



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO



Tesina Escuela de Derecho Universidad de Valparaíso

**“CONCENTRACIÓN DE LOS MEDIOS DE
COMUNICACIÓN EN CHILE. UN ANÁLISIS
DESDE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN”.**

Autores:

Sofía Reyes Reyes

Fernando Vera Abarzúa

Profesor guía:

Christian Viera Álvarez

Diciembre, 2018.

TABLA DE CONTENIDOS

1. INTRODUCCIÓN.....	4
2. LIBERTAD DE EXPRESIÓN, DEMOCRACIA Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN	
2.1. Fundamentos de la libertad de expresión.....	4
2.2. Libertad de expresión y pluralismo informativo.....	12
2.3. La concentración de la propiedad en los medios de comunicación.....	13
3. LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN DEMOCRACIA: DE LA FORMACIÓN DE LA AGENDA MEDIÁTICA Y LA OPINIÓN PÚBLICA	
3.1. El control de la agenda mediática y la opinión pública.....	15
3.2. El aporte de Chomsky y Sartori en el estudio de los medios de comunicación	20
4. ESTATUTO JURÍDICO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, EL PLURALISMO INFORMATIVO Y LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN CHILE	
4.1. Libertad de expresión en Chile.....	22
4.2. Pluralismo informativo en Chile.....	27
4.3. La libre competencia: un mecanismo de protección indirecta del pluralismo informativo.....	33
4.4. El caso chileno: un paradigma de la concentración mediática.....	34
5. CONCLUSIÓN	40
6. BIBLIOGRAFÍA	43

RESUMEN

Este artículo analiza las causas que han permitido la concentración de la propiedad de los medios de comunicación en Chile. Si bien es cierto que tal fenómeno es una tendencia que se registra con mayor o menor fuerza en distintas latitudes, el caso chileno sobresale por sus elevados niveles de concentración y por la pasividad que ha asumido el Estado frente a tal situación. Sostendremos que lo anterior ha sido posible principalmente por tres motivos: primero, por la manera en que el constituyente y el legislador han interpretado la libertad de expresión, esto es, como un derecho meramente individual de no-interferencia; segundo, por la ausencia de un acabado reconocimiento del pluralismo informativo; y, tercero, por la débil protección que las normas comunes de libre competencia han brindado al pluralismo en la industria comunicacional.

1. INTRODUCCIÓN

En las sociedades contemporáneas los medios de comunicación están llamados a cumplir distintas funciones. Ya no sólo se encargan de difundir información, sino que también se han constituido en uno de los mecanismos mejor capacitados para investigar a los poderes públicos y fomentar el debate entre los ciudadanos. Sin embargo, la posibilidad de llevar a cabo dichas funciones se ha visto dificultada por la concentración de la propiedad de los medios de comunicación.

Dicha concentración, por supuesto, no es una situación exclusiva de nuestro país, pero lo que sí es propio de Chile es la actitud pasiva que ha mantenido el Estado frente a tal fenómeno. En efecto, mientras varios Estados han decidido, por ejemplo, enfrentar los problemas de la concentración mediática por la vía de establecer límites al porcentaje que un mismo grupo económico puede tener dentro del mercado comunicacional, nuestro país, en cambio, no ha adoptado ninguna medida efectiva tendiente a revertir tal escenario.

Como veremos a continuación, los preocupantes niveles de concentración medial existentes en Chile han sido permitidos, desde un punto de vista jurídico, por la manera en que el constituyente y el legislador han consagrado y entendido la libertad de expresión, esto es, como un derecho de no-interferencia (meramente individual o subjetivo), sin dimensión social o colectiva. A lo anterior, por cierto, se suma la desmedida preeminencia que, como es sabido, se otorga en nuestro ordenamiento jurídico al derecho de propiedad y a la libre iniciativa económica frente a los restantes derechos fundamentales. Por ello, no debe extrañarnos que los medios de comunicación sean considerados una mera actividad económica, que, al igual que cualquier otra, debe desarrollarse dentro de los marcos de un mercado desregulado con escasa intervención estatal.

En este trabajo, entonces, nos proponemos demostrar que la manera en que ha sido concebida la libertad de expresión en nuestro ordenamiento jurídico es insuficiente según los requerimientos de un régimen pluralista y democrático. Para lograr dicho cometido, comenzaremos analizando las distintas fundamentaciones que se han otorgado para justificar la libertad de expresión, así como los diversos aspectos que componen tal derecho y la vinculación de éste con el pluralismo informativo. Luego, a partir de los aportes realizados por la teoría de la comunicación política (en especial la teoría de la *agenda setting*) y otras ciencias

sociales, estudiaremos el rol que juegan los medios de comunicación en la definición del debate político y en la formación opinión pública. A continuación, nos adentraremos a examinar el estatuto jurídico regulador de la libertad de expresión, el pluralismo informativo y los medios de comunicación en Chile, con especial detenimiento en la historia fidedigna de la denominada “Ley de Prensa”, y en el rol asignado a los organismos defensores de la libre competencia respecto a la industria comunicacional. Por último, finalizaremos nuestra investigación dando cuenta de las principales conclusiones obtenidas a lo largo de este trabajo, colocando énfasis en los riesgos que entraña la situación de concentración mediática para nuestra democracia.

2. LIBERTAD DE EXPRESIÓN, DEMOCRACIA Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN

2.1. Fundamentaciones de la libertad de expresión

En el ámbito de la filosofía política es posible encontrar al menos tres grandes tipos de fundamentos que sirven para justificar la importancia de la libertad de expresión: el argumento de la autorrealización, el argumento de la búsqueda de la verdad, y el argumento democrático¹. Cada una de estas argumentaciones, debido a que responden a tradiciones filosóficas disímiles, otorgan razones diversas para el reconocimiento de la libertad de expresión, lo que, a su vez, condiciona el contenido y la naturaleza del derecho. Es un error pensar, en consecuencia, que la fundamentación es un ejercicio teórico baladí sin trascendencias prácticas. De hecho, como veremos a continuación, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos², que se suele considerar como un material de gran valor sobre la materia, ha echado mano a cada uno de los tres argumentos mencionados a la hora de interpretar la Primera Enmienda, y ello ha producido importantes consecuencias, por ejemplo, a la hora de decidir cuál es el rol que le corresponde asumir al Estado frente a la concentración de la propiedad en los medios de comunicación.

¹ CARBONELL, Miguel (2010). “El fundamento de la libertad de expresión en la democracia constitucional”. En: *Sufragio*, vol. 5, n.º 5, pp. 21-22.

² Véase “Stanley vs. Georgia” (1969), “44 Liquormart vs. Rhode Island” (1996), “Central Hudson Gas and Electric Corp. vs. Public Service Commission of New York” (1980), “Wooley vs. Maynard” (1977), “Whitney vs. California” (1927), “New York Times vs. Sullivan” (1964), “Schneider vs. State” (1939), etcétera.

Pues bien, tratándose de la primera fundamentación de la libertad de expresión, esto es, el argumento de la autorrealización, su origen se remonta a la célebre obra de John S. Mill: *On Liberty*. En ella, el filósofo y economista inglés, apoyándose en el pensamiento de Wilhelm Von Humboldt, afirmó que el fin del hombre es el desenvolvimiento más elevado y armonioso de sus facultades, y que para lograr tal objetivo no se deben abrazar sin más las tradiciones y costumbres imperantes en la sociedad sino que cada individuo, haciendo un examen crítico de éstas, debe elegir su propio plan de vida³: “el que deja al mundo, o cuando menos a su mundo, elegir por él su plan de vida no necesita ninguna otra facultad más que la de la imitación propia de los monos. El que escoge por sí mismo su plan, emplea todas sus facultades”⁴.

Según el argumento de la autorrealización, la libertad de expresión es un derecho de naturaleza individual que debe protegerse porque permite a cada individuo el libre desarrollo de su personalidad de acuerdo a las convicciones políticas, morales y religiosas que el mismo sujeto determina para sí⁵. No obstante, para llegar a dicha conclusión se han esbozado distintos razonamientos. Así, hay quienes⁶, desde posturas iusnaturalistas, afirman que la libertad de expresión es un derecho natural o pre-político que pertenece a todo individuo con anterioridad a la formación del Estado. Otros, en cambio, entre los que destacan Ronald Dworkin y Robert Alexy, sostienen que la libertad de expresión es un derecho moral que emana de la dignidad humana, o bien, de la igual consideración y respeto que merece todo sujeto en virtud de la idea de igualdad política⁷.

Además, se suele complementar lo anterior señalando que la libertad de expresión es un derecho de no-interferencia, esto es, “una garantía consistente únicamente en deberes públicos negativos o de no hacer -de dejar vivir y de dejar hacer- que tienen por contenido prestaciones negativas o no prestaciones”⁸. En otras palabras, la libertad, así entendida, se comporta como un límite a las posibilidades de actuación de los poderes públicos⁹. Sobre este punto es interesante constatar que si bien la mayoría de los pensadores liberales han centrado su

³ MILL, John Stuart (2009). *Sobre la libertad*. Madrid: Alianza Editorial, pp. 127-131.

⁴ *Ibid*, p. 130.

⁵ CARBONELL, “El fundamento de la libertad de expresión en la democracia constitucional”, p. 24.

⁶ Véase LOCKE, John (1999). “Ensayo sobre la tolerancia”. En: LOCKE, John, *Ensayo y Carta sobre la Tolerancia*. Madrid: Alianza Editorial, pp. 30-31.

⁷ DWORKIN, Ronald (1989). *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel S.A., p. 295.

⁸ FERRAJOLI, Luigi (2005). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta S.A., p. 860.

⁹ FUENTES, Ximena (2002). “La protección de la libertad de expresión en el sistema interamericano de Derechos Humanos y la promoción de la democracia”. En: *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 13, p. 226.

reflexión en torno a los peligros que desde el Estado se ciernen sobre la libertad de expresión, otros, como el mismo John S. Mill, con igual preocupación han constatado y denunciado las amenazas que desde la sociedad civil pueden provenir contra tal derecho. En opinión de George Sabine, “la amenaza a la libertad que Mill temía principalmente no era del gobierno sino de una mayoría intolerante frente a lo no tradicional”¹⁰, y por eso *On Liberty* debe ser interpretado como un llamado “no para aliviar la opresión política ni para provocar un cambio en la organización política sino para lograr una opinión pública auténticamente tolerante, que valore las diferencias de puntos de vista”¹¹.

Históricamente esta primera postura ha ejercido una notable influencia en el ámbito político y constitucional. Un ejemplo claro de ello es la academia y jurisprudencia norteamericana. Según indica Owen Fiss, durante todo el siglo XIX y hasta comienzos del siglo XX la Corte Suprema estadounidense estimó que la libertad de expresión era un derecho natural. Durante el transcurso del siglo XX, sin embargo, esta interpretación perdió influencia y gradualmente fue desplazada por una concepción democrática de la libertad de expresión¹². Pero desde la década del 80’ en adelante, debido al enorme impacto que tuvieron las doctrinas representadas por Ronald Reagan, la idea de la libertad de expresión como derecho natural recobró sus fuerzas y logró reimponerse en la jurisprudencia¹³ de la Corte Suprema¹⁴. En efecto, desde este último giro de la jurisprudencia norteamericana se ha invocado en reiteradas oportunidades la idea de la libertad natural para impedir que el Estado cumpla con su deber de actuar en los casos que involucran medios de comunicación¹⁵.

A juicio de Owen Fiss, la sentencia de la Corte Suprema estadounidense que plasma de manera más clara la idea de la libertad de expresión en su sentido natural es “Stanley vs. Georgia” de 1969. En dicho caso, el demandante había sido condenado previamente por el Estado de Georgia por el delito de tenencia de películas obscenas en su hogar; decisión que luego fue revertida por la Corte Suprema. Fiss, a propósito del fallo de la Corte, piensa que “se

¹⁰ SABINE, George (2013). *Historia de la teoría política*. Ciudad de México D.F.: Fondo de Cultura Económica, p. 531.

¹¹ *Ibíd*, p. 531.

¹² FISS, Owen (2010). “La idea de libertad política”. En: FISS, Owen, *Democracia y disenso: una teoría de la libertad de expresión*. Buenos Aires: AD-HOC, pp. 28-29.

¹³ Véase “Stanley vs. Georgia” (1969); “44. Liquormart vs. Rhode Island” (1966); “Central Hudson Gas and Electric Corp. vs. Public service commission of New York” (1980).

¹⁴ FISS, “La idea de libertad política”, p. 39.

¹⁵ *Ibíd*, p. 44.

consideró que la regulación estatal había invadido un dominio que, por naturaleza, pertenecía al individuo, y [...] la Enmienda fue utilizada como base formal para invalidar dicha regulación”¹⁶.

Otra manera distinta de fundamentar la libertad de expresión ha sido el “argumento de la búsqueda de la verdad”. Conforme a éste, para descubrir la verdad respecto de un asunto es necesario debatir y contraponer todos los argumentos existentes sobre la materia, lo que supone necesariamente que cualquier persona puede expresar libremente su punto de vista¹⁷. Esta fundamentación tiene su punto de partida, al igual que la anterior, en la obra de John S. Mill, quien aseveró que sólo a través de una discusión libre y abierta respecto de nuestras opiniones podemos llegar a conocer cuál es la verdad. En opinión de Mill, la libertad de expresión nos permite refutar opiniones falsas, examinar nuestras propias creencias a fin de afianzarlas como verdaderas o prescindir de ellas, y recoger de las distintas opiniones lo que hay de verdadero en cada una de ellas. Por el contrario –siguiendo con Mill– negarse a oír una opinión porque a priori se considera que es falsa es admitir que se tiene la verdad absoluta y que se es, por lo tanto, un ser humano infalible; negarse a oír una opinión porque se cree con vehemencia que la opinión propia es verdadera, sólo convierte a ésta en un juicio conservado meramente por la rutina y no en una verdad viva, pues esta última sólo se alcanza cuando las opiniones pueden ser total, frecuente y libremente discutidas¹⁸.

El argumento de la búsqueda de la verdad también ha sido acogido por la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana. Probablemente el caso más emblemático es “Abrams vs. United States” de 1919, en el cual el juez Oliver Wendell Holmes Jr., con la redacción de su famoso disenso, da vida a la locución del “mercado de las ideas”. En dicha contienda, la Corte debió conocer de la condena penal a la que se había sentenciado a un activista político por la difusión de panfletos que estaban en contra del envío de tropas a Rusia, y que convocaban a una huelga general de trabajadores. Por decisión mayoritaria los jueces de la Suprema Corte confirmaron la condena; sin embargo, el juez Holmes, uno de los dos magistrados disidentes, sostuvo que la conducta del activista era legítima pues se amparaba en la libertad de expresión. Según sostuvo Holmes, para llegar a conocer la verdad se requiere que las diversas opiniones e ideas compitan entre sí –tal como si se tratara de un “mercado de ideas”– de modo que aquella

¹⁶ *Ibíd*, p. 20.

¹⁷ CARBONELL, “El fundamento de la libertad de expresión en la democracia constitucional”, p. 22.

¹⁸ MILL, *Sobre la libertad*, pp. 77, 81-82, 100, 106-107 y 114.

opinión que logre prevalecer sobre las restantes es la que debe estimarse más cercana a la verdad¹⁹.

Por último, una tercera forma de fundamentar la libertad de expresión es el “argumento democrático”. Para éste la libertad de expresión debe ser protegida porque es un requisito necesario para el funcionamiento de todo sistema democrático. Como se sabe, la democracia indirecta, en tanto forma de gobierno, exige un cierto grado mínimo de compromiso por parte de sus ciudadanos, pero el ejercicio efectivo de los derechos políticos por parte de éstos sólo es posible en la medida que, por una parte, puedan expresar libremente sus ideas y opiniones y, por otra parte, se les permita recibir información de distinto tipo para forjar sus convicciones políticas²⁰. Sin tales condiciones el debate público y la participación política se toman imposibles.

Se ha considerado que el precursor de esta teoría es Alexander Meiklejohn²¹, quien, al reflexionar sobre cuál es el ámbito de protección de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, afirmó que la libertad de expresión tiene por objeto amparar el “autogobierno”, es decir, el derecho de los ciudadanos a participar en la vida política a través del voto, el cual requiere, para su correcto ejercicio, que los ciudadanos tengan previo conocimiento sobre el asunto que deben decidir²². Así, la fundamentación democrática concilia la autonomía individual con la autodeterminación colectiva, porque según ella la toma de decisiones por parte de la autoridad, especialmente del Poder Legislativo, debe ir precedida por un debate público. Por esta razón, Alexander Meiklejohn considera que aun cuando la opinión de un determinado individuo no esté de acuerdo con la decisión de la autoridad, ésta sigue siendo legítima puesto que ha sido precedida por un debate público²³. Esta idea original de

¹⁹ Lo anterior en: AHUMADA, Paula (2017). “Del mercado de las ideas a la mercantilización de la esfera pública bajo el orden constitucional en Chile”. En: *Derecho y crítica social*, vol. 3, n.º 2, pp. 157-158. Debemos precisar, eso sí, que para AHUMADA la idea del mercado de las ideas es compatible con las tres teorías que hemos señalado y eso explica, a su juicio, la atracción y la influencia que ha tenido tal metáfora.

²⁰ MARCIANI, Betzabé (2005). “La posición preferente del derecho a la libertad de expresión: un análisis crítico de sus fundamentos”. En: *Revista pensamiento constitucional*, vol. 11, n.º 11, pp. 352-357, 366.

²¹ Véase MEIKLEJOHN, Alexander (1960). *Political Freedom: The Constitutional Powers of the People*. Nueva York: Harper. Y del mismo autor (1961), “The First Amendment is an Absolute”. En: *The Supreme Court Review*, n.º 1, pp. 253-255.

²² SÁNCHEZ, Santiago (1992). “Sobre la libertad de expresión en el mundo anglosajón”. En: *Revista de administración pública*, n.º 127, pp. 56-58.

²³ POST, Robert (2011). “El error de Meiklejohn: la autonomía individual y la reforma del discurso público”. En: POST, Robert, *El estado frente a la libertad de expresión*. Buenos Aires: Universidad de Palermo – UP, pp. 178-179.

Meiklejohn ha dado lugar a variantes más sofisticadas de la fundamentación democrática, como las de Robert Bork²⁴, Robert Post²⁵ y Owen Fiss²⁶.

Así concebida, la libertad de expresión ya no es considerada sólo como un derecho de carácter individual, sino que también como un derecho de carácter colectivo, es decir, como una “libertad política”. A partir de lo anterior, adherentes a esta tercera fundamentación han elaborado la teoría de la posición preferente según la cual en caso de producirse una colisión entre el derecho a la libertad de expresión y otro derecho fundamental siempre debe prevalecer aquel frente a éste, lo cual viene a reforzar la protección que debe brindarse a esta libertad²⁷. Asimismo, se ha dicho que recae sobre el Estado la obligación positiva de proteger la libertad de expresión por la vía de garantizar una discusión libre y abierta. Owen Fiss, al respecto, sostiene que:

“El deber de proteger el debate público representa el reconocimiento más pleno de los imperativos latentes en la idea de libertad política y descansa en dos proposiciones. En primer lugar, que los actores privados [...] pueden amenazar el debate público tanto como los actores estatales. En segundo lugar, que el Estado a veces puede ser el único poder en una sociedad capaz de contener estas fuerzas. Ninguna de las proposiciones niega que el poder del Estado podría ser utilizado con el propósito de subsumir el debate público. Más bien reflejan la creencia de que el efecto en el debate público de la censura de los llamados actores privados [...] no es cualitativamente diferente de la censura estatal, y que la amenaza que ambas significan para la democracia a veces podría justificar la expansión de la autoridad regulativa del Estado”²⁸.

Como ya adelantábamos, la fundamentación democrática también ha sido recogida por la jurisprudencia norteamericana. Al respecto, la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos que mejor expresa la idea de la libertad política es “New York Times vs. Sullivan” de 1964. Este caso surge a raíz de una demanda por difamación presentada por el jefe de la policía

²⁴ Véase BORK, Robert (1971). “Neutral Principles and Some First Amendment Problems”. En: *Indiana Law Journal*, n.º 47, pp. 20 -29.

²⁵ Véase POST, Robert (2011). *El estado frente a la libertad de expresión*. Buenos Aires: Universidad de Palermo – UP.

²⁶ Véase FISS, Owen (1999). *La ironía de la libertad de expresión*. Barcelona: Gedisa. Y del mismo autor (2010), *Democracia y disenso: una teoría de la libertad de expresión*. Buenos aires: Ad-Hoc.

²⁷ FUENTES, “La protección de la libertad de expresión en el sistema interamericano”, pp. 230-231; MARCIANI, “La posición preferente del derecho a la libertad de expresión: un análisis crítico de sus fundamentos”, pp. 364-370.

²⁸ FISS, “La idea de libertad política”, p. 42.

de Montgomery, Alabama, contra el diario New York Times por haber publicado un anuncio en favor de Martin Luther King Jr. y sus seguidores, la que acusaba a la policía de haber lanzado una ola de terror en contra de Luther King y estudiantes activistas. El juez Brennan falló a favor del New York Times evocando “un profundo compromiso nacional con el principio según el cual el debate sobre los asuntos públicos debe ser desinhibido, robusto y completamente abierto”²⁹.

Ahora bien, con independencia de cuál de las tres fundamentación se elija para proteger la libertad de expresión, en alguna medida es cierto que ninguna de ellas se basta a sí misma, porque todas pueden ser objeto de críticas. Así, tratándose de la teoría de la autorrealización se ha dicho que al enfatizar la dimensión individual de la libertad desprotege el derecho de las personas jurídico-colectivas o morales, como los partidos políticos, a expresarse³⁰. Respecto a la teoría de la búsqueda de la verdad, y particularmente en lo relativo al “mercado de las ideas” de Holmes, se ha sostenido, con mucha razón, que no todas las personas tienen la posibilidad de difundir sus ideas, por muy ciertas que sean, ante la opinión pública; y que, al contrario, existen personas, como los dueños de los medios de comunicación, que pueden difundir ampliamente sus puntos de vista y lograr que ellos prevalezcan por largo periodos de tiempo a pesar de que sean erróneos³¹. La teoría democrática, por su parte, tiene la debilidad de descuidar ciertas expresiones que no guardan relación directa con la democracia ni con la participación política, pero que de igual manera deben ser objeto de protección (piénsese, por ejemplo, en los discursos artísticos, las novelas o la poesía)³².

Dicho lo anterior, cabe realizarse la siguiente pregunta: ¿qué fundamentación debe preferirse para efectos de conseguir una más íntegra y acabada protección de la libertad de expresión? Pese a que esta pregunta excede con creces los propósitos de este trabajo, somos de la opinión de que en las actuales democracias liberales la principal fundamentación de la libertad de expresión es la teoría democrática, pues ésta, por una parte, permite el funcionamiento de la democracia, y, por la otra, no obsta a los individuos perseguir su propio proyecto de vida de acuerdo a como lo estimen conveniente. Lo anterior se explica porque al resguardar la democracia por la vía de escoger la tercera fundamentación, también se está

²⁹ Lo anterior en: FISS, “La idea de libertad política”, p. 31.

³⁰ CARBONELL, “El fundamento de la libertad de expresión en la democracia constitucional”, pp. 24-25.

³¹ *Ibíd*, p. 23.

³² *Ibíd*, pp. 25-26.

protegiendo indirectamente la libertad individual, y ello porque, tal como ha demostrado la experiencia histórica, “la democracia se ha vuelto el instrumento principal en la defensa de los derechos de libertad”³³. Asimismo, el argumento democrático permite un rol activo del Estado en la efectiva protección de la libertad de expresión, cuestión que, como veremos en los capítulos siguientes, es de suma trascendencia para salvaguardar el pluralismo informativo que debe existir en toda sociedad democrática.

2.2. Libertad de expresión y pluralismo informativo

Desde un punto de vista teórico, se pueden distinguir dos dimensiones de la libertad de expresión: en primer lugar, una dimensión subjetiva o individual, consistente en el derecho de cada persona a expresar sus ideas, opiniones y creencias; y, en segundo lugar, una dimensión colectiva o social que corresponde al derecho de los individuos a recibir información y conocer el pensamiento ajeno³⁴. La distinción anterior, por cierto, no es unánimemente aceptada. Existen quienes, efectivamente, consideran que la libertad de expresión es un derecho complejo que incluye ambas dimensiones (tesis a la que adscribimos); pero hay opiniones que estiman que la libertad de expresión sólo comprende la dimensión individual, y que la dimensión colectiva es un derecho autónomo: el derecho a la información. Sin embargo, la distinción anterior no tiene mayores consecuencias prácticas, porque “independientemente de que se trate de dos dimensiones de un derecho o de dos derechos distintos, ambas posiciones coinciden sustancialmente en que ambos ámbitos deben ser protegidos”³⁵. Lo importante, entonces, es que las dos dimensiones de la libertad de expresión se encuentren debidamente protegidas, pues tanto la una como la otra tienen, sin lugar a duda, una estrecha vinculación con la democracia, y ello porque sólo en un régimen de ese tipo es posible que cada persona pueda formar su opinión y exteriorizar sus puntos de vista sin ningún tipo de restricciones³⁶. En las páginas que siguen nos limitaremos a estudiar la dimensión colectiva.

³³ BOBBIO, Norberto (2010). *Liberalismo y Democracia*. Ciudad de México D.F.: Fondo de Cultura Económica, pp. 48.

³⁴ DELGADO, Bruno (2016). “La concentración de los medios de comunicación y el Derecho Humano a la libertad de expresión”. En: *Revista IIDH*, n.º 63, p. 39.

³⁵ *Ibíd* p. 39.

³⁶ LOVATÓN, David (2014). “El equilibrio interamericano entre pluralidad de información y concentración de medios”. En: *Revista de Derecho PUCV*, n.º 73, p. 137.

El aspecto colectivo de la libertad de expresión –o, si se prefiere, el derecho a recibir información– es una condición *sine qua non* para el funcionamiento la democracia, toda vez que permite la formación de la opinión pública, el debate de ideas y la deliberación política³⁷, pero lo anterior sólo será posible si existe pluralismo informativo, es decir, si la información que circula en la sociedad es pluralista y representa la diversidad ideológica existente en la comunidad política³⁸.

Se suele afirmar que el pluralismo informativo tiene dos aspectos: el pluralismo interno y el pluralismo externo. El primero apunta a que al interior de cada medio de comunicación exista una pluralidad de opiniones³⁹, y se suele vincular al derecho de los periodistas a expresarse de forma libre e independiente, de manera que sus puntos de vista no puedan ser censurados por el medio de comunicación en el cual trabajan⁴⁰. Por su parte, el pluralismo informativo externo exige que en toda sociedad exista un número variado de medios de comunicación, pero además requiere que éstos sean independientes entre sí y respondan a líneas editoriales diferentes⁴¹, de manera que los ciudadanos puedan acceder a distintas fuentes de información y contrastar la información que éstas les proporcionan.

2.3. La concentración de la propiedad en los medios de comunicación

Los medios de comunicación se han convertido en el nuevo “foro público”, y de paso se han erigido como una verdadera “herramienta de poder” capaz de brindar grandes beneficios, entre ellos, la globalización de la información, la vigilancia del poder público y la ruptura de aislamiento cultural y político; pero, como todo poder, es fuente de innumerables riesgos para la libertad de expresión y la democracia⁴².

Durante mucho tiempo se entendió que la principal amenaza contra la libertad de expresión provenía desde el Estado, juicio muy relacionado al argumento liberal de la

³⁷ CLIMENT, Jorge (2017). “Opinión pública y libertad de expresión”. En: *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 23, p. 219.

³⁸ LOVATÓN, “El equilibrio interamericano entre pluralidad de información y concentración de medios”, p. 140.

³⁹ DELGADO, “La concentración de los medios de comunicación y el Derecho Humano a la libertad de expresión”, p. 42.

⁴⁰ LOVATÓN, “El equilibrio interamericano entre pluralidad de información y concentración de medios”, p. 140.

⁴¹ CLIMENT, “Opinión pública y libertad de expresión”, p. 248.

⁴² BASTIDA, Francisco (2000). “Concentración de medios y pluralismo. Acordes y desacuerdos entre pluralismo y mercado”. En: CAPRIZO, Jorge y CARBONELL, Miguel (eds.), *Derecho a la información y Derechos Humanos*. Ciudad de México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, p. 281.

autorrealización. Para eludir los abusos del poder estatal se sostuvo que el “acto comunicacional debía darse sin cortapisas por parte del Estado” y que ello era suficiente, por sí solo, para llegar al punto óptimo de pluralismo⁴³. En la actualidad, sin embargo, todo parece indicar que el principal riesgo para la libertad de expresión y el pluralismo informativo proviene de los procesos de concentración de la propiedad de los medios de comunicación⁴⁴. Cuando “unos pocos” son propietarios de la mayoría de los medios de comunicación y controlan el mercado de las ideas, el proceso de formación de la opinión pública “deja de ser libre y queda en entredicho el principio democrático”⁴⁵. Ciertamente, cada medio de comunicación debe ser libre para definir su propia línea editorial, sin embargo, cuando un mismo grupo económico o empresario de las comunicaciones tiene un porcentaje elevado de participación en la industria comunicacional es difícil pensar, acaso imposible, que los medios pertenecientes al mismo propietario puedan desarrollar líneas editoriales diversas, plurales e independientes entre sí. Tal como afirma Saúl López “el peor escenario, sin embargo, se presenta cuando la insalvable subjetividad de los medios tiene lugar en un contexto de monopolio o de posiciones dominantes. En tal supuesto, el sistema de información y expresión se limita a un solo micrófono o, en el mejor de los casos, a un puñado. Y de ahí que sea indispensable para cualquier democracia la presencia de un escenario mediático plural”⁴⁶.

En términos generales, la concentración puede definirse como “un incremento en la presencia de una empresa o de un reducido número de empresas de comunicación en cualquier mercado como consecuencia de varios procesos posibles: adquisiciones, fusiones, convenios con otras compañías o, incluso, la desaparición de competidores”⁴⁷. Tratándose de la industria comunicacional se distinguen tres tipos de concentración. En primer lugar, la concentración horizontal o monomedial, en la cual una empresa o grupo de empresas poseen medios de comunicación de la misma naturaleza⁴⁸, o, dicho de otra forma, posee una misma variedad de productos finales dentro de la misma rama⁴⁹; por ejemplo, varios canales de televisión. En

⁴³ CLIMENT, “Opinión pública y libertad de expresión”, p. 246.

⁴⁴ LÓPEZ, Saúl (2007). “Democracia y medios de comunicación”. En: *Isonomía*, n.º 26, p. 51

⁴⁵ CLIMENT, “Opinión pública y libertad de expresión”, p. 246.

⁴⁶ LÓPEZ, “Democracia y medios de comunicación”, p. 52.

⁴⁷ SÁNCHEZ-TABERNERO, Alfonso., et. al. (1993). *Concentración de la comunicación en Europa. Empresa comercial e interés público*. Barcelona: Centre d'Investigació de la comunicació, p. 30.

⁴⁸ BECERRA, Martín y MASTRINI, Guillermo (2009). “El problema de la concentración”. En: BECERRA, MARTIN Y MASTRINI, GUILLERMO, *Los dueños de la palabra: acceso, estructura y concentración de los medios en la América latina del siglo XXI*. Buenos Aires: Prometeo, p. 31.

⁴⁹ *Ibíd*, p. 31.

segundo lugar, la concentración vertical, que supone que una empresa o grupo de empresas controla las distintas fases de producción con el fin de no depender de suministradores o con el fin de aumentar su rentabilidad⁵⁰. Y en tercer lugar, la concentración multimedia, que implica que una empresa o grupo de empresas posee varios medios de comunicación de tipo diferente⁵¹, como lo son prensa y televisión. E incluso hay quienes distinguen un cuarto tipo de concentración: la multisectorial, esto es, aquella en que las empresas que participan en otros sectores económicos obtienen medios de comunicación para defender sus intereses⁵².

Por lo recién expuesto, y por el trascendental rol que desempeñan los medios de comunicación en la democracia, en la actualidad es necesario que el Estado abandone el rol pasivo que antes lo caracterizaba en materia informativa, y que asuma, en cambio, una posición activa en la protección del pluralismo informativo, por medio de una regulación efectiva que reduzca los riesgos producidos por los procesos de concentración mediática⁵³.

3. LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN DEMOCRACIA: DE LA FORMACIÓN DE LA AGENDA MEDIÁTICA Y LA OPINIÓN PÚBLICA

3.1. El control de la agenda mediática y la opinión pública.

Cada vez resulta más evidente que los medios de comunicación de masas son uno de los principales centros de poder e influencia en las sociedades modernas. Durante el siglo XIX, cuando el proceso de democratización avanzaba lenta pero paulatinamente, el único medio de comunicación relevante estaba dado por la prensa escrita. En aquel entonces resultaba difícil precisar cuál era efectivamente el grado de influencia que ejercían tales medios sobre los ciudadanos, pero todo hacía pensar que tal influencia era mayor en la medida que el número de periódicos se reducía. De hecho, Alexis de Tocqueville ya advertía que “el único medio de neutralizar los efectos de los periódicos es el de multiplicar su número”⁵⁴.

⁵⁰ *Ibíd*, p. 31.

⁵¹ *Ibíd*, p. 32.

⁵² *Ibíd*, p. 72.

⁵³ DELGADO, “La concentración de los medios de comunicación y el Derecho Humano a la libertad de expresión”, pp. 36 y 43.

⁵⁴ TOCQUEVILLE, Alexis (1957). *La democracia en América*. Ciudad de México D.F: Fondo de Cultura Económica, p. 202.

Con el advenimiento del siglo XX entró en escena un nuevo medio de masas: la radio. A consecuencia de lo anterior, el interés de los políticos y de los académicos por conocer la dinámica del proceso comunicativo fue en aumento. Distintos países, dentro de los cuales destacó Estados Unidos, comenzaron a invertir importantes sumas de dinero para conocer la relación entre los medios de comunicación y la sociedad. Se crearon escuelas especializadas en el estudio de la comunicación y comenzaron a difundirse las primeras investigaciones científicas y especializadas sobre la materia⁵⁵. Nació, así, la denominada “teoría de la comunicación”.

En 1922 Walter Lippmann publicó su célebre estudio titulado *La opinión pública*. Tal investigación fue la primera gran obra de su tipo y sentó las bases de la actual teoría de la comunicación. Es más, Maxwell McCombs, varias décadas más tarde, diría que Lippmann, a pesar de no haber acuñado el concepto, fue el padre intelectual de la teoría de la *agenda setting*⁵⁶.

Una de las tesis centrales y más conocidas de *La opinión pública* es la idea del pseudo entorno. Para llegar a ella, Lippmann afirmó que como las personas no puedan tener un conocimiento directo de cada uno de los sucesos más relevantes de la vida social y política⁵⁷, se necesitan intermediadores que comuniquen a los ciudadanos esa información, y tales intermediadores son naturalmente los medios de comunicación. Pero Lippmann aclaró, eso sí, que lo que transmiten los medios de comunicación a sus audiencias no es una imagen fiel y acabada del mundo real, sino que un pseudo entorno, esto es, una representación o imagen mental de aquel. De esa manera, el pseudo entorno se comporta como un plano intercalado entre la realidad tal cual es y los ciudadanos⁵⁸, y cuya importancia radica en su capacidad para estimular las acciones, decisiones y pensamientos de los individuos.

Tras la publicación del trabajo de Walter Lippmann, los expertos en comunicación, en su intento por desentrañar cuál era el grado de influencia de los medios de comunicación en la opinión pública, dieron vida a largos y acalorados debates, llegando a sostener conclusiones contrapuestas. Fue así como un sector de la academia, liderado por Harold Lasswell, sostuvo que los medios de comunicación ejercen efectos directos, amplios e inmediatos en las

⁵⁵CHAVERO, Palmira (2015). “Marco teórico. Los medios de comunicación en la vida pública”. En: CHAVERO, Palmira. *Prensa y política en tiempos de crisis: estudio de la legislatura 2008-2011*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológico, p. 5.

⁵⁶MCCOMBS, Maxwell (2006). *Estableciendo la agenda*. Barcelona: Paidós, p. 26.

⁵⁷LIPPMANN, Walter (2003). *La opinión pública*. Madrid: langre, p. 32.

⁵⁸Ibíd, p. 32.

audiencias⁵⁹. Tal postura, bautizada más tarde como la teoría de la “aguja hipodérmica”, cayó prontamente en descrédito, pues si bien es cierto que los medios influyen en la opinión pública, los ciudadanos igualmente cuentan con distintos insumos que les permiten filtrar y matizar el poder de los medios. Como reacción a la teoría de la aguja hipodérmica, a partir de las investigaciones de Joseph Klapper, se comenzó a difundir en la academia estadounidense la hipótesis de que los medios ejercían una influencia muy limitada en el público⁶⁰. Esta postura, que resultó ser bastante atractiva para los defensores de los grandes medios de comunicación, tuvo mayor alcance que la anterior. Sin embargo, la radicalidad de sus postulados terminaría finalmente por restarle influencia. Lo anterior, lejos de apaciguar el debate académico, dio lugar a más y mejores investigaciones sobre la materia. Fue en ese específico contexto donde se comenzó a incubar una nueva teoría de la comunicación política cuya influencia perdura hasta nuestros días. Nos referimos a la teoría de la *agenda setting*.

La *agenda setting*, cuyo nombre fue acuñado en 1972 por Maxwell McCombs y Donald Shaw, demostró ser una teoría más sofisticada que sus predecesoras. Su antecedente inmediato se remonta a 1968, cuando dos jóvenes académicos de la comunicación, McCombs y Shaw, en el contexto de las elecciones presidenciales de Estados Unidos, realizaron una encuesta a votantes indecisos de la localidad de Chapel Hill⁶¹. En tal ocasión se le solicitó a los encuestados que señalaran cuáles eran los temas de interés público que consideraban más relevantes en aquel momento. Paralelamente, Shaw y McCombs procedieron a investigar cuáles hechos habían recibido mayor cobertura mediática por parte de los medios de comunicación que consumían los entrevistados. Finalmente, compararon los resultados de su investigación con los datos obtenidos de las encuestas. La conclusión fue inequívoca: “había una correspondencia casi perfecta entre la jerarquía de esos temas en los votantes de Chapel Hill y la que se desprendía de su presentación en los medios informativos, en los veinticinco días anteriores. El grado de importancia que los votantes acordaban a aquellos cinco temas mantenían un estrecho paralelismo con el grado con que eran destacados en las noticias”⁶². A partir de ese incipiente trabajo, Shaw y McCombs concluyeron que el principal efecto de los

⁵⁹ SÁNCHEZ, Enrique (2005). *Medios de comunicación y democracia. Una perspectiva histórico-constitucional*. Bogotá: Norma, p. 76.

⁶⁰ *Ibíd*, p. 79.

⁶¹ MCCOMBS, *Estableciendo la agenda*, p. 30.

⁶² *Ibíd*, p. 31.

medios de comunicación en relación a la opinión pública consiste en la capacidad de aquellos de fijar la agenda de discusión de ésta.

Antes de abordar los principales aspectos de la teoría de la *agenda setting*, es pertinente realizar ciertas aclaraciones puesto que, de lo contrario, se corre el riesgo de caer en distorsiones y equívocos. En primer lugar, la *agenda setting*, a diferencia de otras teorías, como la de la aguja hipodérmica, no postula unos efectos todopoderosos de los medios sobre los individuos, ni tampoco considera a los miembros de la audiencia unos seres autómatas dirigidos heterónomamente⁶³. Más bien lo que postula es que los medios de comunicación “fijan la agenda de temas de discusión y preocupación pública”⁶⁴. Parafraseando a McCombs, el poder de los medios de comunicación sobre sus audiencias no consiste en decirles qué deben pensar sino sobre qué deben pensar⁶⁵. En segundo lugar, esta capacidad de los medios de fijar la agenda de discusión de la opinión pública, en principio, no es deliberada, sino que, tal como indica McCombs, es el “resultado no buscado de esa necesidad de los medios informativos de seleccionar y destacar un puñado de cuestiones como las noticias más relevantes del momento”⁶⁶.

En cuanto a las afirmaciones de la teoría, la idea central de la *agenda setting* ha sido resumida bajo la fórmula “transferencia de la relevancia temática”. En términos simples, de lo que se trata es que los medios de comunicación consiguen que aquellas noticias que tienen mayor cobertura lleguen a ser vistas por el público como los temas más importantes⁶⁷. Es decir, la agenda de los medios (agenda mediática) determina los temas que debate la opinión pública (agenda pública)⁶⁸. El presupuesto de esta afirmación consiste en que en todo momento existe un número variado de ítems o temas que compiten por captar, primero, la atención de los medios de comunicación, y luego la del público. Para conseguirlo, tales temas deben reunir determinadas características, a saber, actualidad, relevancia, temática, personalización, etcétera; reunidas tales características, el tema se vuelve noticioso⁶⁹. Luego, los medios de comunicación seleccionan un conjunto determinados de temas –que normalmente son funcionales a sus líneas editoriales- que pasan a formar parte de “la agenda mediática”.

⁶³ *Ibíd*, p. 31.

⁶⁴ SÁNCHEZ, *Medios de comunicación y democracia. Una perspectiva histórico-constitucional*, p. 83.

⁶⁵ MCCOMBS, *Estableciendo la agenda*, p. 26.

⁶⁶ *Ibíd*, p. 25.

⁶⁷ *Ibíd*, p. 25.

⁶⁸ *Ibíd*, p. 29.

⁶⁹ CHAVERO, “Marco teórico. Los medios de comunicación en la vida pública”, p. 14.

Ahora bien, cada medio de comunicación tiene su propia agenda mediática y busca constantemente que ella predomine por sobre la agenda de los otros medios. De hecho, es muy común que los principales medios de comunicación influyen y abastecen las agendas de los medios más pequeños y menos competitivos. En relación a esto último, es interesante destacar que según McCombs son los periódicos –y no los medios audiovisuales- la fuente principal de alimentación con la que otros medios informativos se nutren de noticias: “Si los diarios dejasen de existir, el sistema completo se cae”⁷⁰.

La segunda gran afirmación de la teoría de la *agenda setting* es conocida como “transferencia de atributos”. Según ésta, los medios de comunicación, además de buscar posicionar ciertos temas en la agenda pública, también transmiten a sus audiencias ciertos atributos que son adjudicados al hecho noticioso⁷¹. Lo que subyace a esta segunda afirmación es que todo hecho es un objeto y, al ser tal, posee ciertos atributos, características y propiedades que completan su imagen⁷². Tales características, por cierto, pueden ser de muy variada índole y alcance, y por tal motivo los medios al abordar un tema noticioso no se limitan simplemente a darlo a conocer a sus audiencias sino que además potencian o atribuyen un conjunto de atributos. El ejemplo paradigmático es el del político. Un político puede ser “un hombre de izquierda”, un “hombre de consensos”, un “subversivo”, o bien – piénsese en nuestra historia política reciente- “un gran estadista”.

En la actualidad si bien la *agenda setting* se define principalmente por las dos ideas que hemos enunciado (transferencia de relevancia y transferencia de atributos), no se limita sólo a ellas. Un examen exhaustivo de tal teoría excede con creces el propósito y número de páginas de este trabajo; sin embargo, para efectos de complementar lo dicho, podemos señalar que tal teoría sigue teniendo en la actualidad gran relevancia dentro del mundo de la comunicación. El prestigio de la *agenda setting*, además de reposar en el poder explicativo de sus planteamientos, descansa en un importante número de investigaciones científicas que refuerzan empíricamente sus conclusiones. Además, tal teoría, que inicialmente fue elaborada por Shaw y McCombs a partir del trabajo de Walter Lippmann, se ha visto complementada por el desarrollo de otras categorías conceptuales y teorías de la comunicación política. Dentro de las más importantes

⁷⁰ Disponible en <http://comunicaciones.uc.cl/maxwell-mccombs-las-noticias-influencian-como-piensen-las-personas/>

⁷¹ MCCOMBS, *Estableciendo la agenda*, p. 139.

⁷² *Ibíd*, p. 138.

podemos mencionar la teoría del *framing* o “encuadre”⁷³, según la cual en el contexto de la comunicación se suele seleccionar ciertos aspectos de la realidad y darles mayor realce, ofreciendo, incluso, una evaluación moral del asunto⁷⁴. También la teoría de la tematización, entendida como el análisis de los mecanismos empleados para escoger selectivamente los temas que se buscan instalar en la agenda política de una sociedad⁷⁵. Y por último, la teoría del espiral del silencio⁷⁶, desarrollada por Elizabeth Noelle-Neuman, según la cual “las personas tienden a abrazar y manifestar opiniones que perciben (o “se imaginan”) que predominan o son más o menos compartidas por quienes les rodean”⁷⁷, callando y reprimiendo aquellas opiniones que se perciben como minoritarias o excéntricas.

3.2. El aporte de Chomsky y Sartori en el estudio de los medios de comunicación

La influencia de los medios en la opinión pública no sólo ha sido analizada por expertos en comunicación y periodismo. Existen también intelectuales de otras ciencias sociales que se han pronunciado al respecto, entre los que destacan Noam Chomsky y Giovanni Sartori. El primero de ellos, en conjunto con Hernán Edward, denuncia una actitud propagandística por parte de los medios de comunicación, puesto que, a su juicio, se encargan de inculcar a los individuos valores, creencias y códigos de comportamiento coherentes con los intereses de las élites⁷⁸. El modelo propagandístico de los medios se caracteriza, en opinión de Chomsky, por utilizar cinco métodos que filtran las noticias que se publican y difunden. “La materia prima de las noticias debe pasar a través de sucesivos tamices, tras lo cual sólo queda el residuo ‘expurgado’ y listo para publicar”⁷⁹. Tales filtros son: 1) la concentración de la propiedad de los medios; 2) la publicidad privada como principal fuente de ingreso; 3) la dependencia de los medios respecto a la información propinada por los gobiernos, empresas y “expertos”; 4) la

⁷³ SÁNCHEZ, *Medios de comunicación y democracia. Una perspectiva histórico-constitucional*, p. 83.

⁷⁴ MCCOMBS, *Estableciendo la agenda*, p. 170.

⁷⁵ CHAVERO, “Marco teórico. Los medios de comunicación en la vida pública”, p. 26.

⁷⁶ Véase NOELLE-NEUMANN, Elisabeth (2010). *La espiral del silencio: opinión pública: nuestra piel social*. Barcelona: Paidós.

⁷⁷ SÁNCHEZ, *Medios de comunicación y democracia. Una perspectiva histórico-constitucional*, p. 85.

⁷⁸ CHOMSKY, Noam y EDWARD, Hernán (1996). *Los guardianes de la libertad*. Madrid: Grijalbo, pp. 21-22.

⁷⁹ *Ibíd* p. 22.

censura (abierta o encubierta) derivada de ciertos mecanismos disciplinarios; 5) la invocación de la “permanente amenazada del comunismo”⁸⁰.

Sobre esto último consideramos pertinente hacer ciertas observaciones. Primero, es interesante constatar el alto grado de sintonía que existe entre la teoría de la aguja hipodérmica y el planteamiento de Chomsky. Parece exagerado afirmar, tal como cree este último, que los medios actúen de manera tan radical en el pensamiento de las audiencias; sin embargo, concordamos con él en que, en su momento, la desaparición de las normas que limitaban el porcentaje de la propiedad total de los medios que puede tener un mismo grupo económico acentúa la concentración⁸¹. Ahora, respecto al segundo mecanismo de filtración identificado por Chomsky (publicidad como principal fuente de financiamiento), somos de la opinión de que el problema que origina la publicidad en la actualidad, en tanto principal fuente de financiamiento, no es que ella actúe como mecanismo silenciador de la disidencia –como sí parece creer Chomsky⁸²– sino que, más bien, desincentiva la producción de determinados tipo de programas y contenidos deseables (básicamente de orden cultural-intelectual). El último comentario que nos parece necesario realizar dice relación con el cuarto filtro identificado, esto es, la censura que pueden provocar ciertos mecanismos disciplinarios. Concordamos con Chomsky en que muchas veces los medios de comunicación se ven inhibidos a realizar investigaciones o a difundir cierto tipo de contenidos por temor a las represalias, tácitas o expresas, que puedan adoptar los sujetos involucrados. Estas represalias, provenientes ya sea del mundo público, ya sea del mundo privado, pueden consistir en amenazas de retirar patrocinios o financiamiento, iniciar acciones penales, generar presiones políticas, etcétera⁸³. Dentro de los cinco filtros identificados por Chomsky, nos parece que esta posibilidad de censura es el más relevante, pues, en la medida que ella se produzca, afecta la capacidad que tienen los medios de comunicación de fiscalizar a los grupos de poder dentro de la sociedad, cuestión de la máxima relevancia sobre todo tratándose del poder estatal y político.

Respecto de Giovanni Sartori, la publicación de su libro “Homo videns. La sociedad teledirigida” generó grandes polémicas en torno a las consecuencias de largo plazo que estaban generando los medios de comunicación. A juicio del autor italiano, las últimas décadas se han

⁸⁰ ROFFINELLI, Gabriela (2003). *Noam Chomsky y el control del pensamiento*. Madrid: Campo de ideas, p. 72.

⁸¹ CHOMSKY y EDWARD, *Los guardianes de la libertad*, p. 32.

⁸² *Ibíd*, pp. 42-44.

⁸³ *Ibíd*, p. 63.

caracterizado, en lo que atañe a los medios informativos, por una fuerte potenciación de los medios visuales: primero, la televisión, y después, internet.

El potenciamiento de los medios visuales estaría generando una alteración de la naturaleza misma del homo sapiens. “La televisión no es sólo instrumento de comunicación; es también, a la vez, *paideía*, un instrumento “antropogenético”, un *medium* que genera un nuevo *ánthropos*, un nuevo tipo de ser humano”⁸⁴; y esto se estaría produciendo por el simple hecho de que los niños ven la televisión por horas y horas, atrofiando sus capacidades intelectivas. Si bien el mayor impacto de la televisión se produce en la infancia, sus consecuencias se mantienen en la adultez. La falta de interés por la lectura y el conocimiento, y la fascinación frente a los estímulos audiovisuales son secuelas que trastocan todas las etapas de la vida⁸⁵. De modo que, en simples palabras, el homo sapiens está siendo desplazado por el homo videns.

Lo anterior, además de las secuelas particulares que le produce a cada sujeto, provoca efectos generales que se traducen finalmente en una mala calidad de la política. Primero, porque los medios de comunicación visuales suministran a sus telespectadores noticias sobre sucesos de relevancia secundaria (deportes, noticias del corazón, catástrofes, tragedias, etcétera)⁸⁶. Segundo, porque incide negativamente a la hora de formar la opinión pública y elegir a los gobernantes. Y tercero, porque ha cambiado la manera de gobernar y hacer política: hoy se gobierna en base a los sondeos de opinión o encuestas, las cuales se basan en opiniones volátiles y poco informadas⁸⁷. Quizás esto último nos resulte familiar.

4. ESTATUTO JURÍDICO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, EL PLURALISMO INFORMATIVO Y LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN CHILE

4.1. Libertad de expresión en Chile

En el caso de Chile, la libertad de expresión se encuentra consagrada como derecho fundamental en el artículo 19 n° 12 de la Constitución Política de la República (CPR, en adelante). La norma constitucional, de por sí compleja, regula varios aspectos atinentes a la

⁸⁴ SARTORI, Giovanni (1998). *Homo videns. La sociedad teledirigida*. Buenos Aires: Taurus, p. 36.

⁸⁵ *Ibíd*, p. 38.

⁸⁶ *Ibíd*, pág. 65.

⁸⁷ *Ibíd*, págs. 73-75.

libertad de expresión y los medios de comunicación. A modo general podemos destacar los siguientes aspectos: (i) consagra la libertad de toda persona de emitir opiniones e informar sin censura previa; (ii) otorga el derecho a réplica; (iii) establece la prohibición del monopolio estatal sobre los medios de comunicación; y (iv) consagra el derecho a la información aunque de manera implícita. Pues bien, para efectos de nuestro estudio nos abocaremos a analizar estos dos últimos aspectos, pero antes de ello consideramos pertinente realizar unas breves observaciones respecto a la libertad de opinión e información.

La inclusión en nuestro texto fundamental de la libertad a emitir opiniones e información, en general, recoge toda la tradición jurídica que sobre el particular encontramos en nuestra historia constitucional. Así por ejemplo, se mantuvo la opción de permitir tales libertades sin censura previa pero incluyendo siempre la responsabilidad ulterior en caso de cometer excesos en su ejercicio. Un sector de la doctrina ha interpretado que el artículo 19 n° 12 de la CPR, en su inciso 1°, consagra, en realidad, dos derechos distintos: el derecho a emitir opiniones y el derecho a informar⁸⁸. El primero de ellos consiste en la facultad que tiene toda persona para exteriorizar, por cualquier medio, y sin coacción, lo que piensa o cree; mientras que el segundo es el complemento necesario del derecho a emitir opiniones, en virtud del cual se hace partícipes a los demás de ese pensamiento y se permite dar a conocer hechos del acontecer nacional o internacional⁸⁹.

Ahora bien, en lo que respecta a la propiedad de los medios de comunicación, el constituyente optó por establecer al mercado como ideal regulativo⁹⁰. A juicio de Paula Ahumada distintos motivos influyeron en la adopción de tal decisión: el temor al ejercicio arbitrario del poder estatal, y la convicción de que el mercado y la libertad económica lograrían generar un pluralismo externo⁹¹. Pues bien, si analizamos las actas de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución (CENC, en adelante), aunque sólo para efectos de conocer la genealogía de la norma y no para interpretarla, pues es cada vez más evidente que el originalismo adolece de graves defectos, efectivamente los comisionados rechazaron que el Estado asumiera algún rol, por más mínimo que fuera, en la regulación de los medios de

⁸⁸ VERDUGO, Mario, et.al. (2002). *Derecho Constitucional, Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 261.

⁸⁹ Para profundizar en la distinción entre opinión e información véase: CEA EGANA, José Luis (2012). *Derecho Constitucional chileno, Tomo II*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, pp. 382-387.

⁹⁰ AHUMADA, “Del mercado de las ideas a la mercantilización de la esfera pública bajo el orden constitucional en Chile, pp. 174-783.

⁹¹ *Ibíd*, p. 175

comunicación. El comisionado que expresó de manera más gráfica lo anterior fue Sergio Diez. En su opinión, el Estado no debía tener ninguna participación en materia informativa; aún más, sostuvo que la única obligación que le correspondía al Estado en la materia era una obligación de no hacer, es decir, una obligación de abstenerse de tomar parte en la producción de información. Diez aseveró que de postularse lo contrario se daría pie a que el Estado comenzara a crear medios de comunicación, los que terminarían aplastando a los medios de comunicación social privados⁹².

La decisión de optar por el mercado como ideal regulativo de los medios de comunicación social implicó dos importantes consecuencias institucionales, a saber, la prohibición del monopolio estatal de los medios de comunicación y el reconocimiento de una amplia autonomía del empresariado de las comunicaciones. La primera de ellas, la más obvia, se desprende expresamente del artículo 19 n° 12 de la CPR, evidentemente es un acierto, puesto que la posibilidad de que el Estado maneje directamente los medios de comunicación abre las puertas a la censura más arbitraria, al silenciamiento de la oposición política y, en último término, a la violación de los restantes derechos fundamentales. Sin embargo, llama la atención que el constituyente no extendiera, al menos explícitamente, esta prohibición a los monopolios privados. Frente a esta omisión, hay quienes creen que la prohibición establecida por el constituyente es absoluta y que por lo mismo se extiende también al monopolio privado de los medios de comunicación⁹³. Lo anterior no deja de ser relevante pues en la actualidad los principales peligros que asechan al pluralismo informativo y a la libertad de expresión no vienen del Estado, o no, al menos, principalmente, sino que de la concentración privada de los medios informativos y del contubernio producido entre el poder político, el poder económico y el poder mediático.

La segunda consecuencia institucional del ideal regulativo de mercado, o por lo menos así se ha interpretado en nuestro medio nacional, es el reconocimiento de la más amplia y profunda autonomía de los propietarios de los medios de comunicación para dirigir sus negocios. Al respecto, Arturo Fermandois ha señalado que esta autonomía del empresario de

⁹² REPÚBLICA DE CHILE, Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, sesión 23ª, Santiago, 29 de julio de 1976, pp. 619-620.

⁹³ CEA EGAÑA, José Luis (2012). *Derecho Constitucional chileno, Tomo II*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, p. 403.

las comunicaciones es el vehículo necesario para ejercer el derecho a emitir opiniones⁹⁴. Por cierto, compartimos la idea según la cual para garantizar la libertad de expresión es necesario que cada medio de comunicación cuente con espacios de autonomía suficientes para definir su propia línea editorial, pero ello no nos debe llevar a concluir que la autonomía del empresario se traduce en libertad para extender desmedidamente su porcentaje de participación en el mercado de los medios. La industria de los medios de comunicación tiene evidentes aristas políticas que la distinguen de las restantes actividades económicas, y por lo mismo, los medios de comunicación social no pueden ser tratados de la misma manera en que, por ejemplo, se regula la industria del calzado o la industria automotriz.

Por otro lado, en lo relativo al derecho a la información, si bien el texto del artículo 19 n° 12 de la CPR no lo menciona expresamente, los intérpretes de la Constitución han concluido que tal derecho se encuentra incluido implícitamente. En ese sentido Mario Verdugo, Emilio Pfeffer y Humberto Nogueira han aseverado que “aun cuando no se consideró explícitamente el derecho a recibir información en la preceptiva constitucional, pensamos que aquél forma parte integrante de esta garantía, porque de otro modo, de nada serviría que se aseguraran las ‘libertades de emitir opinión y la de informar’ si no se reconoce que los destinatarios –dentro de un régimen democrático- tienen mínimamente el legítimo derecho a una información oportuna, veraz y objetiva”⁹⁵. A la misma conclusión arribó el Tribunal Constitucional (TC, en adelante) al pronunciarse sobre un requerimiento de constitucionalidad presentado por un grupo de diputados a propósito del artículo 1, inciso 3°, de la denominada Ley de Prensa⁹⁶:

⁹⁴ FERNANDOIS, Arturo (2011). *Derecho Constitucional Económico, Tomo I*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, p. 128.

⁹⁵ VERDUGO, *Derecho Constitucional, Tomo I*, p. 263.

⁹⁶ Para efectos de contextualizar la decisión del TC, es menester señalar que el proyecto original de la ley de prensa reconocía explícitamente, en su artículo 1°, el derecho de todas las personas a emitir opiniones y la libertad de informar. Durante la tramitación del proyecto en la Cámara de Diputados, los congresistas aprobaron incluir un tercer inciso en el artículo 1°, el que tuvo por objetivo consagrar expresamente el Derecho a la Información, del siguiente tenor: “igualmente, se reconoce el derecho de las personas a estar debidamente informadas sobre las distintas expresiones culturales, sociales o políticas existentes en la sociedad”. Las principales razones que arguyeron los parlamentarios para incluir el derecho a la información en la Ley de Prensa giran en torno a entender que la libertad de emitir opiniones e informaciones no puede comprenderse sin el correlativo derecho a recibir información, y que este último, además, es necesario para una adecuada relación entre el poder político y los ciudadanos. Según expresó el Diputado Carlos Bombal: “Por una parte, se trata del derecho de algunos a informar y a opinar; pero, por otra, ha nacido el derecho de la comunidad a ser informada, el que, naturalmente, tiene sentido y verdadera relevancia cuanto más progresan los medios de comunicación social [...] Así, la libertad de información conlleva la libertad de acceder a las fuentes de información y de opinión, de recibir o comunicar lo hallado en tales fuentes o proveniente de ellas, y de recibir la información, derecho cuya singular relevancia se percibe cuando se entiende que su titular es la comunidad toda”. (Historia de la Ley N° 19.733, p. 117). Por su parte, el Diputado Brunner expresó que el proyecto “se refiere, asimismo, al derecho de información, fuente de

“que, si bien el texto definitivo de la Constitución de 1980 no recogió el referido inciso del anteproyecto constitucional que fue eliminado en el Consejo de Estado y, si bien en la letra de la Ley Fundamental no aparece consagrado expresamente el derecho a recibir las informaciones, éste forma parte natural y se encuentra implícito en la libertad de opinión y de informar, porque de nada sirven estas libertades si ellas no tienen destinatarios reales”⁹⁷.

Sobre el particular, conviene recordar, a efectos de conocer el origen de la actual redacción, que el borrador del anteproyecto constitucional confeccionado por la Comisión Ortúzar consagró de forma expresa el derecho a la información. Sin embargo, cuando más tarde dicho proyecto fue sometido a revisión por el Consejo de Estado, éste decidió suprimir la consagración expresa del derecho a la información. La decisión adoptada por el Consejo de Estado se debe a que se estimó que el derecho a la información se encuentra incluido implícitamente en el derecho a emitir opiniones e información, por lo que la consagración expresa de aquel resultaría redundante⁹⁸.

En cuanto a la naturaleza del derecho a la información, se ha dicho que es un derecho de naturaleza colectiva puesto que su titular es la comunidad entera. Lo anterior, sin embargo, ha dado lugar a ciertos problemas interpretativos. ¿Puede la comunidad invocar su derecho a la información para exigir, por ejemplo, a un medio de comunicación que le informe sobre determinados sucesos? ¿Existe alguna obligación correlativa a este derecho en virtud de la cual se imponga a alguien la carga de producir información? El TC, al respecto, ha dicho que el derecho a la información no implica una obligación correlativa de informar, de manera que a ninguna persona, ni natural ni jurídica, se le puede exigir informar a la sociedad. La manera correcta de interpretar el derecho a la información –agrega el TC- es entenderlo como un mandato en virtud del cual se prohíbe obstaculizar el libre flujo de la información, pero que sólo tiene operatividad cuando algún agente, de forma libre, ya ha producido la información: “si bien este Tribunal aceptará que la disposición requerida no atenta contra el texto constitucional, debe señalar que lo hace solamente en el entendido que el derecho establecido en el proyecto de ley para que las personas reciban información, se refiere a que, proporcionadas por los medios de comunicación, nace el derecho. Ello no significa en ningún

una opinión pública activa e influyente y pieza crucial de las relaciones entre gobernantes y gobernados” (Historia de la Ley N° 19.733, p. 107).

⁹⁷ STC ROL 226/1995, de fecha 30 de Octubre de 1995, considerando 19°.

⁹⁸ BANDA, Alfonso (2002). “Algunas consideraciones sobre derecho a la información y la ley de prensa”. En: *Revista de Derecho UACH*, vol. 13, n° 1, p. 127.

caso que se pueda obligar a alguna persona o a algún medio a entregar determinadas informaciones”⁹⁹.

4.2. Pluralismo informativo en Chile

El pluralismo informativo es considerado una de las condiciones institucionales del sistema informativo y uno de los valores democráticos fundamentales en los regímenes políticos contemporáneos¹⁰⁰: “En las condiciones actuales, el derecho individual a participar en la formación de las opiniones, pensar y expresar las ideas libremente, carece de vigencia, al estar subordinados a tener acceso a esos medios de comunicación. El derecho de hablar, escribir, imprimir libremente se ha convertido [...], en el derecho de elegir y juzgar lo que se va a leer, lo que se va a escuchar, lo que se va a oír”¹⁰¹. Pese a ello, la valoración del pluralismo informativo en el ordenamiento jurídico chileno es reciente y, como veremos más adelante, su protección efectiva es limitada. La CPR no protege al pluralismo informativo, tanto es así que su inclusión en el Catálogo de Derechos del artículo 19 ni siquiera fue discutida en la CENC. No fue sino hasta la publicación, en el año 2001, de la Ley N° 19.733 Sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo, conocida popularmente, y en adelante, como “Ley de Prensa”, que se le concedió al pluralismo informativo expreso reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico, aunque dicho reconocimiento sea sólo de carácter legal¹⁰². Luego, en el año 2007 se ingresó al Congreso por moción¹⁰³ un Proyecto de Reforma Constitucional con el objetivo de, entre otros, “consagrar el deber del Estado de velar y garantizar la pluralidad y el pluralismo en los medios de comunicación social con el fin último de favorecer el derecho a la información, la libertad de expresión y, en definitiva, el arraigo y desarrollo de los valores democráticos en nuestro país”¹⁰⁴. Sin embargo, el referido Proyecto desde su fecha de ingreso se encuentra paralizado.

⁹⁹ STC ROL 226/1995, de fecha 30 de Octubre de 1995, considerando 21°.

¹⁰⁰ DEL VALLE, Nicolás (2016). “Pluralismo Informativo y Libertad en los Medios en Chile: notas sobre las condiciones estructurales”. En: *Revista de Gestión Pública*, vol. 5°, n.º 2, pp. 221 y 224.

¹⁰¹ FAYT, Carlos (1988). *Derecho Político. Tomo II*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, p. 327.

¹⁰² BANDA, “Algunas consideraciones sobre Derecho a la Información y la ‘Ley de Prensa’”, p. 133.

¹⁰³ De los Diputados Marco Enríquez-Ominami Gumucio, Álvaro Escobar Rufatt, Guido Girardi Briere, Jaime Mulet Martínez, Alejandra Sepúlveda Orbenes y Esteban Valenzuela Van Treek.

¹⁰⁴ Boletín 5644-07.

Como podemos apreciar, para conocer el panorama jurídico del pluralismo informativo en nuestro país debemos analizar la Ley de Prensa y las discusiones que a propósito de su tramitación se suscitaron en el Congreso Nacional¹⁰⁵, pues no existe gran jurisprudencia y doctrina al respecto. Primeramente, es interesante mencionar que el reconocimiento expreso del pluralismo informativo en la Ley de Prensa no mereció mayor debate, al contrario, uno de los pilares sobre los cuales se erigió el Proyecto fue precisamente el pluralismo en el sistema informativo. El diagnóstico de la época apuntaba a la falta de pluralismo en los medios de comunicación, tanto interno como externo, lo que entrababa el ejercicio efectivo de las libertades de opinión e información y del derecho a recibir información, toda vez que ésta debe ser veraz y la única forma de asegurar su veracidad es mediante el cotejo de informaciones, es decir, a través de la diversidad de ellas. El citado panorama ponía entredicho el sistema democrático plural y fue el que, en parte, motivó la presentación del referido Proyecto de Ley. Debido a lo anterior hubo, a lo largo de la discusión parlamentaria, pleno consenso en entender necesaria la inclusión de una norma que reconociera expresamente el pluralismo informativo¹⁰⁶. Sin embargo, hubo dos cuestiones que suscitaron mayor debate, a saber: el rol del Estado en la protección del pluralismo en el sistema informativo y el mecanismo más adecuado para garantizarlo. Luego veremos que las conclusiones a las que se arribó una vez acabada la tramitación del Proyecto de Ley están, de acuerdo con lo sostenido por el Ejecutivo, en perfecta consonancia “con la relación existente entre la democracia plural y economía de

¹⁰⁵ Si bien la Ley N° 20.750 que permite la introducción de la Televisión Digital Terrestre y que modificó la Ley N° 18.838 que crea el Consejo Nacional de Televisión introduce como principio a respetar por los concesionarios y permisionarios de Servicios de Televisión el “pluralismo”, al que define como “el respeto a la diversidad social, cultural, étnica, política, religiosa, de género, de orientación sexual e identidad de género”, su ámbito de aplicación es limitado a un determinado medio de comunicación y su aprobación no tuvo una discusión que implique, para el tema que nos convoca, mayores análisis.

¹⁰⁶ Citamos como ejemplo, lo señalado en el Primer Informe de la Comisión de Constitución: “el derecho a recibir información, debe referirse a información veraz, a información verdadera, puesto que es la base sobre la cual la persona tomará las decisiones que afecten sus intereses y necesidades. La veracidad incluye la no manipulación de la información. Muchos opinan que las únicas fórmulas que aseguran informaciones veraces están dadas por las que provee el pluralismo informativo, instrumento que permite el cotejo a partir de la diversidad”. (Historia de la Ley N° 19.733, pp. 49-50). En palabras del Diputado Pollarolo “en Chile aún no hay adecuadas condiciones para que este derecho (libertad de opinión e información) se ejerza, porque no existe un pluralismo informativo pleno. Para que lo haya, se requiere la existencia de diferentes medios que, en su conjunto, expresen la diversidad social. No basta con el pluralismo dentro de los medios; es indispensable también fuera de ellos. Y no tenemos asegurado el pluralismo dentro y mucho menos fuera de los medios” (Historia de la Ley N° 19.733, p. 129). El Diputado Gazmuri expresa que “al analizar la situación que hoy existe en Chile, concluimos que el pluralismo informativo y cultural está severamente limitado” (Historia de la Ley N° 19.733, p. 545).

mercado”¹⁰⁷, aunque, a nuestro parecer, ellas tienden más a resguardar la libre iniciativa económica y el mercado que los valores relevantes para el pluralismo en una democracia.

En primer lugar, respecto al rol del Estado en la protección y promoción del pluralismo informativo, la discusión parlamentaria estuvo marcada por dos fuertes posturas. Por un lado, aquellos que entendían necesario que el Estado interviniera promoviéndolo porque, tal como sostuvo el Diputado Gutenberg Martínez, “el pluralismo no es sólo parte del ser de un Estado asentado sobre las bases democráticas, sino que también se constituye en parte del deber ser de dicho Estado”¹⁰⁸. Ahora, esta postura no sólo ha tenido asidero en nuestro país a nivel de discusión parlamentaria sino que también a nivel doctrinal, así el constitucionalista Pablo Ruiz-Tagle, interpretando el artículo 19 n° 12 de la CPR, ha entendido que el Estado de Chile debe actuar de forma negativa en el entendido de abstenerse de censurar previamente los contenidos a ser difundidos, pero también debe actuar en forma positiva para asegurar el derecho de todas las personas a ser informadas sobre hechos de interés general¹⁰⁹.

Por otro lado, hubo quienes consideraron que la intervención estatal, en cualquier sentido, significaba un peligro para las libertades de opinión e información, la autonomía de los grupos intermedios y el principio de subsidiariedad¹¹⁰. Postura que se encuentra en concordancia con la forma tradicional de interpretar los preceptos constitucionales y con el parecer del TC manifestado al conocer del requerimiento de constitucionalidad planteado por algunos Diputados respecto a aquella norma¹¹¹ del Proyecto de Ley que imponía al Estado la obligación de garantizar el pluralismo informativo asegurando “la expresión efectiva de las distintas corrientes de opinión”. El Tribunal estimó que la norma impugnada implicaba una intromisión

¹⁰⁷ Historia de la Ley N° 19.733, pp. 1257 y 1273.

¹⁰⁸ Historia de la Ley N° 19.733, p. 235.

¹⁰⁹ RUIZ-TAGLE, Pablo (2011). “Propiedad de los medios y principios de intervención del Estado para garantizar la Libertad de Expresión en Chile”. En: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 18, n.º 2, pp. 252-253.

¹¹⁰ A modo ejemplar, la intervención del Diputado Alfredo Jocelyn-Holt, el que sostuvo que “los dos supuestos en los que ha descansado esta discusión son: 1°. Que en Chile existe una amplia oferta informativa expresada por el número de publicaciones, radios, canales abiertos y por cable existentes en el país, y 2°. Que todo intento de regulación ha sido un factor de limitación de esa oferta informativa y libertad que supuestamente tenemos”. (Historia de la Ley N° 19.733, p. 231). El Primer Informe de la Comisión de constitución en el segundo trámite constitucional “se estimó de toda claridad 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”. (Historia de la Ley N° 19.733, p. 386).

¹¹¹ Artículo 9º: "El Estado tiene la obligación de garantizar el pluralismo en el sistema informativo, para lo cual habrá de favorecer la coexistencia de diversidad de medios de comunicación social y la libre competencia entre ellos, asegurando la expresión efectiva de las distintas corrientes de opinión, así como la variedad social, cultural y económica de las regiones".

indebida del Estado en la autonomía de los grupos intermedios, como lo son los medios de comunicación social, consagrada en el artículo 1º inciso tercero de la Constitución, y que dicha autonomía no reconoce más límites que aquellos impuestos por la constitución, o sea, aquellos que derivan de la moral, el orden público y la seguridad del Estado¹¹². Pero, además, razona el Tribunal, supone una violación directa a la libertad de emitir opinión y de informar sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, toda vez que esta libertad debe ejercerse sin interferencia de nadie¹¹³.

En segundo lugar, en lo que respecta al mecanismo más idóneo para garantizar la protección efectiva del pluralismo informativo, la discusión se centró en la regulación de la propiedad de los medios de comunicación o, más acertadamente, en la regulación de la concentración en la propiedad de los medios de comunicación. Si bien hubo consenso en admitir que la concentración de la propiedad de los medios de comunicación es un fenómeno que deteriora y atenta en contra de una democracia plural y que, por lo tanto, debe intentar combatirse, hubo discrepancia respecto al mecanismo más adecuado para ello. Los instrumentos que se barajaron para el debido resguardo del pluralismo externo en el sistema informativo fueron, por una parte, establecer cuotas máximas de propiedad al mercado de los medios de comunicación; y, por otra, aplicar las normas de protección de la libre competencia, en el entendido de que, a través de ellas, se resguarda el pluralismo en el sistema informativo¹¹⁴, postura que implica aceptar que el sistema de los medios de comunicación se desenvuelve como cualquier otro mercado.

En la Cámara de Diputados se aprobó una norma¹¹⁵ que establecía cuotas al mercado de los medios de comunicación, pues en dicha Cámara prevaleció el escepticismo respecto a la

¹¹² STC Rol 226/1995 de fecha 30 de Octubre de 1995, considerandos 28º y 29º.

¹¹³ *Ibíd*, considerando 31º.

¹¹⁴ Podemos citar, a modo de ejemplo, la intervención del Ministro Brunner, el que señala que “hay básicamente tres modelos a través de los cuales los países han enfrentado el problema. El más usual en América Latina: no hacer nada -como ha ocurrido hasta ahora en Chile-. [...] Una segunda alternativa ha sido la empleada fundamentalmente por los países de la Unión Europea, consistente en fijar, a través de reglamentaciones muy detalladas, cierta limitación o cuotas de participación en la propiedad de los medios en los mercados. [...] La tercera modalidad para enfrentar esta situación es la que se está intentando en diversos países y que también se ha acogido en este proyecto, que es aplicar el régimen antimonopólico general de la economía en los medios de comunicación”. (Historia de la Ley N° 19.733, p. 133); y del Senador Ominami, cuya intervención puede revisarse en la Historia de la Ley N° 19.733, pp. 819-821.

¹¹⁵ Artículo 43: “Se reputarán como hechos de la naturaleza de los sancionados [...] en el inciso precedente:

a) En el ámbito de la prensa escrita, el control de más del 30% del mercado informativo nacional en manos de una persona natural o jurídica, sola o asociada con otras u otras; y el control directo o indirecto por una persona

eficacia de la Ley Antimonopolios, que garantiza la libre competencia, para asegurar el pluralismo informativo, por entender que éste es algo “que va más allá” del plano de los bienes y servicios, por lo que, inevitablemente, si se quiere proteger, se necesita una disposición especial¹¹⁶. No obstante, el TC señaló que dicho precepto era inconstitucional por vulnerar el artículo 19 n° 21, o sea, el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica, sin más limitaciones que la moral, el orden público y la seguridad nacional¹¹⁷. Y por vulnerar el artículo 19 n° 24, esto es, el Derecho de Propiedad, ya que la única posibilidad de limitarlo es que dicha limitación provenga de su función social, y no es el caso¹¹⁸. Pero, además, el Tribunal consideró que el artículo sometido a su conocimiento no sólo era inconstitucional porque contradecía expresamente normas de la Constitución “sino también por carecer de los requisitos implícitos exigidos por la Carta para pretender una limitación de los derechos que asegura”¹¹⁹, pues, conforme el art. 19 n° 23, “para que un derecho pueda ser limitado se deben 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”¹²⁰. La sentencia del TC nos parece como mínimo desafortunada, pues amparar la concentración de la propiedad de los medios de comunicación haciendo una defensa irrestricta de la libertad de empresa afecta,

natural o jurídica, sola o asociada con otra u otras, de más del 30% de la distribución de los diarios de información general;

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

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”.

¹¹⁶ Podemos citar, a modo ejemplar, las opiniones del Diputado Pollarolo: En definitiva, 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, a diferencia de lo que decía el señor Diputado informante, a mi juicio, 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. [...] Hay concentración y la Ley Antimonopolios no sirve para eso. Habrá que abordar un problema mucho más delicado y complicado, que es limitar la propiedad en los medios, porque aquí no estamos funcionando en el mercado, como ocurre con los zapatos, vestuario o con el resto de la producción. Estamos hablando de las ideas; de cómo se transmiten y cómo aseguramos el pluralismo”. (Historia de la Ley N° 19.733, pp. 129-130); y del Diputado Aníbal Pérez, el que señaló: “en este aspecto, tengo tremendas dudas de si la Ley Antimonopolio podrá ser capaz por sí sola de normar la situación. Digo lo anterior, por cuanto tal normativa está diseñada para resolver problemas en el plano de los bienes y servicios, y el pluralismo, obviamente, va mucho más allá. En consecuencia, se requiere una disposición especial para reglar este punto”. (Historia de la Ley N° 19.733, p. 131).

¹¹⁷ STC Rol 226/1995 de fecha 30 de Octubre de 1995, considerandos 44° y 45°.

¹¹⁸ *Ibíd*, considerando 46°.

¹¹⁹ *Ibíd*, considerando 49°.

¹²⁰ *Ibíd*, considerando 50°.

indudablemente, el legítimo y necesario pluralismo político que debe existir en una sociedad democrática¹²¹.

En el Senado si bien no volvió a plantearse la posibilidad de establecer cuotas de dominio, pues dicha opción normativa ya había sido declarada inconstitucional, se formularon indicaciones tendientes a limitar, de alguna manera, la concentración de la propiedad en los medios de comunicación¹²²; sin embargo, todas ellas fueron desechadas. Se concluyó que el mecanismo más idóneo para la protección del pluralismo informativo es, ante todo, garantizar de la forma más amplia posible la libertad de fundar, editar, establecer, operar y mantener medios de comunicación social, y, simultáneamente, aplicar las normas de la libre competencia a las operaciones relativas a la propiedad de los medios de comunicación¹²³. Esta opción normativa y política fue la que finalmente se consagró en los artículos 37 y 38 de la Ley de Prensa y la posición predominante en la materia en nuestro país. Dichos artículos entregaron la protección del pluralismo informativo a las normas de la libre competencia a través de un “control” previo que se traduce en un informe de la Fiscalía Nacional Económica¹²⁴ de las “operaciones de propiedad” de los medios de comunicación concesionados -la radiodifusión y la televisión-. Tratándose de la prensa, se estimó suficiente la obligación establecida en el primer inciso del artículo 38° de informar a la autoridad competente de cualquier cambio o transformación en la propiedad de los medios de comunicación.

¹²¹ VIERA, Christian (2013). Libre iniciativa económica y estado social: análisis al estatuto de la libertad de empresa en la Constitución chilena. Santiago: Thomson Reuters, pp. 290-292.

¹²² Por ejemplo, la indicación N° 71, que disponía que: “las 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, provincial o local o se trate de la concesión de un servicio limitado de televisión”.

¹²³ A modo meramente ejemplar podemos mencionar as intervenciones del Senados Chadwick, quien señaló que “no hay otra manera de garantizar el pluralismo, y por lo tanto la libertad de expresión, que la establecida por la Constitución Política en su artículo 19, número 12). Me refiero a la más amplia libertad para abrir, fundar, mantener y desarrollar medios de comunicación. El contexto en que se desarrollan los medios de comunicación hoy en día sólo nos permite garantizar la pluralidad a través de la libertad para crear medios, y no a través de restricciones”; “debe entenderse que el orden público económico que consagra el Texto Fundamental no impone prohibiciones para la adquisición de bienes o para el desarrollo de actividades económicas, sino que garantiza la libertad para ejercer una actividad económica. Ahora, si durante el desenvolvimiento de ésta se ejecutan actos o conductas contrarios a los bienes consagrados en la ley, como una conducta monopólica, debe estarse a lo que la ley especial preceptúe, que en el caso mencionado es la Ley Antimonopolios, la cual sanciona los comportamientos que infringen sus normas, pero que no impide el acceso al mercado, el desarrollo de una actividad económica o la adquisición de un bien, por entenderse que son garantías constitucionales superiores”. (Historia de la Ley N° 19.733, pp. 823-824).

¹²⁴ Al momento de aprobarse la Ley de Prensa el organismo competente era la Comisión Preventiva Regional o Comisión Preventiva Central.

En definitiva, en Chile se reconoce legalmente el pluralismo informativo, sin embargo, a más de 17 años de aprobada la Ley de Prensa, su consagración constitucional sigue siendo un desafío a enfrentar por el Derecho chileno, así como su promoción y protección¹²⁵. En lo que respecta a la protección del pluralismo en el sistema informativo, tenemos serias dudas de los mecanismos consagrados para ello -aunque sin desconocer el avance que significó la Ley de Prensa en comparación con la situación jurídica existente en Chile antes de su publicación- pues, por un lado, si bien la libertad de fundar, editar, establecer, operar y mantener medios de comunicación social es un valor sin duda relevante en toda democracia y de necesario resguardo, entender el pluralismo informativo simplemente desde “la autonomía del empresario” nos parece es desconocer el rol político y social de los medios de comunicación¹²⁶. Y, por otro, la aplicación del Decreto Ley N° 211 como herramienta suficiente para resguardar el pluralismo informativo implica asumir que el “mercado” de los medios de comunicación es igual que el mercado de cualquier otro bien o servicio, cuestión con la que por cierto no estamos en absoluto de acuerdo.

4.3. La libre competencia: un mecanismo de protección indirecta del pluralismo informativo.

Como acabamos de indicar, el legislador contempló como vía de protección directa del pluralismo informativo el sometimiento de la industria radial y televisiva a controles especiales de libre competencia. En el fondo, se pensó que por medio de la acción conjunta de la Fiscalía Nacional Económica (FNE, en adelante) y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC, en adelante) se podría conseguir grados aceptables de desconcentración y pluralidad en la industria de las comunicaciones. En efecto, la FNE y el TDLC, a partir de las expresiones “que entraban la producción de información” y “impacto en el mercado informativo” contenidas, respectivamente, en los artículos 37 y 38 de la Ley de Prensa, asumieron como parte de sus funciones el resguardo directo del pluralismo informativo¹²⁷.

¹²⁵ FERNÁNDEZ, Miguel Ángel (2014). “El pluralismo como desafío del derecho constitucional contemporáneo”. En: *Revista chilena de Derecho y Ciencia Política*, vol. 5, n.º 3, p.18.

¹²⁶ Dichos efectos pueden consultarse en el capítulo 2 del presente trabajo.

¹²⁷ Resolución del TDLC N° 20/2007, ROL 173-06, de fecha 27 de Julio de 2007, considerando 8º: “el artículo 38º 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

El año 2009, sin embargo, la Ley N° 20.361 introdujo dos importantes modificaciones a la Ley de Prensa: primero, derogó el artículo 37; y, segundo, modificó el tenor del artículo 38 del mismo cuerpo legal, eliminando la antigua expresión “impacto en el mercado informativo”, y prescribió, en su remplazo, que las modificaciones o cambios en la propiedad de los medios radiales o televisivos deben contar, previo a su perfeccionamiento, con un informe de la FNE referido a “su efecto sobre la competencia”. Estas dos modificaciones llevaron a concluir a la FNE y al TDLC que la ley ya no les encomendaba velar por la protección directa del pluralismo informativo, y que por lo tanto al momento de conocer operaciones de concentración mediática debían aplicar los criterios propios de protección de la libre competencia.

Desde la fecha de tal modificación hasta la actualidad, el rol que han jugado los organismos protectores de la libre competencia en materia de medios de comunicación social puede ser catalogado como un mecanismo indirecto de protección del pluralismo informativo¹²⁸. Si bien la protección directa que contenía el texto original de la Ley de Prensa no estuvo exenta de críticas –Francisco Zúñiga, por ejemplo, señaló a propósito de la resolución 20/2007 del TDLC que éste no consideraba sus propias reflexiones pues al mismo tiempo que declaraba proteger el pluralismo, luego procedía a autorizar la adquisición que implicaban altos grados de concentración mediática¹²⁹–, desde la modificación introducida por la Ley N° 20.361 los niveles de concentración en la industria de los medios ha aumentado y por lo mismo el reconocimiento legal del pluralismo ha devenido en poco más que una mera declaración. Ello se explica, a nuestro juicio, porque este mecanismo de resguardo indirecto adolece de serios defectos estructurales.

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”

¹²⁸ Así se expresa claramente en la Resolución del TDLC N° 41/2012, ROL 404-12, de fecha 27 de Septiembre de 2012: “La ley 20.361 modificó el objeto o materia a que debe referirse el informe previo favorable: ‘impacto en el mercado informativo’ a ‘efecto sobre la competencia’. Además, la señalada Ley 20.361 derogó el artículo 37 de la Ley de Prensa, que contemplaba, entre otras, y como ejemplo de infracción a la libre competencia, aquellas conductas que ‘entraben la producción de informaciones’”. “A partir de lo anterior –señaló a continuación el TDLC–, es posible concluir que se eliminó el mandato para que las autoridades de libre competencia velen directamente por el pluralismo informativo que se requiere para garantizar las libertades de opinión e información que resguarda la Ley de Prensa [...] Lo anterior, sin perjuicio de que tanto el pluralismo informativo como la diversidad, puedan ser eventualmente resguardados o promovidos en forma indirecta mediante el resguardo o promoción de la libre competencia entre los medios de comunicación social”.

¹²⁹ ZÚÑIGA, Francisco (2008). “Propiedad y control de los medios de comunicación social: algunas notas sobre el Estatuto de la Radiofusión”. En: *Estudios Constitucionales*, vol. 6, n.º 1, p. 190.

El primer problema que es posible advertir consiste en que, en los hechos, la FNE y el TDLC sólo tienen competencia para pronunciarse sobre operaciones de concentración horizontal, dejando fuera de su ámbito de decisión las concentraciones verticales y multimedia. Lo anterior se explica, en primer lugar, porque el artículo 38 de la actual Ley de Prensa no exige un informe favorable respecto de los medios de prensa escrita; y en segundo lugar porque la FNE y el TDLC han optado por adoptar, al momento de definir el mercado relevante, el mercado de avisajes de publicidad -ya sea a nivel local, o bien a nivel nacional, según la operación de que se trate- pero sólo respecto de un mismo tipo de medio de comunicación. Así, por ejemplo, si el TDLC debe pronunciarse sobre una operación relativa a la adquisición de radios sólo considerará el mercado de avisaje radial sin incluir el mercado de la publicidad en diarios ni televisión.

Un segundo defecto radica en que la FNE y sobre todo el TDLC colocan el foco de su análisis en los avisadores y no en las audiencias. Tal como lo ha señalado el TDLC, a propósito de operaciones de concentración radial¹³⁰, los mercados de los medios de comunicación se caracterizan por ser bilaterales, esto es, mercados en los cuales los medios compiten por atraer a dos tipos distintos de consumidores: (i) los auditores, es decir, el conjunto de personas que escuchan los contenidos de programación ofrecidos por el medio, quienes son, a su vez, utilizados para atraer al segundo tipo de consumidores; y (ii) los avisadores, vale decir, aquellas personas naturales o jurídicas que buscan dar a conocer sus productos o servicios a potenciales consumidores (auditores) a través de espacios publicitarios en los medios de comunicación. Producto del carácter bilateral de los mercados, la concentración de los medios de comunicación social puede ser analizada ya sea desde la perspectiva de las audiencias, ya sea desde la perspectiva de los avisadores; aunque, por cierto, ambas formas de aproximación al fenómeno están estrechamente vinculadas entre sí, toda vez que, por razones de toda lógica, los avisadores buscan invertir en publicidad en aquellos medios que cuentan con mayores niveles de audiencia.

El TDLC si bien en su jurisprudencia suele tener a la vista tanto los porcentajes de concentración de las audiencias como de los avisajes, al momento de estudiar una operación

¹³⁰ Resolución del TDLC N° 32/2010, ROL 378-09, de fecha 15 de Junio de 2010.

suele colocar el foco de su análisis en los niveles de concentración en el mercado del avisaje¹³¹. Este grave defecto fue advertido por el ministro del TDLC, Tomás Menchaca, quien en su voto de minoría en la sentencia definitiva de la causa 20/2007 señaló que “deben tenerse presente [...] 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”¹³².

Por último, un tercer defecto que podemos constatar en esta forma indirecta de resguardo del pluralismo informativo, consiste en que las medidas que suele imponer el TDLC, al momento de autorizar operaciones de concentración, están orientadas a garantizar las condiciones del mercado de avisajes antes que propender a la pluralidad de los medios de comunicación. Si analizamos, a modo de ejemplificación, las medidas que adoptó el TDLC como condición para aprobar la compra por parte de Canal 13 de las radios Oasis y Horizonte, podemos advertir rápidamente que su preocupación es, antes bien, proteger a las empresas que buscan invertir en publicidad y no a los audiencias de los medios radiales –o no, al menos, preferentemente-. Entre las medidas adoptadas en dicha ocasión encontramos: (i) la prohibición de realizar ventas de avisaje atadas, es decir, la imposibilidad de la empresa adquirente a obligar a los avisadores a publicitar tanto en televisión como en una o más radios, bajo sanción de no poder publicitar en ninguno de dichos medios; (ii) prohibición de realizar discriminaciones arbitrarias que sean contrarias a la libre competencia; (iii) imposición de condiciones relativas a la venta de paquetes de espacios publicitarios multimedios; (iv) obligación de estructurar y mantener los negocios de radiodifusión sonora y televisiva en empresas legalmente independientes y separadas, aun cuando se encuentren relacionadas¹³³.

Al constatar estas tres deficiencias queremos evidenciar que el mecanismo elegido por el legislador para proteger la pluralidad de los medios de comunicación no resulta ser el más

¹³¹ Resolución del TDLC N° 41/2012, ROL 404-12, de fecha 27 de Septiembre de 2012 y Resolución del TDLC N° 20/2007, ROL 173-06, de fecha 27 de Julio de 2007.

¹³² Resolución del TDLC N° 20/2007, ROL 173-06, de fecha 27 de Julio de 2007, voto de minoría.

¹³³ Así se expresa claramente en la Resolución del TDLC N° 41/2012, ROL 404-12, de fecha 27 de Septiembre de 2012.

adecuado. Existe, desde luego, un sector influyente de la doctrina que resta importancia a la concentración mediática y respalda las decisiones que sobre la materia ha adoptado el legislador. El defecto de tales posturas, tal como ha señalado Pablo Ruiz-Tagle, es que debido a su enfoque estrictamente economicista ofrecen una visión muy limitada del fenómeno pues no consideran en su análisis la íntima vinculación que existe entre un adecuado resguardo de la libertad de expresión y la calidad de nuestra democracia¹³⁴.

4.4. El caso chileno: un paradigma de la concentración mediática.

Durante las últimas décadas, la concentración de la propiedad de los medios de comunicación se ha convertido en un problema transversal que afecta a la generalidad de los países. Los peligros que tal situación conlleva, así como las nefastas consecuencias que genera para el pluralismo político, ha llevado a la comunidad internacional a defender la idea de que la concentración es un fenómeno negativo que debe ser revertido y que en la persecución de tal objetivo al Estado le corresponde un rol fundamental. En relación a esto último es digno de comentar que tanto la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 como la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión del año 2000 han señalado que la concentración mediática es una vulneración indirecta a la libertad de expresión, en especial en su aspecto colectivo¹³⁵. En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que los Estados pueden incurrir en responsabilidad internacional en materia de derechos humanos cuando incumplen su deber de garantía de evitar la concentración mediática, por ejemplo, al no establecer un marco normativo que incluya medidas efectivas tendientes a evitar tal concentración¹³⁶.

Tratándose, ahora, de los mecanismos concretos que los distintos Estados han implementado, en derecho comparado es posible encontrar un amplio catálogo de medidas *antitrust*. Algunos Estados, por ejemplo, han optado por establecer límites máximos al porcentaje de participación que un mismo grupo económico puede tener en el mercado de los medios, tanto a nivel horizontal como vertical. Otros países, en cambio, han creado

¹³⁴ RUIZ-TAGLE, “Propiedad de los medios y principios de intervención del Estado para garantizar la Libertad de Expresión en Chile”, p. 351.

¹³⁵ LOVATÓN, “El equilibrio interamericano entre pluralidad de información y concentración de medios”, pp. 145-146.

¹³⁶ *Ibíd*, p. 145.

organismos especiales que están llamados a autorizar o denegar operaciones de adquisición y fusión en la industria comunicacional, por medio de la aplicación de criterios distintos a las normas comunes de libre competencia. Asimismo, existen ordenamientos jurídicos que han recurrido a alternativas más modestas –aunque, por lo mismo, menos eficaces- como establecer controles para las concesiones del espacio radioeléctrico y prohibiciones para su transferencia¹³⁷.

En el caso de Chile, tal como ya hemos dicho anteriormente, la situación dista de ser óptima. En efecto, nuestro ordenamiento jurídico no ha incorporado ninguna medida significativa tendiente a reducir la concentración, y sólo se ha limitado a establecer un mecanismo indirecto de protección del pluralismo informativo por medio de la aplicación de las normas de libre competencia. No es extraño, entonces, que nuestra regulación sobre la materia sea catalogada como una de las más deficientes y débiles de la región¹³⁸, lo cual es especialmente preocupante si tenemos en consideración que Chile se encuentra dentro de los países que exhiben los niveles más altos de concentración mediática.

Según las últimas mediciones efectuadas, los niveles de concentración existentes en Chile son elevados ya sea que se midan desde la perspectiva de las audiencias, o bien, desde la perspectiva de las inversiones en avisaje y publicidad. Así, en el caso de los diarios y periódicos tres grupos económicos concentran el 96% de la lectoría y el 94% del mercado de la inversión publicitaria; en el mercado radial, cinco grupos empresariales concentran casi el 85% de la audiencia y cuatro de ellos acaparan el 78% del avisaje; y respecto a la televisión abierta, cuatro canales concentran en el 91% de la audiencia y el 88% de la inversión publicitaria¹³⁹. En el mismo sentido, otro informe del año 2015¹⁴⁰, licitado por el Consejo Nacional de Televisión a Luis Breull, que por razones desconocidas nunca ha sido publicado oficialmente por el organismo licitador, recalca que tanto en el mercado de la prensa escrita como en el radial se producen alarmante niveles de concentración sobre las audiencias y la inversión publicitaria (catalogados como “altos” según el índice IHH). Según este último estudio, en el subsector de la prensa el Grupo El Mercurio concentra el 39% de la lectoría y el 48% de la inversión

¹³⁷ DELGADO, “La concentración de los medios de comunicación y el Derecho Humano a la Libertad de Expresión”, p. 55.

¹³⁸ *Ibíd*, p.54.

¹³⁹ PNUD (2017). *Desiguales. Orígenes, cambios y desafíos de la brecha social en Chile*. Santiago: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, p. 396.

¹⁴⁰ Disponible en <http://www.eldesconcierto.cl/2016/11/30/el-lapidario-informe-sobre-la-concentracion-mediatica-en-chile-que-el-cntv-mantiene-en-reserva/>

publicitaria, mientras que el Grupo Copesa-Dial acapara el 41% de la lectoría y el 35% de la inversión publicitaria. Tratándose del mercado radial, el Grupo Prisa-Ibero América concentra el 47% de la audiencia nacional y el 42% del avisaje; seguido por el Grupo Copesa-Dial que concentra el 12% de la audiencia y el 17% de la publicidad. Asimismo, el estudio destaca que los grupos Copesa-Dial, Bethia¹⁴¹, Canal 13¹⁴² y El Mercurio representan los casos más preocupantes tanto de concentraciones multimediales como multisectoriales. En vista de todo lo anterior, el informe elaborado por Luis Breull concluye que “son los grupos hegemónicos en cada uno de los subsectores [comunicacionales] los que consagran su predominio no sólo en el campo de las audiencias, sino de inversión publicitaria y, más complejo aún, en la conformación de las agendas setting”.

A pesar del lamentable panorama recién descrito, en reiteradas ocasiones se ha descartado la posibilidad de adoptar medidas más audaces para combatir la concentración (como los mecanismos *antitrust* que se pueden encontrar en derecho comparado), bajo la excusa de que la intervención estatal es siempre un riesgo mayor para la libertad de expresión que la concentración medial. Es precisamente ese temor a la intervención estatal lo que se encuentra detrás de las opiniones vertidas por los comisionados de la CENC y de los argumentos esgrimidos por el TC en la sentencia ROL 226/1995 a propósito del proyecto de Ley de Prensa.

Uno de los principales desafíos, entonces, en nuestro medio nacional es desmentir y superar la falacia “anti estatista”. Lo anterior, claro está, no implica negar que la intervención arbitraria y desmesurada del Estado puede ser muy perjudicial, y que por lo mismo debe ser evitada a toda costa; sin embargo, ello no nos debe hacer concluir que las acciones del Estado son siempre indeseables y deben ser rechazadas en todos los casos. Al parecer, los defensores del mercado a ultranza suelen olvidar que la censura privada no es muy distinta a la censura

¹⁴¹ Cabe destacar que el Grupo Bethia, controlado por la familia Solari, durante el período 2014-2015 concentró el 29% del avisaje y el 25% de la audiencia del mercado televisivo. El mismo grupo también participa en el mercado radial, participación que se vio acrecentada en el año 2017 al adquirir cuatro emisoras de alcance nacional. Resulta importante señalar que el Holding Bethia además posee inversiones en el rubro inmobiliario, *retail*, salud, ISAPRES y deportes. Por lo mismo, Bethia es el grupo económico que realiza las mayores inversiones en publicidad en nuestro país.

¹⁴² El Grupo Canal 13, durante el período 2014-2015, concentró el 22% de la audiencia y el 18% del avisaje en el mercado televisivo. Además, posee una participación importante en el mercado radial, ubicándose dentro de los 4 grupos económicos más grandes de ese mercado comunicacional. Asimismo, al igual como ocurre con el Holding Bethia, el grupo liderado por la familia Luksic destaca por su fuerte participación en el mercado de la minería, finanzas, transporte, energía, bebidas, alimentos, entre otros.

estatal, y que los peligros contra la libertad de expresión pueden provenir tanto del poder público como del poder económico. Como bien ha dicho Owen Fiss:

“debemos aprender a abrazar una verdad que está llena de ironía y de contradicción: que el Estado puede ser tanto un amigo como un enemigo de la libertad de expresión; que puede hacer cosas terribles para socavar la democracia, pero también cosas maravillosas para fomentarla. Ésta es, me temo, una verdad compleja, mucho más compleja de lo que hemos querido admitir durante hace ya bastante tiempo, pero es una verdad que todavía está - espero- a nuestro alcance”¹⁴³.

5. CONCLUSIÓN

En las sociedades contemporáneas la libertad de expresión cada vez cobra mayor relevancia. Si bien surgió como un derecho de no interferencia destinado a salvaguardar a su titular de las intromisiones estatales, en la actualidad, además de lo anterior, la libertad de expresión es el vehículo necesario para el ejercicio de los restantes derechos fundamentales y una condición esencial para la existencia de la democracia. A pesar de su evidente importancia, el ordenamiento jurídico chileno, conforme pudimos apreciar a lo largo de esta investigación, contempla una concepción deficiente de la libertad de expresión, mucho más cercana a las visiones decimonónicas que a las contemporáneas de tal derecho.

Nuestra Constitución ha enfatizado la dimensión subjetiva o individual de la libertad de expresión, desatendiendo su dimensión colectiva o social. En efecto, el artículo 19 n° 12 se limita a garantizar la libertad para emitir opinión e información sin censura previa y, en relación a los medios de comunicación, la Constitución garantiza la libertad para fundar, editar y mantener medios de comunicación. Como salta a la vista, la consagración constitucional, en toda su extensión, tiene por objeto resguardar al sujeto de posibles interferencias del Estado, garantizándole el mayor margen de acción posible.

En lo que atañe a la dimensión colectiva de la libertad de expresión, esto es, el derecho a recibir información y conocer el pensamiento ajeno, el constituyente no la consagró de manera expresa, no obstante, conforme se ha señalado en reiteradas ocasiones se entiende implícita en

¹⁴³ FISS, Owen (1999). *La ironía de la libertad de expresión*. Barcelona: Editorial Gedisa, pp. 109-110.

la norma constitucional. El problema, sin embargo, se origina por la interpretación que se ha dado al derecho a la información, pues nuevamente se le ha reducido a un derecho de no interferencia: ni el Estado ni los particulares pueden impedir la libre circulación de la información una vez que ésta ha sido emitida. El inconveniente de lo anterior radica en que el aspecto colectivo de la libertad de expresión (o el derecho a la información) no sólo dice relación con la libre circulación de la información sino que además con la pluralidad de ésta, o sea, con el pluralismo informativo.

Tratándose del pluralismo informativo, nuestro ordenamiento jurídico nuevamente está al debe. En el ámbito constitucional no tiene consagración alguna, limitándose su reconocimiento al ámbito legal, puntualmente a la Ley de Prensa. Si bien la dictación de esta ley fue un avance en cuanto al reconocimiento del pluralismo, la manera en que finalmente se consagró no dice mayor relación a como se ha entendido en la academia y en derecho comparado. Además, los mecanismos de protección del pluralismo contemplados por el legislador, a saber, la más amplia libertad para fundar, editar, establecer, operar y mantener medios de comunicación social y la aplicación de las normas de libre competencia al mercado de los medios de comunicación, carecen de eficacia. La libertad para fundar, editar y establecer medios de comunicación no dice relación con la dimensión colectiva de la libertad de expresión, sino antes bien con su dimensión subjetiva, generándose el contrasentido de proteger aquella a través de ésta. Por su parte, el segundo mecanismo de protección, esto es, la aplicación de las normas de libre competencia al mercado de los medios de comunicación, ha demostrado ser un resguardo ineficiente del pluralismo informativo, porque, por una parte, al tratar a los medios de comunicación de la misma manera que a las restantes actividades económicas deja fuera de su ámbito de fiscalización las concentraciones verticales y multimedia, y, por la otra, porque su principal preocupación es resguardar a los avisadores y no a las audiencias.

Todas las deficiencias que hemos constatado a lo largo de este trabajo explican cómo nuestra regulación -o, mejor dicho, nuestra falta de regulación- ha contribuido a la concentración mediática presente en Chile, al inhibir una acción estatal efectiva tendiente a garantizar la pluralidad de la información. El panorama anterior, por cierto, ha tenido defensores, quienes nos intentan convencer de que el mercado desregulado, con escasa o nula intervención estatal, es la mejor vía para asegurar el pluralismo. Sin embargo, en sociedades como la nuestra, con élites cuantitativamente pequeñas pero cualitativamente poderosas e

influyentes, la vía del mercado no es la opción más adecuada, pues entraña el riesgo de que unos pocos definan la agenda de discusión política. En efecto, los medios de comunicación son una herramienta poderosa que, tal como ha demostrado la teoría de la *agenda setting*, determinan la agenda pública y, de esa manera, influyen notoriamente en la formación de la opinión de los ciudadanos.

La evidencia demuestra que el libre mercado y los mecanismos comunes de resguardo de la libre competencia no son efectivos a la hora de evitar la concentración mediática. De hecho, en nuestro país dichos mecanismos han sido aplicables desde hace ya bastante tiempo, pero los niveles de concentración medial, lejos de reducirse, se han mantenido e incluso, en ciertos casos, se han acentuado. Y para empeorar aún más las cosas, se presenta la peculiaridad de que en Chile los grandes medios de comunicación son ideológicamente homogéneos y poseen líneas editoriales similares, generando como consecuencia la uniformidad de la información y el empobrecimiento del debate público. Se estructura así un escenario peligroso para la democracia, en donde quienes ya poseen el poder político y económico concentran ahora también el poder mediático, y por esa vía detentan la posibilidad de configurar agendas mediáticas afines a sus intereses, invisibilizando o minimizando aquellos temas disfuncionales a éstos.

BIBLIOGRAFÍA

Libros, capítulos de libros y artículos

- AHUMADA, Paula (2017). “Del mercado de las ideas a la mercantilización de la esfera pública bajo el orden constitucional en Chile”. En: *Derecho y crítica social*, vol. 2, n.º 2, pp. 151-189.
- BASTIDA, Francisco (2000). “Concentración de medios y pluralismo. Acordes y desacuerdos entre pluralismo y mercado”. En: CAPRIZO, Jorge y CARBONELL, Miguel (eds.), *Derecho a la información y Derechos Humanos*. Ciudad de México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 273-286.
- BECERRA, Martín y MASTRINI, Guillermo (2009). “El problema de la concentración”. En: BECERRA, Martín y MASTRINI, Guillermo, *los dueños de la palabra: acceso, estructura y concentración de los medios en la América latina del siglo XXI*. Buenos Aires: Prometeo, pp. 29-40.
- BREULL, Luis Adolfo (2015). *Estudio de Concentración de Medios en Chile*. Disponible en <http://www.eldesconcierto.cl/2016/11/30/el-lapidario-informe-sobre-la-concentracion-mediatica-en-chile-que-el-cntv-mantiene-en-reserva/>
- BOBBIO, Norberto (2010). *Liberalismo y Democracia*. Ciudad de México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- BOLETÍN N° 5644-07 de Reforma Constitucional que modifica el artículo 19 n° 12 consagrando la naturaleza del espectro radio eléctrico garantizando el ejercicio de la libertad de expresión y el pluralismo e impidiendo el establecimiento de monopolios en los medios de comunicación, en los términos que indica.
- CARBONELL, Miguel (2010). “El fundamento de la libertad de expresión en la democracia constitucional”. En: *Sufragio*, vol. 5, n.º 5, pp. 20-29.
- CEA EGAÑA, José Luis (2012). *Derecho Constitucional Chileno, Tomo II*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.

- CHAVERO, Palmira (2015). “Marco teórico. Los medios de comunicación en la vida pública”. En: CHAVERO, Palmira, *prensa y política en tiempos de crisis: estudio de la legislatura 2008-2011*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológico, pp. 5-29.
- CLIMENT, Jorge (2017). “Opinión pública y libertad de expresión”. En: *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 23, pp. 240-260.
- CHOMSKY, Noam y EDWARD, Hernán (1996). *Los guardianes de la libertad*. Madrid: Grijalbo.
- DELGADO, Bruno (2016). “La concentración de los medios de comunicación y el Derecho Humano a la libertad de expresión”. En: *Revista IIDH*, n.º 63, pp. 35-63.
- DEL VALLE, Nicolás (2016). “Pluralismo Informativo y Libertad en los Medios en Chile: notas sobre las condiciones estructurales”. En: *Revista de Gestión Pública*, vol. 5º, n.º 2, pp. 219-252.
- DWORKIN, Ronald (1989). *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel S.A.
- FAYT, Carlos (1988). *Derecho Político. Tomo II*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- FERMANDOIS, Arturo (2011). *Derecho Constitucional Económico, Tomo I*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- FERNÁNDEZ, Miguel Ángel (2014). “El pluralismo como desafío del derecho constitucional contemporáneo”. En: *Revista chilena de Derecho y Ciencia Política*, vol. 5, n.º 3, pp. 9-21.
- FERRAJOLI, Luigi (2005). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta S.A.
- FISS, Owen (1999). *La ironía de la libertad de expresión*. Barcelona: Editorial Gedisa.
- (2010). “La idea de libertad política”. En: FISS, Owen, *Democracia y disenso: una teoría de la libertad de expresión*. Buenos Aires: AD-HOC, pp. 17-50.
- FUENTES, Ximena (2002). “La protección de la libertad de expresión en el sistema interamericano de Derechos Humanos y la promoción de la democracia”. En: *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 13, pp. 225-244.
- HISTORIA DE LA LEY N° 19.733 sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo.

HISTORIA DE LA LEY N° 20.750 que Permite la Introducción de la Televisión Digital Terrestre.

LIPPMANN, Walter (2003). *La opinión pública*. Madrid: langre.

LÓPEZ, Saúl (2007). “Democracia y medios de comunicación”. En: *Isonomía*, n.º 26, pp. 49-70.

LOVATÓN, David (2014). “El equilibrio interamericano entre pluralidad de información y concentración de medios”. En: *Revista de Derecho PUCV*, n.º 73, pp. 131-153.

MARCIANI, Betzabé (2005). “La posición preferente del derecho a la libertad de expresión: un análisis crítico de sus fundamentos”. En: *Revista pensamiento constitucional*, vol. 11, n.º 11, pp. 351-378.

MCCOMBS, Maxwell (2006). *Estableciendo la agenda*. Barcelona: Paidós.

MILL, John Stuart (2009). *Sobre la libertad*. Madrid: Alianza Editorial.

PNUD (2017). *Desiguales. Orígenes, cambios y desafíos de la brecha social en Chile*. Santiago: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.

POST, Robert (2011). “El error de Meiklejohn: la autonomía individual y la reforma del discurso público”. En: POST, Robert, *el Estado frente a la libertad de expresión*. Buenos Aires: Universidad de Palermo – UP, pp. 171-205.

REPÚBLICA DE CHILE, Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, sesión 23^a, Santiago, 29 de julio de 1976.

RUIZ-TAGLE, Pablo (2011). “Propiedad de los medios y principios de intervención del Estado para garantizar la Libertad de Expresión en Chile”. En: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 18, n.º 2, pp. 347-359.

ROFFINELLI, Gabriela (2003). *Noam Chomsky y el control del pensamiento*. Madrid: Campo de Ideas.

SABINE, George (2013). *Historia de la teoría política*. Ciudad de México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

- SÁNCHEZ, Santiago (1992). “Sobre la libertad de expresión en el mundo anglosajón”. En: *Revista de administración pública*, n.º 127, pp. 45-83.
- SÁNCHEZ, Enrique (2005). *Medios de comunicación y democracia. Una perspectiva histórico-constitucional*. Bogotá: Norma.
- SÁNCHEZ-TABERNERO, Alfonso., et. al (1993). *Concentración de la comunicación en Europa. Empresa comercial e interés público*. Barcelona: Centre d’Investigació de la comunicació.
- SARTORI, Giovanni (1998). *Homo videns. La sociedad teledirigida*. Buenos Aires: Taurus.
- TOCQUEVILLE, Alexis (1957). *La democracia en América*. Ciudad de México D.F: Fondo de Cultura Económica.
- VERDUGO, Mario, et.al. (2002). *Derecho Constitucional, Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- VIERA, Christian (2013). *Libre iniciativa económica y estado social: análisis al estatuto de la libertad de empresa en la Constitución chilena*. Santiago: Thomson Reuters.
- ZÚÑIGA, Francisco (2008). “Propiedad y control de los medios de comunicación social: algunas notas sobre el Estatuto de la Radiofusión”. En: *Estudios Constitucionales*, vol. 6, n.º 1, pp. 171-203.

Jurisprudencia

STC ROL 226/1995 de fecha 30 de Octubre de 1995.

RESOLUCIÓN del TDLC N° 20/2007, ROL 173-06, de fecha 27 de Julio de 2007

RESOLUCIÓN del TDLC N° 41/2012, ROL 404-12, de fecha 27 de Septiembre de 2012

RESOLUCIÓN del TDLC N° 32/2010, ROL 378-09, de fecha 15 de Junio de 2010.