atendidas las diferencias que existen entre el avisaje en radios y en otros medios masivos de comunicación, sobre todo en relación con el costo del avisaje y el grado de segmentación del público de oyentes, tal como se ha expuesto precedentemente, este Tribunal considera que el mercado relevante del producto, y en el que debe concentrar su análisis, es el de la venta de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

espacios para difusión de publicidad en radios AM y FM. Lo anterior, sin perjuicio de lo que se dirá más adelante respecto del mercado informativo propiamente tal;

Trigésimo. Que, así las cosas, este Tribunal también tendrá presente las condiciones que puedan incidir en el grado o intensidad de la competencia en el mercado relevante definido, en especial dado que, en determinadas situaciones, puede existir algún grado de sustitución entre el avisaje en radios y el que se realiza en otros medios masivos de comunicación, como son los diarios, la televisión o la publicidad en la vía pública. Al respecto, la Asociación Chilena de Agencias de Publicidad (ACHAP), a fojas 637 señala que, para los avisadores de menores volúmenes de inversión publicitaria, la radio constituye el medio troncal (o principal) para publicitar sus productos o servicios, mientras que para los principales avisadores, la radio es considerada sólo como un medio de apoyo en sus campañas publicitarias;

Trigésimo primero. Que consta también de los antecedentes aportados a la consulta (a fojas 398, 481 y 483) la existencia de una fuerte segmentación de las radios por tipo de contenidos y por segmentos socioeconómicos. A su vez, una segmentación más fina dentro de los contenidos en las radios FM está asociada al tipo de música que transmiten (por ejemplo, clásica, tropical, rock, pop, en castellano o inglés). Por último, y más relevante aún desde el punto de vista del anunciante, dicha segmentación se produce también de acuerdo con el perfil socioeconómico de los oyentes de la radio, como se muestra en el Cuadro 2, siguiente.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadro 2
Segmentación de Mercado* de las Radios. Santiago
(según características de la audiencia)

Sexo	Ingreso	Edad	Cadena	Radio	Audiencia	
Hombre	Medio Bajo	Adulto Joven - Mayor		AM SANTIAGO	5,7	
				AM COLO-COLO	19,2	
		Adulto Mayor			AM NUEVO MUNDO	15,0
					AM CARABINERO	10,1
					AM CARRERA	3,7
	Medio	Juveniles		Iberoamerican	FM ROCK & POP	185,9
		Juveniles - Adulto Joven		Flia. Bezanilla	FM TIEMPO	66,5
				Cia. Chilena de Comunicaciones	FM UNIVERSO	122,2
		Adulto Joven	CRC		FM ACTIVA	59,5
			Iberoamerican		FM FUTURO	145,9
		Adulto Joven - Mayor		CRC	FM W	63,2
					AM-FM UNIV.DE STGO	17,0
				Cia. Chilena de Comunicaciones	AM-FM COOPERATIVA	229,1
		Adulto Mayor	Flia. Molfino		FM EL CONQUISTADOR	104,6
			Flia. Mosciatti		FM BIO-BIO	77,0
			AM-FM AGRICULTURA	112,6		
Medio Alto	Juveniles - Adulto Joven		Copesa	FM ZERO	60,7	
			Copesa	FM DUNA	53,7	
	Adulto Joven	Flia. García Reyes		FM HORIZONTE	57,1	
		Iberoamerican		FM CONCIERTO	93,7	
	Adulto Mayor	Copesa		FM BEETHOVEN	67,5	
Bajo	Adulto Joven - Mayor			AM CORPORACION	11,3	
	Adulto Mayor			AM PANAMERICANA	6,0	
Mujer	Medio Bajo	Juveniles			FM NINA	123,0
		Adulto Joven		CRC	FM BESAME	44,4
				Flia. Molfino	FM PARA TI	114,8
				Iberoamerican	FM PUDAHUEL	209,4
				Iberoamerican	FM IMAGINA	160,6
	Medio	Adulto Joven - Mayor			FM ROMANCE	124,4
					FM ARMONIA	47,0
					AM NACIONAL	4,8
		Adulto Mayor			AM PORTALES	30,5
				CRC	FM 40 PRINCIPALES	80,7
	Medio	Juveniles - Adulto Joven		Iberoamerican	FM FMDOS	226,4
		Adulto Joven			AM-FM PLAY	112,2
		Adulto Joven - Mayor	Flia. Bezanilla		FM ROMÁNTICA	149,1
			Flia. García Reyes		FM OASIS	195,1
		Adulto Mayor			FM MARTA	15,2
			AM YUNGAY	3,3		
			AM METROPOLITANA	3,5		
Bajo	Adulto Joven - Mayor			AM MONUMENTAL	6,3	
	Adulto Mayor					
Medio Bajo	Adulto Joven		Iberoamerican	FM CORAZON	398,5	
	Adulto Joven - Mayor			FM SINTONIA	23,8	
Medio	Juveniles		Copesa	FM CAROLINA	155,5	
			Iberoamerican	FM FM HIT	159,9	
Medio Alto	Adulto Joven - Mayor		Flia. Bezanilla	FM INFINITA	81,4	
				FM UNID. DE CHILE	32,6	

Fuente: elaboración propia, sobre la base de información de IPSOS Chile, acompañada a fojas 483.

* Las categorías de segmentación se definen, a criterio de este Tribunal, de la siguiente forma: **Sexo:** Hombre, si los auditores Hombres constituyen más del 55% de la audiencia de la radioemisora. Idem para Mujer. **Ingresos:** Bajo, si más del 75% de la audiencia es clasificada por GSE en la categoría D, Medio Bajo, si más del 50% de la audiencia es clasificada por GSE en las categorías D o C3. Medio, si más del 50% de la audiencia es clasificada por GSE en las categorías C3 o C2. Y Medio Alto, si más del 50% de la audiencia es clasificada por GSE en las categorías C2 o C1. **Edad:** Juveniles, si más del 50% de la audiencia la emisora tiene menos de 24 años; Adulto Joven, si más del 50% de la audiencia tiene entre 25 y 44 años, y Adulto Mayor, si más del 50% de la audiencia tiene más de 44 años. Juveniles-Adulto Joven, si más del 50% de la audiencia tiene entre 20 y 34 años; y Adulto Joven - Mayor, si más del 50% de la audiencia tiene entre 35 y 59 años.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Trigésimo segundo. Que, de lo expuesto, es dable afirmar que una de las ventajas más importantes que presenta el avisaje en radios, respecto del que se realiza en otros medios de comunicación masivos, es la posibilidad de alcanzar con un mensaje publicitario a segmentos específicos de la población. Así, por ejemplo, para alcanzar a segmentos socioeconómicos medio-altos, sería de esperar que la inversión publicitaria en radios se concentrase en radios como Duna, Concierto, Horizonte, Infinita y Beethoven, y no en radios como Tiempo y Rock & Pop. Por otro lado, si el anunciante comercializa un producto con alta penetración en todos los segmentos socioeconómicos, como podría ser el caso de la telefonía móvil, entonces sería de esperar que publicite sus productos en aquellas radios que presentan un menor costo por alcance (o costo *per cápita*, por individuo al cual llega el mensaje publicitario);

3.2. Mercado geográfico relevante.

Trigésimo tercero. Que, para definir el mercado geográfico relevante de autos hay que considerar la forma en que se negocia la publicidad. Los grandes anunciantes, en general, son empresas que comercializan sus productos o servicios a lo largo de Chile y que, por tanto, contratan publicidad a nivel nacional con cadenas de radios con cobertura en las principales ciudades del país. Como se desprende de fojas 481 y 873, este tipo de anunciantes realizan la mayor parte de la inversión publicitaria que perciben las radios;

Trigésimo cuarto. Que existen, por su parte, anunciantes interesados en publicitar sus productos en una región o localidad específica, por lo que contratan espacios de avisaje en radios locales o en radios de cobertura nacional con capacidad para transmitir publicidad específicamente en dichas áreas geográficas. La transmisión de publicidad regional o local, usando radios con cobertura nacional, se realiza por medio de los denominados “descuelgues locales”, esto es, la intervención de la transmisión satelital originada en Santiago para incluir una publicidad local en dicha transmisión (según información proporcionada por GLR a la FNE rolante a fojas 270);

Trigésimo quinto. Que, entonces, es de esperar que las radios locales y los descuelgues locales de radios nacionales presenten una mayor capacidad para captar la inversión en avisaje realizada por anunciantes locales, principalmente por tres motivos: (a) las radios y emisiones locales se diferencian de las cadenas nacionales mediante la producción de contenidos locales, (b) las cadenas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

nacionales centralizan su fuerza de ventas en Santiago, orientándola a la captación de grandes anunciantes, mientras que las radios locales tienen prácticamente la totalidad de su fuerza de ventas en su área local de servicio y, (c) por último, porque los elevados costos de contratar publicidad a nivel nacional, por parte de anunciantes que quieren publicitar productos sólo relevantes a una determinada localidad geográfica, lo harían inviable. Lo anterior permite estimar que el avisaje en radios es un medio de publicidad regional muy importante, dado que las empresas locales, por regla general, no pueden acceder al avisaje en televisión, ni tampoco al avisaje en una proporción importante del total de diarios;

Trigésimo sexto. Que la consultante GLR señala, a fojas 270 del cuaderno de documentos reservados aportados por la FNE, que entrega servicios de publicidad local en 14 de las 24 emisoras locales que dispone RadioActiva; así como en 15 de las 32 de Radio W, en 8 de las 11 emisoras locales de Radio Bésame y en 10 de las 21 que posee Radio 40 Principales. Sin embargo, la consultante señala que sólo una fracción reducida de sus ingresos (16,5% al año 2006) proviene de la venta de publicidad local. Por su parte, en el caso de IARC, el 100% de sus ingresos provienen de publicidad nacional (aunque, si bien no posee descuelgues locales, no sería costoso para esta empresa implementarlos);

Trigésimo séptimo. Que, en consecuencia, de lo señalado precedentemente y de los antecedentes acompañados por las partes, se desprende que el mercado geográfico relevante para los efectos de esta causa es, en primer lugar, todo el territorio nacional. Sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal tendrá también presente que existen segmentos de mercado o determinadas ciudades en los que las cadenas nacionales –con capacidad de descuelgue– compiten con radios locales en la captación de anunciantes locales;

4.- Estructura del mercado de venta de espacios para difusión de publicidad en radios AM y FM en Chile.

4.1. Concentración actual de mercado.

Trigésimo 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

**REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

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;

Trigésimo 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
Participación en la Audiencia Total por Radio/Grupo por Ciudad. Enero-Junio 2006**

Grupo / Radio	SANTIAGO	IQUIQUE	ANTOFAGASTA	LA SERENA	VALPARAISO	CONCEPCIÓN	TEMUCO	PROMEDIO*
Iberoamerican	38,6%	39,1%	32,5%	38,9%	23,8%	31,0%	34,4%	32,5%
CRC	6,1%	6,4%	5,1%	6,7%	4,8%	9,1%	3,7%	6,4%
Cia. Chilena de Com.	8,6%	4,2%	2,2%	6,4%	5,8%	3,1%	7,0%	4,8%
Copesa	8,3%	1,1%	-	4,1%	6,0%	1,6%	2,1%	3,5%
Flia. Bezanilla	7,3%	5,4%	2,0%	1,8%	7,7%	8,4%	3,7%	6,1%
Flia. García Reyes	6,2%	3,2%	1,7%	1,2%	7,5%	1,6%	3,5%	3,9%
Flia. Molfino	5,4%	4,5%	2,6%	2,9%	5,7%	2,8%	13,9%	4,1%
Flia. Mosciatti	1,9%	2,6%	3,0%	2,5%	2,6%	17,4%	10,5%	7,4%
Sr. Bassay (FM Romance)	3,0%			0,7%	2,0%			0,8%
SNA (AM-FM Agricultura)	2,8%			1,1%	1,6%		1,8%	0,9%
UC TV (AM-FM Play)	2,7%	1,1%	1,1%	0,4%		0,6%	0,6%	0,5%
FM Carnaval			12,2%	8,0%	5,2%			4%
AM Festival					11,4%			4%
El Mercurio (FM Digital)				2,0%		2,4%	2,2%	2%
FM Punto Siete						8,9%	3,9%	3%

*Promedio de las participaciones de las ciudades ponderado por audiencia.

Fuente: elaboración propia, sobre la base de información de IPSOS Chile acompañada a fojas 483.

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;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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 Cía. 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
Participación en el Mercado Nacional de Avisaje, por Sociedad Radial. Año 2005

Nº	Sociedad	Nº de Señales	Part. de Mercado (%)	
			Antes	Después
1	IARC	8	32,8%	-
2	Flia. Bezanilla	3	10,2%	10,2%
3	Cía. Chilena de Comunicaciones	2	9,2%	9,2%
4	COPESA*	4	7,4%	7,4%
5	Flia. Mosciatti	1	5,4%	5,4%
6	CRC	4	4,6%	37,4%
7	Radio Agricultura	1	4,0%	4,0%
8	Flia. Molfino	2	3,2%	3,2%
9	Radio Romance	1	2,3%	2,3%
10	Flia. García Reyes	2	1,9%	1,9%
11	Radio Play	1	1,6%	1,6%
12	Radio Armonía	1	0,3%	0,3%
13	Otros	-	17,1%	17,1%
Total Inversión Publicitaria			100%	100%
Cambio HHI*				299

*Dado que no se aportó en autos información acerca de la composición y distribución de las participaciones de mercado correspondientes al rubro "Otros", del Cuadro precedente, sólo se muestra la variación del índice HHI, y no sus niveles específicos antes y después de la operación.

Fuente: elaboración propia, sobre la base de información aportada por la FNE. Nota: El número de señales de Copesa en la actualidad es de 6, recientemente –diciembre de 2006- adquirió las radios Cariño (ex Nina) y FM Club (ex Sintonia).

4.2. Escenario post operación de concentración.

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 IARC, 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 Cía. 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;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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 del IHH de esa magnitud en una industria moderadamente concentrada podría tener efectos negativos en la competencia en el mercado relevante y, por 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 cuarto. Que, sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, este Tribunal considera que el *ranking* de audiencias de las radios, y consecuentemente el nivel de sus participaciones en el mercado del avisaje, son elementos muy dinámicos, dado que las preferencias del público sobre señales radiales son claramente variables, en función de factores que mutan con frecuencia, como los aludidos en el considerando vigésimo, y otros como la capacidad de las radios para innovar en materia de contenidos y formatos, el traslado de figuras populares de una emisora a otra (por ejemplo, el caso Rumpy, referido en documentos acompañados a fojas 483), la inversión que pueda hacer una radio para promocionarse mediante distintos medios y, sin lugar a dudas, las preferencias en materia de contenidos, que cambian según modas y tendencias altamente dinámicas;

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;

Cuadragésimo sexto. Que, habiéndose analizado de esta forma el mercado relevante 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;

4. 3.- Barreras a la Entrada.

Cuadragésimo séptimo. Que, en primer término, debe tenerse presente que el artículo 8º de la Ley General de Telecomunicaciones (LGT) señala que la instalación, operación y explotación de servicios de radiodifusión sonora requiere de una concesión otorgada por decreto supremo. Las concesiones para servicios de radiodifusión se otorgan por concurso público al postulante que, ajustándose a las bases del concurso, ofrezca “las mejores condiciones técnicas que aseguren una óptima transmisión o excelente servicio” (artículo 13º de la LGT). La concesión se otorga por 25 años y confiere a su titular un derecho preferente en el proceso de licitación para su renovación. En caso que dos o más concursantes ofrezcan similares condiciones técnicas, la concesión se adjudica al operador que realice la oferta económica más alta –licitación por precio-;

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;

Cuadragésimo noveno. Que el Cuadro 6, subsiguiente, muestra la distribución de frecuencias AM y FM asignadas, y adicionalmente las frecuencias FM que, según Subtel, están disponibles¹; todo ello en las comunas donde participan las empresas consultantes, así como la participación de las mismas en el total de frecuencias posibles –las asignadas en bandas AM y FM y las aún disponibles en banda FM–. Es posible observar que, para muchas de las ciudades más importantes del país, no existe espectro radioeléctrico disponible en la banda FM y

¹ Los supuestos utilizados por Subtel para identificar la “disponibilidad de espectro” en las localidades señaladas son: zona de servicio para una circunferencia de radio 25 km, en torno a una nueva estación transmisora, lo que corresponde a una potencia de aproximadamente 250 watts y una antena omnidireccional de 3 dBd. Al respecto, cabe resaltar que las condiciones topográficas (cerros, montañas y valles) pueden hacer variar el resultado y, por tanto, la situación de factibilidad puede ser distinta a la informada.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que, por tanto, la entrada de un nuevo competidor sólo es posible vía la adquisición de un operador existente;

Quincuagésimo. Que, así las cosas, la disponibilidad de concesiones –espectro radioeléctrico– es una barrera a la entrada relevante para que un potencial entrante acceda a los mercados comercialmente más atractivos. Las comunas para las cuales el espectro radioeléctrico destinado a transmisiones de radios en frecuencia modulada está saturado, agrupan aproximadamente el 60% de la población nacional. En estas localidades la entrada está limitada a adquirir una empresa establecida. En efecto, ésa fue la fórmula de entrada al mercado de IARC en el año 1998 con la compra de las radios Pudahuel, Rock & Pop, Corazón, Concierto y Futuro y, posteriormente, en el año 2000, de la cadena de radio Aurora (fojas 254). A mayor abundamiento, la consultante señala a fojas 910 que el precio estimado de una concesión en Santiago sería de U\$2,5 millones, mientras que en Viña del Mar o Concepción dicho valor ascendería a U\$500 mil;

Quincuagésimo primero. Que, sin perjuicio de lo anterior, y tal como consta de la información que rola a fojas 1, en el año 2010 expiran 45 de las 231 concesiones con las que contaría la empresa resultante de la operación de concentración consultada en autos, y entre ese año y el 2014 expiran otras 10 concesiones. Lo anterior se presenta en el Cuadro N°5 siguiente;

Cuadro 5
Fecha de expiración de algunas de las concesiones de la empresa resultante post-operación

Localidad	2010	2011	2012	2013	2014
Ancud	1				
Antofagasta				1	
Arica	1				
Calama	1				
Chillán	1		1		
Concepción/Talcahuano	3				
Copiapó	2				
Coquimbo/La Serena	3				
Coyhaique	1				
Curicó	1				
Iquique	2				
Los Andes	1	1			
Los Angeles	2				
Osorno					1
Ovalle	1				
Pucón	1				
Puerto Aysen	1				
Puerto Montt	1				
Puerto Varas	1				
Punta Arenas	1		1		
Quilpué	1				
Rancagua	4				
Santiago	5				1
Talca	2				
Temuco/Nva. Imperial	3	1		1	
Valdivia	1	1			
Valparaiso/Viña del Mar	4				
Villarica			1		
TOTAL	45	3	3	2	2

Fuente: elaboración propia, sobre la base de información rolante a fojas 1.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Quincuagésimo segundo. Que la Ley General de Telecomunicaciones, en su artículo 13º, establece que, al vencer el plazo de vigencia de una determinada concesión de radiodifusión sonora, ésta debe asignarse mediante concurso público al postulante cuyo proyecto, ajustándose a las bases del concurso, ofrezca las mejores condiciones técnicas tales que aseguren una óptima transmisión o excelente servicio, considerando principalmente las instalaciones propuestas, la operación de la concesión a que se postula, el tipo de emisión, la zona de servicio, y los plazos comprometidos para la ejecución de las obras e iniciación del servicio. En estos concursos se asigna un derecho preferente para su adjudicación al actual concesionario, derecho que consiste en que se le renovará la concesión vencida siempre que la oferta de este concesionario iguale la mejor propuesta técnica presentada al concurso. En el evento de no existir un postulante con derecho preferente, y en caso que exista igualdad de condiciones técnicas entre los proyectos concursantes, se dirime finalmente el concurso mediante una licitación, asignándose la concesión al postulante que efectúe la mayor oferta económica;

Quincuagésimo tercero. Que lo anterior es un elemento relevante a considerar, por cuanto si bien el actual concesionario tiene un derecho preferente para renovar sus concesiones, como señala el artículo 8º de la Ley N° 18.160 de Telecomunicaciones, toda concesión deberá someterse a un concurso público con no menos de 180 días de anterioridad al vencimiento de su vigencia, en el cual podrán participar otros interesados y adjudicársela en caso de presentar mejores condiciones técnicas o económicas que el titular anterior;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadro 6
Número de Concesiones de las Consultantes por Localidad. Participación en el
Total de Concesiones Asignadas y
Disponibles*

Localidad	Frecuencias Asignadas			Frec. Disp. FM*	Participación EF en el Total de Frecuencias Asignadas (%)		Participación EF en el Total de Frecuencias FM (Asig. + Disp.) (%)	
	IRCA	CRC	CRC+IARC		(AM + FM)	FM	(AM + FM)	FM
Arica	7	3	10	1	26,3%	28,6%	25,6%	27,8%
Iquique	7	4	11	2	34,4%	37,9%	32,4%	35,5%
Antofagasta	6	4	10	2	28,6%	33,3%	27,0%	31,3%
Calama	3	4	7	3	21,2%	22,6%	19,4%	20,6%
Chuquibambilla	1		1	3	100,0%	100,0%	25,0%	25,0%
Copiapó	5	4	9	0	28,1%	31,0%	28,1%	31,0%
Diego de Almagro		1	1	25	25,0%	25,0%	3,4%	3,4%
Tierra Amarilla		1	1	0	25,0%	25,0%	25,0%	25,0%
Coquimbo/La Serena	8	4	12	0	32,4%	37,5%	32,4%	37,5%
Ovalle	4	2	6	11	25,0%	27,3%	17,1%	18,2%
Tongoy	1	1	2	0	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%
Algarrobo	1		1	2	100,0%	100,0%	33,3%	33,3%
Cartagena	3		3	0	75,0%	75,0%	75,0%	75,0%
Isla de Pascua		2	2	30	50,0%	50,0%	5,9%	5,9%
Llo-Lleo		1	1	0	25,0%	33,3%	25,0%	33,3%
Los Andes	1		1	0	11,1%	12,5%	11,1%	12,5%
Quilpué	2	1	3	0	75,0%	75,0%	75,0%	75,0%
Quinteros		1	1	0	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%
San Antonio	1	3	4	0	30,8%	33,3%	30,8%	33,3%
San Felipe	2	2	4	0	25,0%	26,7%	25,0%	26,7%
Valparaíso/Viña del Mar	4	2	6	0	16,2%	26,1%	16,2%	26,1%
Graneros		1	1	0	33,3%	33,3%	33,3%	33,3%
Lago Rapel	1		1	2	25,0%	25,0%	16,7%	16,7%
Rancagua	3	3	6	0	27,3%	31,6%	27,3%	31,6%
Rengo	1		1	0	16,7%	20,0%	16,7%	20,0%
Requinoa	1		1	0	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%
Cauquenes		2	2	5	16,7%	18,2%	11,8%	12,5%
Constitución	2		2	7	15,4%	15,4%	10,0%	10,0%
Curicó	1	1	2	0	12,5%	15,4%	12,5%	15,4%
Linares	2	1	3	0	23,1%	27,3%	23,1%	27,3%
Parral		2	2	0	25,0%	28,6%	25,0%	28,6%
San Clemente	1		1	0	33,3%	33,3%	33,3%	33,3%
San Javier	1		1	0	33,3%	50,0%	33,3%	50,0%
Talca	3	3	6	0	26,1%	33,3%	26,1%	33,3%
Chillán	3	2	5	0	22,7%	27,8%	22,7%	27,8%
Concepción/Talcahuano	6	3	9	0	28,1%	40,9%	28,1%	40,9%
Los Angeles	4	2	6	0	30,0%	37,5%	30,0%	37,5%
Pinto	1		1	0	50,0%	50,0%	50,0%	50,0%
Pucón	1	1	2	0	20,0%	20,0%	20,0%	20,0%
Temuco/Nva. Imperial	7	3	10	0	29,4%	40,0%	29,4%	40,0%
Villarica	5	1	6	0	46,2%	50,0%	46,2%	50,0%
Ancud	2		2	4	13,3%	14,3%	10,5%	11,1%
Castro		2	2	3	9,5%	11,1%	8,3%	9,5%
Corral		1	1	3	33,3%	33,3%	16,7%	16,7%
Futrono	1		1	2	50,0%	50,0%	25,0%	25,0%
Llanquihue	1		1	1	25,0%	25,0%	20,0%	20,0%
Melequén	1		1	2	100,0%	100,0%	33,3%	33,3%
Osorno	7	4	11	2	37,9%	44,0%	35,5%	40,7%
Puerto Montt/Pto. Varas	6	4	10	0	29,4%	35,7%	29,4%	35,7%
San Juan	1		1	2	100,0%	100,0%	33,3%	33,3%
Valdivia	7	2	9	0	30,0%	37,5%	30,0%	37,5%
Coyhaique	7	2	9	8	45,0%	50,0%	32,1%	34,6%
Puerto Aysen		1	1	7	8,3%	10,0%	5,3%	5,9%
Punta Arenas	7	3	10	1	30,3%	35,7%	29,4%	34,5%
Melipilla		1	1	0	20,0%	25,0%	20,0%	25,0%
Santiago	8	3	11	0	20,0%	31,4%	20,0%	31,4%
Total	147	88	235	128	27,3%	32,5%	23,8%	27,6%

Fuente: elaboración propia, a partir de información de SUBTEL sobre concesiones asignadas a octubre de 2006, e información sobre la disponibilidad de espectro en dicha localidades acompañada por la misma autoridad a fojas 478. *La información de disponibilidad de espectro para nuevas concesiones está acotada a la zona de servicio de las empresas consultantes.

Quincuagésimo cuarto. Que, además de la concesión, un entrante debe realizar inversiones asociadas a la instalación de la radio, así como a la creación, el diseño

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

o rediseño y posicionamiento de un concepto radial. La consultante señala (a fs. 481 del cuaderno de documentos confidenciales), aunque sin aportar antecedentes que permitan respaldar su afirmación, que las inversiones para la instalación de una radioemisora son relativamente bajas; pues el costo de un estudio con consola, micrófono, audífono, *rack*, computador, locutorio y demás equipos necesarios, sería de aproximadamente \$2,5 millones, y el costo de los equipos para transmisión de una emisora local, esto es, un transmisor Seratel de 1 Kwatt, la torre de 36 metros, las antenas, los conectores y demás equipos necesarios, bordearían los \$22,5 millones. Por su parte, la FNE acompaña antecedentes que muestran que el costo de diseñar, crear y vender un concepto radial similar al comercializado por las empresas involucradas en la operación consultada, ascendería a aproximadamente U\$1,5 millones;

Quincuagésimo quinto. Que la principal dificultad que enfrenta una empresa entrante para competir efectivamente con las empresas establecidas en la captación de avisaje es la necesidad de lograr una audiencia tal que haga atractivo para los anunciantes utilizar ese medio para publicitar sus productos. La audiencia de una radio depende en forma crucial de la oferta de contenidos que la misma realiza. El contenido es un activo estratégico constituido por el elenco y los programas de entretenimiento e información permanentes de una radio. Asimismo, cabe destacar que no existen restricciones a la movilidad de auditores entre radios. Nada relevante impide al auditor cambiar la posición del dial de la radio y moverse entre los programas que él percibe como sustitutos. Asimismo, y tal como se desprende de los documentos acompañados a fojas 481 y 483, en el mercado radial son frecuentes los cambios de emisora por parte de programas, locutores y artistas, quienes pueden desplazar consigo, desde una radio a otra, al menos parte de la audiencia asociada al contenido que producen;

Quincuagésimo sexto. Que no constan en autos antecedentes referidos al tiempo necesario para crear, producir y vender un concepto radial. Sin embargo, la FNE señala, a fojas 270, que cuando la entrada se realiza por medio de un operador establecido o asociado a otros medios de comunicación, el tiempo de entrada suele ser de entre 12 y 18 meses. Como ejemplo de entrada exitosa, la consultante sostiene que la Radio Play, propiedad del Canal 13, se posicionó entre las 10 radios más escuchadas en Santiago en un lapso de 10 meses. Al respecto, cabe destacar que las empresas establecidas probablemente tengan ventajas comparativas respecto de un nuevo entrante, pues pueden aprovechar las economías que proporcionan el uso compartido de infraestructura y equipos así

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

como de recursos humanos tales como periodistas productores y locutores. Asimismo, los canales de televisión y periódicos que cuentan al mismo tiempo con radios, pueden utilizar el medio televisivo para publicitar su radio, así como producir contenidos radiales sobre la base de sus figuras, contenidos y, específicamente, departamentos de prensa;

Quincuagésimo séptimo. Que, por lo precedentemente expuesto, a juicio de este Tribunal, la principal barrera a la entrada que enfrenta un potencial competidor es la obtención de una concesión para la transmisión de señales de radio. Adicionalmente, el hecho que exista un conglomerado que cuente con un número importante de radios y con participación significativa en el mercado, sea en términos nacionales o en determinados segmentos del mismo, es probable que aumente los costos de formar una cadena de radios que permita desafiar la posición de dominio de la empresa resultante de la operación de concentración;

5.- Efectos sobre la competencia.

5.1. Incremento en la concentración.

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 la propiedad 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;

Quincuagésimo noveno. Que, asimismo, y tal como se observa en el Cuadro 7, siguiente, la empresa fusionada concentraría una fracción significativa de la audiencia en los distintos segmentos socioeconómicos, haciendo más atractivo para un anunciante publicitar sus productos o servicios en este grupo radial respecto de las radios de competidores, particularmente para la difusión de productos de consumo masivo.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadro 7
Participación en la Audiencia Total por Segmentos Socio-Económicos por
Radio/Grupo en Santiago. Enero-Junio 2006

Cadena/Grupo	Nº de Señales	Part. de Aud (%)	Sexo		Ingreso				Edad					
			M	F	ABC1	C2	C3	D	15-19	20-24	25-34	35-44	45-59	60+
IARC	8	39%	37%	40%	29%	33%	40%	48%	50%	51%	42%	39%	32%	21%
CRC	4	6%	6%	6%	7%	6%	6%	5%	9%	9%	7%	6%	4%	2%
CRC + IARC	12	45%	44%	46%	35%	40%	46%	54%	59%	60%	49%	45%	36%	22%
Cia. Chilena de Comunicaciones	2	9%	11%	6%	11%	12%	9%	4%	2%	3%	8%	12%	10%	14%
Copesa*	4	8%	9%	7%	15%	10%	7%	4%	14%	13%	9%	6%	5%	7%
Flia. Bezanilla	3	7%	6%	8%	10%	9%	7%	4%	4%	5%	8%	10%	9%	3%
Flia. García Reyes	2	6%	6%	6%	9%	8%	6%	3%	1%	2%	4%	4%	11%	14%
Flia. Molfino	2	5%	5%	6%	4%	5%	6%	6%	4%	4%	4%	6%	6%	7%
Flia. Mosciatti	1	2%	3%	1%	3%	2%	2%	1%	0%	0%	1%	2%	3%	4%
Part. Segmento en Audiencia Total (%)		100%	49%	51%	17%	26%	29%	28%	12%	12%	22%	21%	21%	12%

Fuente: Elaboración propia, sobre la base de información de IPSOS Chile acompañada a fojas 483. El número de señales de Copesa en la actualidad es de 6, recientemente –diciembre de 2006- adquiere las radios Cariño (ex Nina) y FM Club (ex Sintonía).

Sexagésimo. Que, además, la empresa resultante de la operación de concentración quedaría con el derecho a utilizar el 31,4% de las concesiones de frecuencia modulada disponibles en Santiago, ciudad para la cual el espectro radioeléctrico está saturado. Asimismo, en varias de las ciudades más importantes del país, la empresa resultante obtendrá proporciones aún más altas de concesiones en frecuencia modulada; estando, en muchas de ellas, el espectro radioeléctrico saturado, por ejemplo en Copiapó, Coquimbo/La Serena, Quilpué, Rancagua, Talca, Concepción/Talcahuano, Los Ángeles, Temuco, Puerto Montt y Valdivia.

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;

5.2. Riesgo de fijación de precios abusivos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sexagésimo segundo. Que, si bien la empresa resultante de la operación de concentración en los términos consultados podría alcanzar, en principio, una participación de aproximadamente el 45% de la audiencia total, este Tribunal estima que existen diversos motivos por los cuales es posible presumir que dicha empresa no tendría capacidad relevante para fijar a sus anunciantes precios por encima de los competitivos. Por un lado, la empresa fusionada obtendría el 98,5% de sus ingresos por publicidad de difusión nacional, la cual es contratada en una fracción mayoritaria por las agencias de medios, las que negocian en forma centralizada la inversión publicitaria de los anunciantes y que además forman parte de un mercado moderadamente concentrado, según consta en la consideración cuadragésimo tercera de esta resolución. Por otro, es ampliamente reconocido en la industria (Archi, según señala GLR a fojas 901, Achap a fojas 637 y las mismas agencias de medios a fojas 749) que existen claras asimetrías en el poder de negociación a favor de las agencias de medios. Por último, GLR, en presentación de fojas 900, señala que las agencias de medios invierten entre el 1% y 3% de su presupuesto global en IARC. Por lo anterior, y atendido el hecho de que la publicidad en radio actúa predominantemente como un apoyo o complemento en las campañas publicitarias, este Tribunal estima que cualquier intento de ejercicio de poder de mercado por parte de un grupo radial, vía la fijación de precios abusivos para el avisaje radial, probablemente tendría el efecto de desviar avisaje desde la empresa consultante hacia sus competidores, o bien terminaría por desincentivar el avisaje radial;

5.3. Riesgo de ejercicio de prácticas exclusorias

Sexagésimo tercero. Que, en opinión de este Tribunal, la posibilidad e incentivos para ejercer prácticas exclusorias en el mercado relevante se ve morigerada por una serie de factores. En primer lugar, cabe considerar que las prácticas exclusorias típicamente involucran un sacrificio inicial de ingresos, presumiblemente transitorio, que adopta su ejecutor para lograr capturar o retener más demanda y así luego poder aumentar los precios. Entonces, es necesario en primer lugar tener capacidad para satisfacer el aumento de demanda que implique la reducción de precios u otra práctica exclusoria. En el caso de los radios, la demanda por avisaje que enfrenta cada oferente dependerá no sólo de la calidad de sus contenidos, sino también de los minutos asignados para avisaje. Así, a una calidad dada de contenido, es probable que su audiencia tienda a disminuir al aumentar el tiempo asignado a publicidad. Por lo tanto, existen límites a la cantidad de publicidad que puede captar un determinado oferente, incluso ante

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

una rebaja sustancial en su precio. Entonces, la única manera sostenible de aumentar en forma sustancial sus ingresos por avisaje debiera pasar por mejorar la calidad de sus contenidos, y no a través de prácticas exclusorias que son más probables de ocurrir en industrias en que los precios de demanda son relativamente insensibles a cambios en la cantidad suministrada del bien. Por último, la posibilidad que un grupo radial pueda implementar prácticas de 'paquetización' del espacio publicitario no es una opción sólo válida para la empresa resultante de la operación consultada en autos, puesto que también existen otras radios bajo propiedad de grupos multi-mediales (por ejemplo, Copesa, Canal 13 y El Mercurio), los que también podrían ofrecer, como complemento de una campaña radial, publicidad en otros medios. Así, los conglomerados con menos señales radiales y/o sin propiedad en otros medios informativos serían relativamente más vulnerables a las prácticas de paquetización, o venta atada de espacios para avisaje, que podrían ser incentivadas por incrementos relevantes en la participación de mercado de un determinado conglomerado radial;

Sexagésimo cuarto. Que, para efectos de reducir el riesgo precedentemente descrito, y además como una medida prudencial y precautoria destinada a salvaguardar una idónea oferta de contenidos de información, mediante la existencia de una razonable pluralidad de agentes productores y distribuidores de información, este Tribunal adoptará restricciones al crecimiento del número de señales bajo control de la empresa resultante del proceso de concentración en consulta;

5.4 Riesgo específico de cláusula contractual proyectada en el marco de la operación consultada

Sexagésimo quinto. Que, por último, el contrato sometido a consulta establece una cláusula de no competir, que impedirá por un lapso determinado al Grupo Claxson -propietario actual de Iberoamerican- y sus subsidiarias, reingresar al mercado chileno de radiodifusión, neutralizando así la posibilidad de ingreso de un competidor relevante, con experiencia exitosa en el país;

Sexagésimo sexto. Que, con el objeto de incrementar la desafiabilidad del mercado en los procesos de renovación de concesiones, debe evitarse la exclusión de agentes económicos relevantes y con experiencia en el medio nacional, como es el caso del grupo Claxson, controlador de la vendedora Iberoamerican Radio, y en consecuencia se debe condicionar la operación a la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

modificación de la cláusula de no competir aludida, limitando su duración de manera tal que el citado grupo no tenga obstáculos contractuales para participar en los concursos públicos por la renovación de concesiones de radiodifusión, en los términos señalados en lo resolutivo;

6.- Eficiencias derivadas de la operación consultada.

Sexagésimo séptimo. Que en todo análisis de concentración se deben sopesar las amenazas para la competencia con las potenciales ganancias en eficiencia que podría generar la operación, siempre que éstas no se puedan lograr por otras vías;

Sexagésimo octavo. Que las eficiencias y sinergias argumentadas en su favor por la consultante consisten, en general, en una significativa reducción de costos por duplicidad de instalaciones, personal y servicios; un incremento en las inversiones (estimado en \$52 millones anuales) para potenciar el medio radial como medio de publicidad, con mayor investigación del mercado y su difusión entre avisadores, programación más atractiva, incremento de la variedad y calidad de los contenidos; investigación y desarrollo de nuevos productos, especialmente en el ámbito de deportes e información; el desarrollo de contenidos a través de agencia de creatividad interna, con el fin de prestar un servicio integral a los avisadores; la optimización del uso y distribución de frecuencias e infraestructura, considerando asociaciones con emisoras locales en los lugares donde actualmente no llegan los contenidos del grupo; la implementación de nuevas tecnologías, como radio por Internet y por telefonía móvil; y el acceso a contenidos de relevancia internacional, por la posibilidad de contar con derechos de difusión y comercialización de grandes eventos. GLR señala que las sinergias y eficiencias proporcionarán mayores ingresos provenientes de la venta de espacios publicitarios correspondientes al crecimiento vegetativo por el desarrollo y perfeccionamiento cualitativo de los formatos actuales de las 12 radios que tendrá la empresa fusionada, estimados en \$2.660.000.- mensuales, y al potencial aumento de participación (del 2%) de la radio en inversión publicitaria, estimados en \$2.850.000.- mensuales. Asimismo, la operación permitirá un ahorro en gastos de explotación del orden de \$912.000.000.- para el período de tres años posteriores a la aprobación de la consulta;

Sexagésimo noveno. Que, sin embargo, 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, sea mediante una

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

reducción en los precios de avisaje o vía un incremento de la calidad y variedad de los contenidos;

Septuagésimo. Que, en cuanto a la variedad de contenidos que puede resultar de una operación de concentración, se desprende de la literatura económica que existen al menos dos fuerzas contrapuestas en la decisión de firmas que poseen múltiples señales radiales. Por una parte, este tipo de firmas en general preferirá no duplicar contenidos en sus radios, es decir, que éstas no compitan entre ellas en la captación de un tipo de audiencia. Por otra parte, podrían utilizar estratégicamente la variedad de contenidos para impedir la entrada de nuevos competidores en algún segmento específico del mercado. Todo lo anterior tiene efectos *a priori* ambiguos sobre la variedad de contenidos resultante, dependiendo el resultado definitivo de un conjunto de variables sobre las cuales no existe información en autos; entre otras, la distribución de preferencias de los oyentes radiales y el nivel y tipo de los costos relevantes al decidir sobre la variedad de contenidos (por ejemplo, qué nivel de costos fijos están asociados a crear un nuevo contenido radial y en qué grado dichos costos son 'hundidos' o de valor específico a ese contenido en particular). Adicionalmente, es razonable pensar que la probable reducción de costos asociada al proceso de consolidación consultado posibilitará a la empresa resultante aumentar la oferta de productos, lo que, en sí mismo, podría tener el efecto de aumentar la variedad de contenidos;

Septuagésimo primero. Que, en relación con lo anterior, la evidencia empírica disponible para los Estados Unidos de América confirma que, en ciertas circunstancias, existe una relación positiva entre el grado de concentración y la variedad de formatos de radio. Berry y Waldfogel (1999) al analizar los cambios en la estructura del mercado radial norteamericano como resultado de la modificación de la Ley de Telecomunicaciones (*Telecommunications Act*) en el año 1996, que flexibilizó las normas de propiedad de radios, encuentran que el aumento de la concentración fue acompañado de un aumento en los formatos de las radios. Por otra parte, también existe evidencia empírica que señala la existencia de una relación positiva entre la variedad de contenidos y el porcentaje de población que escucha radio (Rogers y Woodbury, 1996; Berry y Waldfogel, 1999);

Septuagésimo segundo. Que, sobre la base de la evidencia disponible, sólo es válido afirmar que es posible que la empresa fusionada aumente la diversidad de contenidos ofrecidos a los auditores y que, con ello, surjan nuevos canales para la distribución de avisaje en segmentos de la población previamente no servidos. Es probable que la empresa post-adquisición rediseñe los contenidos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de aquellas radios de menor audiencia que compiten directamente con sus radios de primera línea, como ocurriría en los casos de las radios FM Activa (IARC) y FM Futuro (CRC) y de las radios FM Pudahuel y FM Imagina (IARC) y FM Bésame (CRC). En la medida que se ofrezca a los auditores una mayor diversidad de contenidos, más probable será que un auditor particular encuentre una radio que se ajuste a sus preferencias y con ello mejore su bienestar. Asimismo, a mayor variedad de oferta de contenidos, debiera aumentar la audiencia total de las radios, haciendo así más atractivo para los anunciantes utilizar este medio para publicitar sus productos;

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;

Septuagésimo cuarto. Que, por otra parte, el argumento de la consultante en cuanto a que los convenios o asociaciones con emisoras locales en los lugares donde el grupo resultante de la operación no cuenta con frecuencias podría significar una mejora en la calidad, debe matizarse en el sentido que podría generar una reducción de la diversidad de contenidos, y no un incremento en la competencia mediante su entrada con nuevas señales en localidades pequeñas, sin desplazar o excluir a quienes actualmente transmiten en dichas áreas;

7.- Competencia potencial.

Septuagésimo quinto. Que, como ya ha sido expuesto en la presente resolución, los nuevos operadores que quieran entrar a la industria de la radiofonía enfrentarán, como principal barrera a la entrada, la necesidad de obtener una concesión para la transmisión de señales de radio. A lo anterior, probablemente, deberán agregarse los importantes costos de entrada que impondrá la existencia de un conglomerado que cuente con un número importante de radios y de penetración significativa en diferentes segmentos del mercado. Esto último, posiblemente exigirá a los nuevo entrantes formar una cadena de radios tal que permita desafiar la posición de dominio de la empresa resultante de la operación de concentración consultada;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Septuagésimo sexto. Que, sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal tiene presente que, en el mediano plazo, es dable esperar que tienda a masificarse la recepción por parte del público de transmisiones de contenidos audiovisuales realizadas con distintas tecnologías, especialmente las que utilizan Internet como soporte, así como la digitalización de las señales de radio que permitirán un mayor número de señales en una misma porción de espectro radioeléctrico. El uso de estas tecnologías reducirá el efecto de barrera a la entrada consistente en la necesidad de disponer de espectro para emitir señales radiales;

Septuagésimo séptimo. Que, no obstante ello, en el corto plazo, la penetración de nuevas tecnologías no es suficiente como para reducir sustancialmente el efecto de barrera a la entrada que implica la limitación de concesiones de radiodifusión sonora. Por ello, el concurso público que la LGT contempla para efectos de renovar o reasignar dichas concesiones, según sea el caso, al vencimiento de su plazo de vigencia, constituye una importante oportunidad de desafiabilidad del mercado, circunstancia que llevará a este Tribunal a prevenir en lo resolutivo a la Subtel para que este organismo lleve a cabo los concursos de asignación y renovación de frecuencias radiales en las condiciones más libres, objetivas, no discriminatorias y transparentes posibles;

Septuagésimo octavo. Que, adicionalmente, la existencia de esta instancia de concurso genera, bajo condiciones apropiadas de competencia, incentivos adecuados para que la empresa resultante de la operación incremente la calidad de sus contenidos y se abstenga de realizar conductas predatorias o exclusorias;

Septuagésimo noveno. Que, teniendo presente, sin embargo, que la renovación extiende el plazo de vigencia de la concesión por otros 25 años, este Tribunal estima necesario imponer condiciones específicas a la operación, como se señala en lo resolutivo, respecto de la participación de la empresa fusionada en los concursos públicos de renovación de sus concesiones que se desarrollaran a partir del año 2010. Lo anterior, con el objeto de que la consultante acredite fundadamente que ha logrado las eficiencias que estima generará la operación, en el sentido analizado en esta resolución, y que no se han producido los efectos contrarios a la competencia que estos sentenciadores asimismo han identificado como riesgos originados por la operación consultada;

8.- Consideraciones adicionales respecto del mercado informativo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Octogésimo. Que, de acuerdo con lo ya razonado en los motivos Segundo a Décimo de la presente resolución, el análisis de competencia en este caso se ha enfocado primordialmente en materias económicas relacionadas con la actividad radial pues, verificando que no existan impedimentos económicos que entraben en forma significativa la actividad comercial y la competencia entre estos medios de comunicación, se cautela, indirectamente, la diversidad y pluralismo en el mercado informativo;

Octogésimo primero. Que, por lo anterior, los razonamientos de esta resolución se han centrado en analizar las barreras a la entrada en el mercado, estableciendo la necesidad de imponer medidas para favorecer la desafiabilidad del mismo, al tiempo que ha considerado que la mayor concentración que se observará si se materializa la adquisición consultada puede favorecer el fortalecimiento y diversificación de los contenidos del medio radial, en relación con otros medios de comunicación, redundando probablemente en un aumento global de la audiencia y en una mayor demanda de las empresas por espacios de publicidad radial;

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 existe 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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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 37º de la ley 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;

Octogésimo quinto. Que lo dicho en el considerando anterior obliga a este Tribunal a tener una especial preocupación por equilibrar el legítimo fortalecimiento de las empresas que intervienen en la industria radial, por una parte -que, como se ha dicho, puede fomentar la eficiencia en la misma-, con la posibilidad de que nuevos entrantes participen en la industria a pesar de las barreras a la entrada que implica la escasez relativa de concesiones de frecuencias radiales, establecida en la presente resolución;

Octogésimo sexto. Que, teniendo en cuenta también la función social que cumple la radiofonía en muchas localidades del país, en las que constituye en la actualidad un vehículo irremplazable de comunicación y cohesión de la comunidad, este Tribunal considera importante identificar aquellas zonas del país donde la operación consultada pudiese tener el efecto de concentrar excesivamente la actividad, llegando a un nivel que pueda poner en riesgo el bienestar social, al exacerbar o consolidar las barreras a la entrada de nuevos competidores o de actuales competidores más eficientes. A juicio de este Tribunal, y de acuerdo con información pública de Subtel referida a las concesiones asignadas en octubre de 2006, e información acompañada por la misma a fojas 478, el riesgo del que aquí se viene hablando se producirá, en caso de aprobarse sin condiciones la operación consultada, en las comunas de Iquique, La Serena, Tongoy, Cartagena, Quilpué, Talcahuano, Los Ángeles, Temuco, Nueva Imperial y Valdivia y, en mayor medida, en las de Concepción, Villarrica, Osorno y Puerto Montt; lugares todos en los que la empresa resultante de la operación consultada tendrá un control significativo de las frecuencias asignadas y en las que, o no existen otras frecuencias disponibles, o no es probable el ingreso de nuevos competidores o de competidores actuales más eficientes sin que se libere parte del espectro radioeléctrico actualmente en uso;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Octogésimo séptimo. Que, por las razones expresadas precedentemente, y a fin de mantener las condiciones de competencia necesarias para garantizar la pluralidad de medios y contenidos que señala la ley, este Tribunal ordenará a la consultante desprenderse, en las localidades referidas, de una o más frecuencias en la banda FM, como condición a la que deberá someterse la operación consultada;

9.-Consideraciones respecto de argumentos adicionales esgrimidos por intervinientes

Octogésimo octavo. Que las sociedades Finis Térrea Sociedad Radiodifusora S.A., Radiodifusora Intermezzo Ltda., Compañía Chilena de Comunicaciones S.A., Difusión y Comunicaciones S.A., Comunicaciones Santa Bárbara S.A., Sociedad Radiodifusora Infinita Ltda. y Comunicaciones Continental S.A., relacionadas a las radios Universo AM-FM, Cooperativa AM-FM, Romántica, Infinita y Tiempo, presentaron antecedentes y argumentos considerando que la operación consultada debía ser rechazada; señalando, entre otras cosas, que dicha operación además no cumpliría con las normas sobre reciprocidad internacional respecto de la propiedad o control de concesiones de espectro radioeléctrico;

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;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Nonagésimo primero. Que, no obstante lo anterior, ésta circunstancia no será considerada en la resolución de esta consulta, dado que su cumplimiento, así como otros requisitos formales establecidos en la LGT, debe ser fiscalizado por la Subsecretaría de Telecomunicaciones y no por este Tribunal, en tanto excede su competencia en un procedimiento de esta naturaleza;

9.- Resolución del Tribunal.

Atendido el mérito de la causa, las consideraciones precedentes, y teniendo presente lo dispuesto en los artículos 1º, 3º, 18º y 31º del Decreto Ley N° 211,

SE RESUELVE:

Primero. Aprobar la operación de concentración consultada por GLR Chile Ltda., de fojas 25, la que deberá, en todo caso, someterse a las siguientes medidas y condiciones:

1.- La consultante y sus filiales, coligadas o relacionadas deberán consultar a este Tribunal, en los términos de los artículos 18 N° 2 y 31 del D.L. N° 211, en forma previa, cualquier hecho, acto o contrato por el que pretenda adquirir la propiedad, el derecho de uso, o cualquier otra relación contractual, que le permita controlar, directa o indirectamente, la operación, explotación, o contenidos, de toda y cualesquiera concesión de radiodifusión distinta de aquellas que han sido objeto de esta consulta;

2.- La consultante y sus filiales, coligadas o relacionadas que sean titulares de concesiones de radiodifusión, o tengan derechos de uso, o el control por cualquier vía, directa o indirecta, de la propiedad o de relaciones contractuales sobre éstas, deberán consultar a este Tribunal, sobre la base de antecedentes suficientes, en los términos de los artículos 18 N° 2 y 31 del D.L. N° 211, respecto de su participación en los concursos públicos para la renovación de dichas concesiones;

3.- En la operación consultada no se podrán establecer prohibiciones, restricciones o condiciones a la participación del vendedor y sus filiales, coligadas o relacionadas, directa o indirectamente, en el negocio de radiodifusión en Chile (entendiéndose por tal a todo negocio relacionado con la operación y explotación de estaciones de radio, la producción y comercialización de programas y contenidos de radios, y su difusión por señales radiofónicas, internet o medios digitales), que excedan del plazo de dos años contados desde la fecha de esta resolución. Esta condición es aplicable tanto al contrato presentado por la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

consultante a la consideración de este Tribunal como a cualquier otra convención o acuerdo que pueda suscribir en el futuro;

4.- La consultante y sus filiales, coligadas o relacionadas que sean titulares de concesiones de radiodifusión, o tengan derechos de uso o control de las mismas por cualquier vía directa o indirecta, deberán, dentro de seis meses contados desde que la presente resolución quede ejecutoriada, enajenar a terceros, renunciar, o poner término a:

i) una concesión en cada una de las siguientes ciudades: Iquique, La Serena, Tongoy, Cartagena, Quilpué, Talcahuano, Los Ángeles, Temuco, Nueva Imperial, y Valdivia; y,

ii) dos concesiones en cada una de las siguientes ciudades: Concepción, Villarrica, Osorno y Puerto Montt;

En caso de enajenación, ésta no podrá efectuarse a personas naturales o jurídicas filiales, coligadas ni relacionadas de la consultante; ni a terceros con quienes la consultante, sus filiales, coligadas o relacionadas tengan relaciones patrimoniales o contractuales al momento de celebrarse los actos o contratos necesarios para perfeccionar dicha enajenación; ni a sociedades filiales, coligadas o relacionadas de dichos terceros; y

5. El incumplimiento de alguna de las condiciones establecidas en esta Resolución acarreará la nulidad de los actos y contratos consultados, sin perjuicio de las demás sanciones que sean procedentes;

Segundo. Prevenir a la Subsecretaría de Telecomunicaciones a fin de que, en lo sucesivo, los concursos para la asignación y renovación de frecuencias radiofónicas que efectúe, se desarrollen de acuerdo con lo señalado en el artículo 13° de la Ley General de Telecomunicaciones, en condiciones públicas, transparentes, objetivas y no discriminatorias, a fin de asegurar así las mejores condiciones de competencia en el mercado.

Acordado lo resuelto con el voto en contra del ministro señor Menchaca, quien estuvo por rechazar la operación consultada en autos por las siguientes consideraciones:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1°) Que, si bien este disidente comparte gran parte de las consideraciones de la resolución de mayoría, que señala los problemas que traería la operación consultada para el mercado del avisaje en radios y la llevó a imponer diversas condiciones a la misma, es de la opinión que ello no es suficiente y debe rechazarse dicha operación de concentración por los graves riesgos que conllevaría tanto para dicho mercado, que se señalan en la referida resolución, como asimismo por su impacto en el mercado informativo, cuyos efectos deben ser considerados cuidadosamente por este Tribunal por mandato expreso del legislador, según se indica en los primeros nueve considerandos de la resolución de autos;

2°) Que la consultante no proporcionó antecedentes sobre las supuestas ventajas de eficiencia que podrían derivar de la operación consultada, como correspondía, constando en autos, por el contrario, el importante aumento en la concentración que se produciría de concretarse dicha operación, que convertiría a este mercado en uno altamente concentrado, según los parámetros de concentración generalmente utilizados internacionalmente;

3°) Que, si bien el grado de concentración de la industria no es por sí solo suficiente para estimar como contraria a la libre competencia una operación de concentración, deben tenerse presentes las importantes barreras a la entrada existentes en este mercado y los posibles efectos para la competencia que podría traer la operación consultada no sólo en el mercado del avisaje en radios, que efectivamente puede estimarse como mercado relevante desde el punto de vista del negocio comercial de las radios, pues de allí provienen sus ingresos, sino también desde el punto de vista del consumidor de los servicios informativos que presta la radio, que si bien no pagan por escucharla, se podrían ver severamente afectados en su derecho al pluralismo informativo -que a su vez es necesario para garantizar las libertades de opinión e información que pretende proteger la Ley 19.733- en caso que se concentre excesivamente el mercado de dichos servicios;

4°) Que, de aprobarse la operación consultada, pasaría a existir un actor dominante que tendría 12 cadenas de radio de alcance nacional, con una participación en la audiencia del 44,7% en Santiago y del 38,9% en regiones, que captaría más del 37% del avisaje en radios y que detentaría, en promedio, cerca del 30% de las frecuencias FM disponibles y, en algunas localidades, el 100% de las mismas, no existiendo, además, frecuencias disponibles en la mayor parte de las localidades del país. Ante ello, la teoría económica nos indica que una reacción

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

esperable de sus competidores será la de tender a concentrarse también, a fin de poder competir con la cadena de radios resultante de la operación consultada, que podría ofrecer contenidos diferenciados a los diversos segmentos del mercado, con lo que se haría más atractiva para captar avisaje y más difícilmente desafiada por quien no tenga la capacidad de replicar estas características. Lo anterior se hace más probable si consideramos que las cadenas de radios que siguen en importancia a la de las empresas fusionadas cuentan, a la fecha, sólo con 6 y 3 señales de radio con cobertura nacional, respectivamente. A esto hay que agregar que sería difícil que este Tribunal impida otras fusiones que puedan producirse si se autoriza la de autos, por lo que probablemente en el futuro tendremos un mercado en que tenderían a disminuir las cadenas de radios pequeñas y las radios locales con lo que, independientemente de lo que pueda ocurrir desde el punto de vista de la actividad comercial de las radios, respecto de lo cual no existe suficiente información en autos, es indudable que se vería severamente afectado el pluralismo en el sistema informativo que la Ley 19.733 exige a este Tribunal resguardar;

5°) Que no son claras las consecuencias que tendría el aumento en la concentración del mercado del avisaje en radios, pues si bien es posible estimar que aumentarían las posibilidades de comportamientos oportunistas por la o las cadenas dominantes, este efecto negativo podría verse morigerado por la posibilidad de que la mayor concentración permita eventualmente obtener ventajas de eficiencia a las empresas fusionadas, que permitieran aumentar la participación de las radios en el mercado del avisaje en general, lo que en todo caso no se ha acreditado en autos. Sin embargo esta mayor concentración, a juicio de este disidente, ciertamente tenderá a producir efectos adversos en el mercado informativo;

6°) Que el artículo 3° de la Ley 19.733 señala expresamente que: *“El pluralismo en el sistema informativo favorecerá la expresión de la diversidad social, cultural, política y regional del país. Con este propósito se asegurará la libertad de fundar, editar, establecer, operar y mantener medios de comunicación social”*. A juicio de este disidente, para que tal objetivo se logre es imprescindible que exista suficiente atonicidad, por lo que el análisis de concentración cobra en este preciso mercado una importancia mucho mayor a la que tiene en el análisis de otros en que sólo interesa evitar que, por la vía de su concentración, las empresas fusionadas adquieran un poder de mercado del que puedan abusar y asimismo que, producto de una operación de concentración, queden en condiciones de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

vender productos en menor cantidad y a un precio mayor que el que existiría de no aprobarse la misma;

7°) Que, a mayor abundamiento, cabe señalar que, tal como se señala en el considerando octogésimo octavo de la Resolución de mayoría, el artículo 9 de la Ley 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. La consultante, habiendo reconocido que cuenta con una participación accionaria de capital español superior a la establecida en la norma citada, no ha acreditado que se cumplan las condiciones de reciprocidad exigidas. Por el contrario, existen antecedentes fundados (informe en derecho de fojas 475 aportado por los consorcios radiales) de que España establecería condiciones a inversionistas extranjeros más restrictivas que las aplicadas en Chile respecto del control de concesiones de radiodifusión. A juicio de este disidente 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 también a aquellas personas o sociedades que tienen o ejercen control sobre ésta, sea mediante sociedades relacionadas, participación accionaria o cualquier figura contractual que manifieste dicho control, pues de lo contrario tales normas quedarían sin real sentido y aplicación, siendo fácilmente eludibles con la sola figura de la transferencia de acciones entre empresas matrices;

8°) Que, en consecuencia, a juicio de este disidente, la operación consultada, además de infringir las normas sobre protección a la libre competencia, por las razones ya indicadas, al afectar gravemente la competencia en el mercado informativo y asimismo, aunque en menor medida, la competencia en el mercado del avisaje en radios, también infringiría las normas sobre propiedad o control de medios de comunicación bajo régimen de concesión, indicadas en el considerando precedente;

Notifíquese, transcríbese a la Fiscalía Nacional Económica y a la Subsecretaría de Telecomunicaciones del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

agréguese copia autorizada de la presenta resolución al expediente de la causa rol NC N° 201-07 y archívese en su oportunidad.

Rol NC N° 173-06.

Pronunciada por los Ministros Sr. Eduardo Jara Miranda, Presidente, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Sr. Radoslav Depolo Razmilic, Sr. Tomás Menchaca Olivares y Sr. Julio Peña Torres. No firma el Ministro Sr. Menchaca, no obstante haber concurrido a la audiencia pública preceptiva y al acuerdo de la presente resolución, por encontrarse ausente. Autoriza Sr. Javier Velozo Alcaide, Secretario Abogado.