



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
ESCUELA DE DERECHO



TESINA DE LA CARRERA DE DERECHO

La concentración privada en los medios de comunicación social

¿Qué rol debe asumir el estado moderno frente a la libertad de
expresión y el derecho a la información?

FELIPE EDUARDO URQUIOLA SORIANO

OCTUBRE 2010

RESUMEN:

Este artículo pretende ilustrar acerca de la negativa influencia del control de la propiedad de los medios de comunicación social sobre la libertad de expresión. Lo que interesa destacar es de qué manera nuestro ordenamiento jurídico vigente permite esta concentración monopólica de los medios. Será necesario en este trabajo guiarnos por la doble faceta de la libertad de expresión desarrollada en extenso por el autor norteamericano Owen Fiss, para comprender de mejor manera la prioridad de resguardar esta libertad fundamental en una sociedad que se dice ser democrática frente a la maquinaria del poder que trata incesantemente de sesgar el debate público con la única finalidad de conservar el statu quo. Lo cual nos lleva a proteger y promover las facultades del estado en orden a garantizar la pluralidad en el sistema informativo.

PALABRAS CLAVES:

Libertad de expresión - pluralismo informativo- concentración de medios- debate público.

TABLA DE CONTENIDOS.-

Introducción.....	pag. 4
Ultra fortalecimiento a la libertad de expresión.....	pag. 7
Una necesaria Intervención del estado.....	pag. 11
Un ordenamiento constitucional-legal permisivo a la concentración de los medios.....	pag. 14
Conclusión.....	pag. 23
Bibliografía.....	pag. 25

La concentración privada en los medios de comunicación social.

¿Qué rol debe asumir el estado moderno frente a la libertad de expresión y el derecho a la información?

INTRODUCCION

“En la democracia constitucional, basada en el circuito abierto del poder, se supone, por otra parte, que el acceso a los medios de comunicación de masas es igual para todas las ideologías reales, y para los grupos pluralistas que las promueven en una sociedad libre requiere no sólo el derecho de libre expresión de la opinión sino también el medio para su realización, la libertad de propaganda, una prensa libre, una radio y una televisión libres” (Loewenstein, 1983: p. 418).

El presente artículo responde a la necesidad jurídica de fortalecer la promoción y protección de la libertad de expresión en su esfera social o colectiva, esto es, en su función de utilidad para promover la democracia como mecanismo de control institucional, teniendo presente que el fundamento de la libertad de expresión no se agota en el deber de otorgar a las personas la oportunidad de autorrealización.

Los medios de comunicación social son los cauces naturales por donde se desenvuelven y realizan derechos fundamentales como las libertades de expresión e información. Estos medios desarrollan sus actividades de acuerdo a un formato preestablecido en nuestra Carta Magna, al amparo de una concepción liberal de estos derechos fundamentales. El sistema jurídico vigente permite, que se menoscabe y atente contra la libertad de expresión, al reducir estas libertades a una libertad de empresa. En esta lógica económica, las concentraciones privadas de los medios abusan de su posición de poder en el mercado de las ideas; por tanto el debate público queda condicionado a lo que dicte el mercado. Tema

que vincula a estas libertades con la realidad de los medios, denominado pluralismo del sistema informativo.

Para esto es necesario comprender el valor democrático que se le ha otorgado a la libertad de expresión, y de qué manera se encuentra restringida la libertad de expresión en los medios de comunicación. Para entender este concepto nos remitiremos a Fiss que habla del ámbito dual de la libertad de expresión. Tradicionalmente se ha estudiado la libertad de expresión en su faz libertaria o autoexpresiva, es decir, el interés del individuo en expresarse libre de toda intervención, llámese estado o persona. Por lo tanto se reclama un mayor goce de este derecho y se exige que el aparato estatal no intervenga sobre el ejercicio de los derechos de los particulares, o de hacerlo, que se reduzcan al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas. Y la otra visión de la libertad de expresión denominada democrática o colectiva, es aquella que mira un interés colectivo, al asegurar las condiciones idóneas en el debate público, mediante la participación libre e informada de los actores sociales. Entendida de esta manera la libertad de expresión conlleva a ampliar los términos de la discusión pública.

Es así como el presente artículo trata con mayor profundidad este último punto, a través de una exposición de razones que justificaran este tratamiento ultra fortalecido de la libertad de expresión. Para luego desarrollar la conexión entre el derecho a la información y una intervención positiva del Estado para asegurar el pluralismo informativo. Así también será necesario hacer un breve análisis de nuestra regulación constitucional-legal vigente y hacer un contraste con las normas en el Derecho Comparado.

Frente al fenómeno económico de la concentración de la propiedad de los medios, por efecto de las economías de escala, surge la necesidad de intervención pública, un estado con un rol activo y preponderante, con el objeto de garantizar una mayor y mejor democratización de los medios de comunicación y una más amplia capacidad de participación de los distintos actores sociales.

En las próximas páginas intentaré establecer si efectivamente nuestro sistema jurídico vigente permite vulnerar la libertad de expresión a través de la permisividad normativa frente a la concentración de los medios de comunicación social, y de ser así, en qué grado afecta nocivamente a uno de los más básicos postulados democráticos como lo es la libertad

de expresión. Tras señalar y contrastar críticamente las dos visiones teóricas que se han desarrollado por la doctrina respecto a la libertad de expresión, será preciso fundamentar en pos de una determinada concepción: la democrática, para luego tratar de responder a la pregunta inicial de este artículo: ¿Qué rol debe asumir el estado moderno frente a la libertad de expresión y el derecho a la información?

I.- Ultrafortalecimiento a la libertad de expresión.-

La libertad de expresión es la piedra angular de un régimen político, mas bien, de todo régimen político. Su existencia o ausencia, sus límites legales, su uso en forma de libertad de información, su abuso, su regulación, su alcance, su entendimiento por los ciudadanos, por los medios de comunicación, por la clase política y por el gobierno, revelan cada uno de ellos la naturaleza más o menos liberal y más o menos democrática de la estructura de poder vigente en una sociedad en un momento determinado.

Es signo de estos tiempos que se intente deslegitimar la intervención del Estado en las actividades económicas. Este liberalismo económico, trasunta a lo netamente económico y potencia la capacidad del ser humano para determinarse autónomamente, conllevando a una protección de las expresiones individuales. Históricamente la libertad está asociada a la idea de la ausencia de trabas impuestas por el poder político. Representa la idea de liberación, de no injerencia del Estado o de la organización política de que se trate; esta es la ya clásica libertad negativa. En este sentido la libertad de expresión requiere de un no hacer de parte del Estado, es decir, cero intromisión estatal o de terceros. Como manifestación de esta autonomía la libertad de expresión sería prácticamente ilimitada. Asimismo, en dicha concepción subyace la premisa de la prioridad del individuo sobre la sociedad.

Por otra parte, la libertad de expresión tiene una segunda dimensión, ya mencionada anteriormente, precisamente aquella que justifica su más fiel sentido democrático, es su aspecto colectivo. Así entendidas, la libertad de expresión y la libertad de información, subsumidas en la libertad de comunicación, tienen una directa relación con los controles recíprocos entre los particulares y el Estado, toda vez que el ejercicio de esta libertad implica una diversidad de puntos de vista e intereses que es constitutiva de la discusión político social y a través del mismo se logra garantizar la autodeterminación colectiva.

Para sostener lo anterior se vincula una concepción democrática de la Constitución, en la cual esta tiene como función garantizar un sistema de gobierno concreto: la democracia, dice Fiss aquel “*que atribuye la responsabilidad final al público para que decida como quiere vivir*” (Fiss, 1999: p.183).

En ese sentido la libertad de expresión no es pues la ausencia de regulación sino es la presencia del autogobierno. El autor explica que estos intereses de expresión al ser concebidos desde una óptica democrática generan una actuación de parte del estado que no consiste en arbitrar intereses diversos y contrapuestos, sino que el agente estatal deberá tratar de establecer las precondiciones esenciales para la autoconstitución de una comunidad, garantizando que las diversas visiones de los más disimiles grupos entren en juego, consiguiendo de esta manera la amplitud y fortalecimiento del debate público.

En la insistencia de esta idea Habermas concibe de acuerdo a la teoría del pluralismo que los ciudadanos particulares y sus intereses individuales son reemplazados por asociaciones e intereses organizados. Las opciones que toman los ciudadanos en su quehacer político-social están en última instancia influidas o son sopesadas por la información que disponen. Señala este autor que las causas de las condiciones para formar esa voluntad y opinión política deliberativa no debe solo escudriñarse en el aspecto individual y en los argumentos particulares sino que también en la dimensión social de deliberación que se materializa en el espacio público como estructura de comunicación (Habermas, 1998: pp. 409-439).

Este carácter democrático cumple un rol más relevante a la hora de señalar el ámbito de acción de esta libertad.

En este sentido la autonomía no es protegida como un valor propio sino por su sentido finalista o como medio para la satisfacción social o comunitaria. El objeto primordial y último de estas garantías es la comunicación social, que es un bien público.

En el hecho, hoy por hoy se ha privatizado esta función pública de la libertad de expresión para constituir lo que se denomina democracia formal de interés privado (Mastrini, 1996: pp. 81-88). Configurándose un ámbito jurídico “a la medida” de lo que dictan las grandes corporaciones de medios de comunicación. Se trata de políticas públicas definidas a partir de un reducido grupo de actores en su propio interés que legitiman y fortalecen al nuevo sector oligopólico de los medios de comunicación.

De esta manera son estas políticas las que representan los intereses de los conglomerados mencionados y que con su consolidación no han traído más que un presente de restricción cuantitativa y cualitativa, especialmente cualitativa de las posibilidades de una oferta diversificada y realmente pluralista de medios.

Fiss concibe a la democracia como una suma de varios principios básicos: soberanía popular, independencia económica, elección meditada, participación activa y satisfacción ciudadana. El principio de contenido mínimo y núcleo duro de la democracia para el autor es la elección meditada. Este valor tiene su fundamento en la confianza de su sistema de gobierno, ya que una persona que tenga acceso a toda la información relevante y conjuntamente a todas las opciones que se postulan, su decisión será por lo tanto más inteligente, más asertiva y más democrática.

Según esta interpretación más democrática de la libertad de expresión el papel del estado es preservar la plenitud del debate público, pues no debe desincentivar el pensamiento, la imaginación y la opinión crítica de los ciudadanos respecto de sus instituciones y autoridades que los gobiernan, ya que estas últimas sólo son depositarias de la voluntad soberana de los ciudadanos.

Una cosa es cierta: la historia de la humanidad puede escribirse como una historia de una constante represión de la expresión.

Desde escenarios religiosos primero, políticos después, y sociales, ahora, la libertad de expresarse, de comunicar ideas, pensamientos y experiencias se ha visto con desconfianza y temor y se ha procurado restringir bajo los pretextos más extraños y confusos.

Ahora bien, el establecimiento de límites a la libertad de expresión es comprensible en el contexto de choques de distintos intereses sociales contrapuestos; pero al parecer no lo sería tanto cuando uno de los intereses es el interés general, vox populi, el bien común interpretado por los detentadores del poder político de turno.

Todos los regímenes políticos de concentración de poder, despóticos, tiránicos, absolutistas, totalitarios, se han distinguido en particular por su horror ante la diferencia, la diversidad, la tolerancia o conocida hoy como pluralismo. Ya que obviamente el control de los gobernados era más fácil sin crítica, sin oposición. Muchos quedaban excluidos, ya que por siglos se les prohibía expresarse como a extranjeros, esclavos, mujeres, siervos y analfabetos.

En la actualidad la cosa no es muy distinta. La democracia, en el sentido de autogobierno y participación; emergió, se fue desarrollando y finalmente consolidando como la manera de contrarrestar fuerzas al poder político. Es la más clara y sabida forma de limitación al poder. En esto la prensa cumplió un acabado y persistente control frente al

poder político establecido, tanto así, que fue y sigue siendo llamada por muchos el quinto poder.

No obstante hoy por hoy, la prensa y los demás medios de comunicación masivos están insertos en el esquema general del sistema económico, por ende son poder económico y político a la vez, ya que no solamente el sistema se vale de los medios de comunicación social para colocar en el mercado los productos destinados al consumo masivo sino que las modernas empresas de comunicación, sustentadas financieramente, asumen un control de la realidad por medio de la selección del material informativo.

La sociedad civil debe realizar sus fines colectivos para lo cual debe comprometerse a fondo con sus libertades ya conquistadas pero no aseguradas del todo y dispuesta a no dejarse tan fácilmente arrebatar el mayor de todos los principios democráticos: la libertad de expresión.

II.- una necesaria intervención del estado.-

De la concepción democrática de la libertad de expresión radica la función intervencionista del Estado en orden a garantizar las condiciones idóneas para un debate público que es esencial en el sistema democrático constitucional. Pasar de mirar al estado como enemigo natural de la libertad a apreciarlo como el mejor de todos los amigos, ya que hoy en día el real enemigo se presenta disfrazado, es mas intangible, según algunos sería el que gobierna detrás de las cortinas, es el poder privado y su control monopólico de los medios de comunicación.

La necesidad de establecer al menos unas directrices en que orienten la intervención del estado viene dada por esta visión fortalecida de la libertad de expresión y su consiguiente efecto en la esfera del debate público.

Dado el gran avance de los medios de comunicación, su perfeccionamiento, la propiedad o el control han alterado de manera sustancial el mundo de las comunicaciones y en especial la comunicación política. A mayor abundamiento, no solo muchas más personas informan y son informadas de hechos u opiniones, no solo ese intercambio se produce mucho más rápidamente que antes; no solo son más hechos los que acontecen y las opiniones que se emiten. El peligro está en lo mucho más de lo que se oculta y por consiguiente en el hecho que no se ofrezca a cada cual todas las opiniones y sus respectivas fundamentaciones, y todos los hechos que puedan interesar al respecto. Es decir las personas quedarían desprovistas de la libertad de pensamiento ya que solo de este modo el individuo puede hacer una elección auténticamente libre, ya que esta supone la de examinar, cuestionar cualquier opinión, para lo cual todo hecho e información debe estar al alcance del mismo.

En la Conferencia sobre Libertad de la Información celebrada en Ginebra en 1948, se logró aprobar el principio internacional del “libre flujo de la información”. Podríamos asimilar este principio a una consagración del *laissez faire* en materia informativa por parte de las agencias transnacionales de medios, este libre flujo otorga un poder monopólico cuya única limitación es la de satisfacer el mercado y permite subordinar la información, debidamente manipulada a los intereses que se debe o quiere servir.

Por estas razones la libertad de expresión es hoy un asunto vital para todos y que precisa ser regulada, en la medida de lo posible, con claridad, precisión y urgencia.

Hoy el ciudadano no crea los mensajes que afectan su existencia, no establece el contenido de la comunicación, es solamente un receptor, las mas de las veces pasivo en el ambiente societario y político. Pareciera ser en términos de esta dinámica de mercado un ciudadano-consumidor frente a una información ofertada como un servicio más en el abanico de productos fungibles, y en la vereda de enfrente el Estado neutro y abstencionista.

El Estado, en este contexto, no es ya solo el garante de la libertad negativa, de que no exista la censura previa ni se produzcan interferencias por parte de los poderes públicos, sino que efectivamente y en pos de su segunda dimensión tiene que jugar un papel más activo.

Para ello debe fomentar la libre expresión facilitando los medios materiales y la información y debe remover los obstáculos e impedir las distorsiones.

El actuar del estado debe ceñirse en directrices que apunten a evitar la concentración de la propiedad de los medios en pocas manos y a la vez deberá intervenir férreamente en promover e incentivar pautas de los distintos contenidos y puntos de vista ideológicos, permitiendo de esta manera proteger y garantizar aquel debate robusto de ideas como el acceso al mismo.

Parafraseando a Fiss debe en último extremo repartir megáfonos a los ciudadanos para hacerse oír. De este modo señala este autor que a veces la expresión de unos hace imposible que los grupos de la población más desfavorecidos puedan participar siquiera en el debate.

Fiss analiza tres formas de expresión: las expresiones de odio, la pornografía, y el financiamiento de las campañas electorales. Expresiones todas que desarrolla e intenta explicar por qué el estado no puede subsumirse en el principio de neutralidad, analizando una serie de casos emblemáticos del país del norte.

Tratándose de las víctimas de las expresiones de odio, están se ven disminuidas en su dignidad, y no son capaces de poder afrontar un debate con la misma entidad y seguridad como lo hace el agresor. Tanto es así que su autoridad y legitimidad es puesta en cuestión,

tanto es el efecto que puede llegar a silenciar su discurso, aunque realmente se exprese, *es como si nada dijese*, señala Fiss.

Las mujeres también podrán sentirse en una situación de menoscabo de su dignidad en cuanto a la expresión de pornografía ya que el mensaje percibido y adoptado por la sociedad es la de subordinación y silenciamiento de la mujer. Claramente la mujer en las actividades y producciones pornográficas es tratada como un objeto sexual. Expresiones que van dejando huellas culturales en la sociedad, y desencadenan la figura disminuida de la mujer en todo tipo de ámbito, tanto político, laboral, familiar, etc.

Lo mismo ocurre con los gastos de campañas electorales ilimitados. Fiss reconoce que este tipo de expresiones además de perpetuar la distribución de la desigualdad de la riqueza, desampara al pobre, lo margina del escenario político, desencadenando el mismo efecto silenciador de las demás expresiones precedentes.

Es el poderoso, son los grandes consorcios de medios que obstaculizan el libre juego de ideas al dominar en grado casi absoluto, pero para efectos prácticos, en grado determinante el espacio publicitario, lo que significara que el público solo oyera ese mensaje. Los otros se ahogaran o serán menoscabados en grado sumo. Tal es el rol que le cabe al estado que deberá proteger el interés de la audiencia por escuchar aquel debate completo, ya que la elección pública debe ser informada y de forma reflexiva. Si no ocurre de esta manera realmente podrán los ciudadanos establecer una agenda que efectivamente trate los temas relevantes que afectan sus intereses, el interés general, ya que éstos son los que podría revisar y cuestionar las decisiones de sus autoridades.

Es así como la primera y tradicional teoría libertaria, continúa, no puede explicar por qué las expresiones de unos deben tener prioridad sobre la de otros.

Es esta segunda teoría la que explica de mejor modo estas interrogantes y habilita al estado para desprenderse de su neutralidad y encaminarse directamente a una actuación de resguardo de los intereses no de algunos, no en esa dirección, ni siquiera por otros principios como la igualdad, aunque de alguna manera siempre está implícita, sino guiado por su estructura de creación, desarrollo y fin último: la democracia.

III.- Un ordenamiento constitucional-legal permisivo a la concentración de los medios.-

Ya hemos explicitado las razones de una intervención positiva por parte del estado para asegurar lo que se ha llamado el pluralismo informativo. Argumentos poderosos que permiten sostener que es necesaria y conveniente una regulación social y económica.

La teoría del derecho económico identifica diversas imperfecciones de mercado que justifican la acción reguladora del Estado. Entre ellas se cuentan las condiciones monopólicas en los mercados, que limitan la competencia que pueden derivarse de características técnicas o comportamientos oportunistas de las empresas. No es menos cierto que en las últimas décadas la economía chilena ha experimentado importantes avances que han permitido fortalecer la operación de los mercados y expandir la participación del sector privado en la actividad productiva. El punto discutible será cuanto más o menos regulación, o más bien intervención estatal. Pero en última instancia son los ciudadanos los que deben optar por una u otra opción mediante las herramientas que les proporcione el derecho, y para ello, usando términos económicos, no deberán existir asimetrías en la información.

En este sentido cabe señalar que nuestra Constitución no solo establece principios y disposiciones que fijan el régimen general en materia económica, sino que establece y opta por un sistema económico determinado.

Así las cosas, nuestra doctrina tradicional llama a estas normas y principios orden público económico. Como bien señala Ferrada Borquez este es un concepto de origen privatista que conecta las normas del sistema económico con el concepto de orden público originario del derecho civil, creación de la doctrina iusprivatista francesa que es recepcionada sin mayor obstáculo en nuestro país, dando cuenta de una nueva realidad económica: el neoliberalismo. Por su parte Bauer sostiene que Chile es un ejemplo pionero no solo de la perspectiva neoliberal en el diseño institucional, sino del enfoque de la “Escuela de Chicago” del derecho y las instituciones (Bauer, 1998: 23-25).

Todo lo anterior incide en el poder jurídico de regulación del Estado de las actividades económicas que desarrollan los privados.

Aboquémonos a examinar las normas pertinentes sobre la libertad de expresión, las que inciden directa e indirectamente en ella, como su vinculación con la libertad económica que pareciera a la sazón de lo dicho que se privilegiaría a esta última por sobre aquella.

En nuestra Carta Fundamental el artículo 19 N° 12 se consagra la libertad de expresión:

“La Constitución asegura a todas las personas:

N°12. La libertad de emitir opinión y de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio.....”

“La ley en ningún caso podrá establecer monopolio estatal sobre los medios de comunicación social.”

Nuestro ordenamiento concede a todas las personas de nuestro país a expresar sus ideas en forma de opinión o de información sobre todo asunto. Podríamos señalar que opinión es aquel juicio personal que se manifiesta exteriormente y por otro lado la información es aquella actividad que desempeñan preferentemente en nuestra actual sociedad los medios de comunicación social.

En su inciso segundo ya nos advierte la norma, continuando en la línea tradicional de la teoría libertaria de no intervención estatal, en el sentido de no monopolizar los medios de comunicación social.

No se pronuncia nuestra Carta Magna del monopolio privado en los medios de comunicación social. Nada de extraño, desde el punto de vista liberal que se le impregnó a esta constitución de 1980. Se ha dicho que la prohibición de monopolio incluye y se extiende a los privados, coligiéndose del artículo 19 N° 21, norma garantista de la libertad económica que consagra la libertad de mercados.

Su tratamiento es conciso y está vinculado estrechamente con derechos fundamentales con contenido patrimonial que cautelan la libertad económica, especialmente la libertad de empresa y el derecho de propiedad.

Esto nos conlleva mas a pensar en los medios como unas empresas de información y como señala el mismo artículo 19 N° 12 en su inciso cuarto de la Constitución Política del Estado, establece un derecho de fundación, de titularidad de personas naturales o jurídicas en orden a fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos, en las condiciones que señale la ley. Se refiere a la ley de prensa N° 19.733.

Nos remitiremos en esta parte al análisis de la libre competencia y concentración de los medios de comunicación social en Chile.

Esta ley de prensa en su artículo 3° señala que:

“El pluralismo en el sistema informativo favorecerá la expresión de la diversidad social, cultural, política y regional del país. Con este propósito se asegurará la libertad de fundar, editar, establecer, operar y mantener medios de comunicación social.”

Este tema fue arduamente discutido en cuanto a las medidas y directrices adoptadas para alcanzar aquel fin esencial del pluralismo informativo. Tanto es así que en fallo del Tribunal Constitucional, Rol N° 226 declara inconstitucional la preceptiva del proyecto en la cual el estado es obligado en asegurar la expresión efectiva de las diversas vertientes ideológicas, por incurrir en una intromisión en el ámbito autónomo de los grupos intermedios como lo serian las empresas de medios de comunicación.

El artículo n° 9 del proyecto de la ley de prensa que es declarado inconstitucional es el siguiente:

"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".

También a juicio del tribunal constitucional el contenido del inciso segundo del artículo 43 del mismo proyecto violaría la Carta fundamental:

*“Se reputarán como hechos de la naturaleza de los sancionados en el inciso precedente:
“a) En el ámbito de la prensa escrita, el control de más del 30% del mercado informativo nacional en manos de una persona natural o jurídica, sola o asociada con otra u otras; y el control directo o indirecto por una persona natural o jurídica, sola o asociada con otra u otras, de más del 30% de la distribución de los diarios de información general.*

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

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

Según el tribunal se estaría poniendo techo a la capacidad de empresa del ser humano, tanto su espíritu de iniciativa como su actividad creadora siendo vulneradas, no podrá interferir e impedir su libre ejercicio, ya que serian impedimentos a la libre competencia sin más limitaciones que la moral, el orden público y la seguridad nacional; los contravalores como señala Fiss. De igual manera arguye el fallo estas exigencias de los límites de cuotas de mercado serian exigencias que vulnerarían el contenido esencial de esta actividad económica. Continuando en sus razones jurídicas el tribunal estima que de producirse limitaciones estas solo procederían según lo establece el artículo 19 N° 24; la posibilidad de limitaciones al derecho de propiedad, se permite solamente en la medida que se derive de su función social, cuando lo requieran las circunstancias, caso que acá no ocurre, señala el tribunal.

Ese es el sustrato de fondo de la argumentación del Tribunal Constitucional, se vislumbra el peso de la libertad del individuo en orden a realizar su actividad económica conforme a los principios de la libre competencia, derechos fundamentales de contenido patrimonial por sobre la libertad de expresión entendida en su forma democrática.

La ley de prensa al ser modificada en las disposiciones precedentes por ser inconstitucionales según el Tribunal Constitucional se ha afectado claramente el carácter esencial de la misma en orden a negar la posibilidad de un real y efectivo pluralismo informativo. Esto da cuenta del sesgo ideologizado en que se privilegia los derechos con carácter patrimonial.

Creo necesario traer a colación a modo ilustrativo el fallo de la tercera sala de la Corte Suprema, Rol N° 9148-2009 del 26 abril 2010, que no acogió el recurso de reclamación en contra de la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia interpuesto por la revista Punto Final.

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

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

La actora explica que estas infracciones a la libre competencia, ya sea a través de la discriminación o bien por la concentración empresarial, afectan también la libertad de expresión, opinión e información consagrada en la Ley de Prensa.

Lo que resuelve primero el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es que los demandados han ajustado sus procedimientos de avisaje al marco regulatorio establecido en la ley N° 19.886 y su reglamento. Finalmente, la sentencia decide la cuestión en los siguientes términos:

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

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

Aunque es rechazado finalmente el recurso de reclamación en contra de la resolución del tribunal de defensa de la libre competencia por la Corte Suprema, es menester destacar para nuestro estudio lo que la Ilustrísima señala en los considerandos octavo y noveno.

El considerando octavo señala que de acceder a las peticiones del recurso conllevaría a instalar alguna preferencia por ciertos medios escritos, es decir, una discriminación positiva, la que correspondería ser declarada por una ley, reconociendo la legitimidad de la reclamación.

Directamente hace un llamamiento al Legislador en orden a estructurar un sistema más equitativo y equilibrado no solo y únicamente conforme a datos de audiencia, porque allí es donde se origina esa desigualdad, por lo tanto los criterios de avisaje estatal deberían ser mas omnicomprendivos, vinculados a factores de pluralidad efectiva conciliando nociones de mercado con tratos equitativos en el acceso y cobertura a todas las expresiones políticas-ideológicas, culturales, éticas o religiosas.

De igual manera esgrime en el considerando noveno, que si el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia al realizar recomendaciones y consideraciones respecto de las características del mercado de los medios de comunicación escritos y la necesaria coherencia que debe guardar la forma en que se asigna avisaje estatal, su intención no fue otra que exhortar al mercado o a las poderes públicos en materia de procesos de licitación, bien pudo hacerlo según sus facultades que emanan de el numeral 4° del artículo 18 del Decreto Ley N° 211 en orden a proponer tanto *“la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentos que estime contrarios a la libre competencia como también la dictación de preceptos legales y reglamentos cuando sea necesario para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas... ”.*

Por lo tanto; uno de los temas relevantes a considerar es evitar los monopolios y establecer límites a la concentración empresarial como forma de garantizar el pluralismo en

la oferta televisiva, radial y escrita e impedir la concentración de los medios de comunicación en una sola mano, y fomentar medidas de transparencia en la propiedad accionaria y su traspaso. Cada uno de los medios señalados tiene sus consideraciones específicas; por lo cual necesitara de leyes específicas relativas a la propiedad.

Es menester revisar lo que ocurre en otras legislaciones frente a la concentración de los medios en el caso de la televisión:

En el Reino Unido, por ejemplo, se establecen limitaciones en cuanto al número de licencias de que cada persona pueda ser titular, asimismo se contemplan restricciones a los titulares de un periódico nacional o local quienes no pueden controlar más del 20% de una empresa de televisión.

En Francia, se limita el número de autorizaciones del que una misma persona puede ser titular. Asimismo, se establecen restricciones para que una persona que disponga de un cierto porcentaje del capital de una empresa que es titular de una autorización de televisión pueda adquirir participaciones de otra sociedad titular de la misma clase de autorización. Además, se dispone que la reunión en una misma persona de un porcentaje del 20 % o más de las acciones debe ser comunicada al CSA(Consejo Superior Audiovisual) señalándose que los extranjeros no pueden rebasar dicho porcentaje de acciones de una empresa de televisión.

Por su parte, en Italia, no se permite la titularidad de más de tres cadenas nacionales de televisión, ni más del 25% del número total de estas cadenas. Asimismo, una empresa no puede enviar publicidad a más de tres cadenas nacionales. El control de más del 50% del presupuesto publicitario de una cadena nacional se considera una prueba de su propiedad

Finalmente, en España, se establece que el concesionario deber ser una sociedad anónima y sus acciones nominativas. La transmisión de la concesión está prohibida.

Se somete a autorización previa o a comunicación previa al Ministerio competente los actos o negocios jurídicos que impliquen la transmisión, disposición o gravamen de sus acciones. Además, se fijan límites en el accionariado de una concesionaria, que cambian según la modalidad de televisión y el ámbito de cobertura; y límites para la participación en más de una concesionaria de televisión. También se establecen, en todas las modalidades, límites al capital extranjero, esto es, de países que no son miembros de la Unión Europea. Se dispone que la televisión privada de ámbito nacional está prohibida de tener, directa o

indirectamente, más del 49% en una concesionaria y se señala una prohibición de tener acciones (basta con tener una) en más de una concesionaria. Además, entre las prohibiciones para ser concesionaria se incluye ser titular de otra concesión; participar mediante acciones en otra; o controlar efectivamente otra concesionaria.

La tendencia en los países europeos es calificar a la televisión como un servicio público pues ello constituye una forma jurídica idónea para garantizar los derechos fundamentales de la colectividad y asegurar la obtención de una información libre y plural.

En cuanto las intervenciones estatales, a las relativas a la propiedad de los medios, plantea Fiss intervenciones estatales fundadas en la idea que el mercado sin regulaciones puede limitar o desvirtuar el debate público, entre las que se cuentan: “reglamentación de la programación” que obligue a los medios a cubrir cuestiones de importancia pública y dar trato equitativo; estructurar la propiedad de los medios para abrir los medios al discurso público como puede ser la legislación antimonopolio o la prohibición de “propiedad cruzada” en el mismo mercado; crear una red de medios de propiedad pública, entre otros.

Sin perjuicio de lo señalado por Fiss se podría adicionar como otras formas de intervención pública la instauración de un sistema de “Fondos de Subsidio” por parte del estado, adoptando así un rol más activo en la protección del derecho consagrado formalmente en nuestra carta fundamental en su artículo 19 n° 12, trascendiendo así de una protección meramente formal y enunciativa a una material y práctica en virtud de la cual los medios de comunicación que cuenten con menores recursos puedan equipararse en mejor medida respecto de otros medios de comunicación financieramente más poderosos y por ende con una mejor colocación estratégica en el mercado de los medios y de las telecomunicaciones. No obstante, una solución así planteada pierde en eficiencia al poder traer aparejada perniciosas consecuencias como lo sería una eminente politización por parte de los medios de comunicación que se vean beneficiados con esta clase de subsidios; ya que sin duda siempre estaría presente en alguna medida, el interés del gobierno imperante como condicionante para el otorgamiento de estos beneficios.

Otra solución menos peligrosa para este problema, podría estar en la constitución de un tribunal especializado cuya esfera de jurisdicción y competencia sería conocer precisamente de esta clase de desventajas en la colocación mediática de sectores o entidades de menores

recursos; en virtud de acciones interpuestas por los propios particulares, previo cumplimiento de los requisitos legales dados para los efectos por una ley especial y su reglamento.

De la misma forma como existe el consejo nacional de televisión debiera constituirse un órgano autónomo fiscalizador y regulador de los diversos medios de comunicación social, esto es televisión, radio y prensa escrita.

-CONCLUSION.-

El tratamiento del sistema acerca del pluralismo informativo ha sido limitado y poco fecundo en la dirección de otorgarle a la libertad de expresión su sentido de derecho público. Para que este pluralismo tenga una real eficacia normativa debemos partir con modificaciones en el más alto nivel jerárquico, como lo es nuestra Constitución. Ya que ésta institucionaliza en términos generales, el sistema y modelo económico: un sistema capitalista y un modelo económico neoliberal-monetarista. Lo que se privilegia es la libertad de empresa, concibiendo de esta manera la actividad informativa de los medios como una más de las actividades económicas que pueden desarrollar los particulares con las debidas regulaciones en materia económica. Esta es la idea que debe ser superada en atención a que la libertad de expresión es de mayor envergadura valórica y democrática en sí misma para la comunidad jurídica, esta es el estado de derecho.

Por la relevancia que tiene la discusión y enfrentamiento de las ideas en el escenario que se desarrollan los procesos de poder, la libertad de expresión debería ser entendida como un derecho fundamental preferente en el sentido ya analizado, en su faceta democrática.

Nuestro ordenamiento debiera dar un giro en el sentido de fortalecer al estado con normativas conducentes a la promoción de una efectiva diversidad y pluralidad de medios. Subyace de lo expuesto que se deben contextualizar el derecho fundamental de libertad de expresión conjuntamente con el derecho a la información con el carácter de bien público, ya que la información es básica y necesaria para una sociedad pluralista y que se denomina así misma democrática.

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

En suma podemos advertir que el tema de la pluralidad de los medios y el componente nocivo de la concentración de los medios ha sido abordado con poca trascendencia por nuestra doctrina. Los derechos fundamentales están en un constante desarrollo, como así las constituciones no están acabadas y estáticas, conjuntamente el ser humano sigue conquistando las libertades y derechos que algunos creen o nos hacen creer que son parte de una época pretérita, para así mantener el statu quo.

La democracia constitucional no debe estar expuesta a los riesgos de la confusión entre poder político, poder económico y poder mediático.

BIBLIOGRAFIA:

- ANGUITA RAMÍREZ, Pedro. (2004): *El derecho a la información en Chile*. Lexisnexis. Santiago.
- BAUER, Carl. (1998): *Derecho y economía en la Constitución de 1980*, en *Perspectivas*, N° 1, vol. 2.
- FISS, Owen. (1999): *La ironía de la libertad de expresión*. Editorial Gedisa.
- HABERMAS, Jürgen. (1998): *Facticidad y validez*. Trotta. Madrid, España.
- LOEWENSTEIN, Karl (1983), *Teoría de la Constitución* (traducción y estudio A. Gallego A.), Barcelona, Edit. Ariel, 2ª edic., 3ª reimpresión, pp. 418.
- MASTRINI, Guillermo. (1996): *Desregulación o reregulación: de la derrota de las políticas a la política de las derrotas*. CIC n° 2.
- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile (2010), Rol 9148-2009, caratulado Revista Punto Final contra Ministerio de Hacienda y otros.