

LA TELEVISIÓN ABIERTA A LAS PUERTAS DE SU DIGITALIZACIÓN

LORENA DONOSO ABARCA

DIRECTORA

CENTRO DE ESTUDIOS EN DERECHO INFORMÁTICO
FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE

XIMENA ROJAS PROSSER

ABOGADA Y CONSULTORA

EN TEMAS DE REGULACIÓN Y TELECOMUNICACIONES

SUMARIO

I.- LA TELEVISIÓN EN CHILE: 1.- Televisión, su concepto, naturaleza, contenido y alcance en un entorno convergente: a.- Precisiones; b.- El concepto de televisión como servicio público por antonomasia, con pretensiones de universalidad. c.- Digitalización y cambio del concepto de televisión. 2.- La televisión como servicio de telecomunicaciones en la ley chilena. 3.- El acceso al mercado de la radiodifusión televisiva en Chile: a.- El régimen de autorizaciones en el Servicio de Radiodifusión Televisiva; b.- Derechos que emanan de las concesiones de radiodifusión televisiva; c.- El concesionario del servicio de radiodifusión televisiva en Chile. 4.- Breve reflexión respecto de la naturaleza jurídica del espectro radioeléctrico. 5.- Impacto del régimen concesional en la migración hacia la televisión digital.

II.- LA TELEVISIÓN DIGITAL DE CARA A LA REGULACIÓN: 1. Principales características de la televisión digital de cara a su regulación: la integración a través del medio, interactividad, globalización o cobertura internacional. 2.- Neutralidad tecnológica y modelo regulatorio de la televisión digital para Chile.

III.- PROPUESTAS PARA LA INCORPORACIÓN DE LA TELEVISIÓN DIGITAL. 1.- La definición de un estándar para la televisión digital. 2.- El mercado de la televisión digital. 3.- Redefinición del concepto de televisión para la televisión digital. 4.- Contenidos para la televisión digital. 5.- Servicio principal y servicios complementarios al servicio de televisión. Posibilidades legales de aprovechar el ancho de banda para la prestación de servicios de valor agregado. 6.- Nuevos operadores y/o operadores entrantes. La continuidad de los nuevos operadores en la televisión digital.

IV. CONCLUSIONES.

RESUMEN

Según las autoras, el cambio de televisión analógica a televisión digital no sólo pasa por la elección de un estándar técnico, sino que redefine completamente la forma en que hasta ahora se ha comprendido la forma de hacer y ver televisión, por influjo de la convergencia.

La elección del estándar técnico y sus consecuencias en el modelo de televisión abierta son

ABSTRACT

According to the authors, the change from analog to digital television its not only a matter of choosing a technical standard, it redefines completely the way of viewing and making television, by influence of the convergence

The election of the technical standard and its consequences in the model of open television are analyzed to the light of the general

analizadas a la luz de los principios generales del Derecho Informático y su concordancia con los intereses del desarrollo nacional y local.

principles of the Computer science Right and their agreement with the interests of national and local development.

PALABRAS CLAVE:

Televisión analógica, televisión digital, convergencia, régimen de transición, televisión terrestre, estándares técnicos

KEY WORDS

Analog television, digital television, convergence, regime of transition, land television, technical standards

I. LA TELEVISIÓN EN CHILE

1.- TELEVISIÓN, SU CONCEPTO, NATURALEZA, CONTENIDO Y ALCANCE EN UN ENTORNO CONVERGENTE

a.- Precisiones.

La televisión es un servicio de telecomunicaciones que consiste en la emisión de contenidos audiovisuales a distancia. Si bien en nuestro Derecho la televisión se regula a través de dos tipos de servicios, a saber, los servicios de radiodifusión televisiva y los servicios limitados de televisión por cable, en este artículo nos centraremos en el primero de estos, la llamada televisión terrestre, televisión abierta o radiodifusión televisiva y en concreto nos referiremos a la regulación de este servicio y la aptitud de su régimen jurídico de cara a la transición de la televisión analógica a la televisión digital.

Para una mejor comprensión de lo que entraña este servicio, trataremos de conceptualizarlo desde una óptica técnica como aquella modalidad de televisión consistente en la emisión o retransmisión de imágenes no permanentes, por medio de ondas electromagnéticas, sin guía artificial, por una estación transmisora terrenal. Naturalmente, el medio a través del cual se propagan las ondas a que aludimos es el espectro radioeléctrico, bien corporal escaso –o al menos finito– y que la naturaleza ha hecho común a todos los hombres¹. Atendido lo anterior, en nuestro análisis necesariamente deberemos aludir al régimen jurídico de este medio, en lo que afecta el tránsito de la televisión hacia la televisión digital.

b.- El concepto de televisión como servicio público por antonomasia, con pretensiones de universalidad.

Desde sus orígenes la televisión fue considerada el medio de comunicación de masas por excelencia. Los roles esenciales que se le reconocieron tradicionalmente son la formación de opinión, la información y la promoción de la cultura². Dicho en otros términos, la sociedad radicó en la televisión cuatro funciones directamente ligadas al ejercicio de las libertades que se reconocen a las personas, cuales son informar, entretener, formar y persuadir.

¹ Resulta muy interesante en materia de conceptualización del servicio de televisión y levantamiento de opciones de la televisión digital, el artículo "Televisión Digital" escrito por Jimena GUTIÉRREZ BARBAGELATA, publicado en diciembre de 2003 por la Revista Chilena de Derecho Informático N° 3, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, sobre todo si se considera que dicho artículo tiene el gran valor de insertar el tema en la discusión cuando todavía nadie abordaba el problema analíticamente.

² Así lo entendió el constituyente de 1980 cuando eleva a rango constitucional al Consejo Nacional de Televisión, órgano destinado a supervigilar la actividad televisiva en nuestro país.

En efecto, estos roles son aquellos en que se apoya la concepción de la televisión como servicio universal, público y abierto, basado en las siguientes premisas:

- a) A la televisión le corresponde un rol esencial en la cohesión social, lo que se concreta a través de la difusión de la información a la ciudadanía, la cual debiera ser oportuna, veraz y completa; asimismo, esta cohesión social se logra con la construcción de identidad nacional que puede llegar a realizar la televisión a través de la difusión de información sobre las costumbres y usos, además de la promoción de la lengua nacional.
- b) La televisión abierta ayuda a la construcción del Estado democrático, en el sentido que las diversas fuerzas políticas tienen la posibilidad de difundir sus mensajes a la ciudadanía a través de este medio. En todo caso, esta premisa, en la cual se funda la obligación impuesta a los canales de difusión gratuita de la propaganda electoral es una de las más controvertidas hoy en día;
- c) La televisión abierta es una ventana necesaria para la difusión de la cultura a la ciudadanía. Esta visión de la televisión emana más bien de su origen histórico, pues en otros entornos, y también en nuestro medio, surge y se desarrolla en el seno de las universidades;
- d) La televisión no es una empresa guiada principalmente por el afán de lucro, sino enfocada hacia la satisfacción de los roles que se le han atribuido en pos de los derechos y libertades antes señalados. A esta premisa respondería a nuestro entender parte importante de la regulación hoy en día vigente respecto de este medio, como veremos más adelante. Sin embargo desde ya adelantamos que esta es una afirmación falaz, o al menos que conlleva en sí misma una paradoja.

Ahora bien, esta misma percepción de servicio universal es la que ha llevado a una regulación específica de la televisión, en tanto se le reconoce un poder especial sobre la ciudadanía, en base a ello hay quienes sostienen que en realidad lo que hace la televisión es "moldear a la sociedad" a través de información creada a la luz de la línea editorial del titular del medio. Asimismo hay quienes miran con escepticismo la capacidad de la televisión para hacer realidad estos fines tan loables. Así por ejemplo SARTORI sostiene que "la televisión invade toda nuestra vida, se afirma incluso como un demiurgo. Después de haber "formado" a los niños continúa formando, o de algún modo influenciando a los adultos por medio de la "información". En primer lugar les informa de noticias (más que de nociones), es decir, proporciona noticias de lo que acontece en el mundo, por lejano o cercano que sea. La mayoría de estas noticias terminan por ser deportivas, o sobre sucesos, o sobre asuntos del corazón (lacrimógenas) o sobre diferentes catástrofes. Lo que no es óbice para que las noticias de mayor repercusión, de mayor importancia objetiva, sean las que tratan de información política, las informaciones sobre la polis"³. Ahora ello entraña el riesgo derivado de que es diferente una televisión en manos del autoritarismo que aquella al servicio de una sociedad democrática.

De nuestra parte no tomaremos una posición *a priori* a este respecto sino que sólo daremos noticia de la atribución social de dichos roles. Asimismo, estimamos que es importante destacar que muchas de las decisiones regulatorias que se han tomado respecto de la televisión durante su historia dicen relación precisamente con la atribución de los roles a que hemos aludido y cómo son percibidos por el poder de turno. En efecto, siendo estas las funciones reconocidas a la televisión es fácil comprender que las decisiones regulatorias a su respecto hayan estado siempre teñidas por consideraciones políticas o ideológicas.

Otro elemento a considerar es que este servicio tradicionalmente se ha llevado a cabo por canales de televisión unidireccionales, de contenido único/universal (no personalizado). Siendo

³ Giovanni SARTORI, Homo Videns, La sociedad teledirigida. Editorial Taurus, Madrid, 1998, p. 65.

así, se define el servicio como un emisor activo, que decide cuál es la parrilla programática frente a una audiencia masiva y pasiva, en la que simplemente se radica la decisión de encender o apagar el aparato receptor. Esto que puede parecer obvio creemos es necesario hacerlo presente, pues hoy en día la bidireccionalidad de los servicios de telecomunicaciones es la regla general y la televisión no es una excepción.

c.- Digitalización y cambio del concepto de televisión.

Hoy en día estamos en presencia de una de las mayores revoluciones en materia de servicios de telecomunicaciones, siendo su origen la digitalización o, dicho en otros términos, la codificación digital de la fuente. Ello lleva a que nos cuestionemos no sólo el concepto de televisión –que como dijéramos se concebía como un medio unidireccional, y generalista-, sino además el rol público de la televisión de cara al servicio universal, el alcance de este servicio, el rol de la industria audiovisual como principal productora de contenidos, etc.: en efecto, hoy en día, tal y como ha sucedido con los demás servicios de telecomunicaciones, la televisión se ha visto afectada por la convergencia tecnológica que ha producido casi naturalmente una integración de sectores que tradicionalmente se entendían como diferentes.

Para evidenciarlo basta contrastar lo que sucede hoy en el caso de la telefonía y la televisión, servicios que tradicionalmente fueron diferentes y que ahora conviven en su funcionamiento. Así, por ejemplo, actualmente podemos bajar contenidos televisivos desde nuestro aparato telefónico móvil o “votar” a través del mismo para elegir una determinada programación.

Este fenómeno llamado *convergencia*, sumado a la masificación de las redes IP y del protocolo TCP/IP para la transferencia de la información, ha revolucionado en general la concepción previa que teníamos de la informática, las telecomunicaciones y el audiovisual como sectores diferenciados. En la actualidad, con independencia del medio de transmisión empleado o incluso de si la información transportada es representativa de datos, imágenes, sonidos, etc., las señales se comportarán de una misma forma, viajando empaquetadas y representadas como ceros y unos. Esto es, en lenguaje binario y paquetizadas. A su turno, los aparatos receptores tienden a ser cada vez más multi-servicios. En este escenario, los diversos servicios, de cara a los usuarios, tienden cada vez más a confundirse, a ser entendidos simplemente como servicios audiovisuales, no necesariamente de la televisión entendida en el sentido tradicional.

Ya el año 2000 se describía la convergencia “como un proceso evolutivo, que como tal varía con el tiempo, en el que se produce la aproximación entre sectores distintos, la mezcla e integración de los mismos y, eventualmente, se produce la creación de elementos nuevos que no existían previamente. Este sector puede llegar a crear un sector global, el llamado “hipersektor de la información y las comunicaciones”, que agrupa a los sectores que existían previamente pero ahora entendidos desde la convergencia, por tanto con objetivos, características y elementos comunes”⁴. Hoy en día esa aproximación es ya evidente, sin que pueda desconocerse sus alcances e implicancias desde la óptica de los servicios.

Pero es más, no sólo en la capa de servicios se manifiesta este fenómeno, sino que alcanza al tratamiento general de las redes de transmisión de la información: “*La Convergencia Tecnológica se manifiesta en todas las elementos que constituyen la plataforma tecnológica: las redes de acceso y tránsito y las aplicaciones y servicios sobre los diferentes terminales de usuario*”⁵.

⁴ Convergencia, Competencia y Regulación en los Mercados de Telecomunicaciones, El Audiovisual e Internet. Vol. 2, “Convergencia y Economía Digital”, pág. 641. Informe preparado por GRETTEL 2000, Grupo de Regulación de Telecomunicaciones, y publicado por el Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicación de España en Madrid, en el año 2000.

⁵ Idem, p. 645.

Siendo así, en el caso del audiovisual, que es el que nos ocupa, abarca desde la producción de contenidos, el medio y procedimiento de transmisión y receptores de los mismos.

Una de las primeras consecuencias positivas que se avizoran es que la convergencia debiera traer aparejada una disminución substancial de los costos asociados a la transmisión, reproducción y distribución de los audiovisuales, atendidas las posibilidad de efectuar transmisiones ya sea por ondas, cable, satélite o líneas telefónicas, operando como receptor un computador, un televisor o un teléfono móvil, indistintamente⁶.

Una segunda implicancia de la digitalización es la posibilidad de compresión de las señales tanto de imagen como de sonido, con el consecuente mejor aprovechamiento del medio de transmisión, contribuyendo por tanto a un uso más eficiente de las plataformas de telecomunicaciones. Esto reviste especial relevancia cuando el medio empleado es el espectro radioeléctrico, pues su mejor aprovechamiento permite utilizar este recurso para otros servicios de telecomunicaciones y/o para aumentar el número de señales de televisión que se transmiten.

En nuestro análisis nos centraremos en los efectos positivos del potencial aumento de señales de televisión, producto de un uso más eficiente del espectro radioeléctrico, que es más cercano al foco de nuestro análisis.

Se dice que una mayor cantidad de señales de televisión en principio traería consigo un enriquecimiento de la parrilla de contenidos puestos a disposición de público. Sin embargo, ésta que aparece como una de las principales banderas de lucha al momento de defender la necesidad de impulsar el tránsito de la Televisión Terrestre a la Televisión Digital se ha visto cuestionada por los efectos de la llamada “paradoja digital” que entraña que la sola posibilidad de que existan más canales de televisión no lleva en sí misma una mayor oferta de contenidos, ni siquiera un mayor pluralismo, sino que a lo más produce más ventanas a través de las cuales ver exactamente lo mismo. En efecto, sólo la entrada de nuevos operadores y la posibilidad de que más productores independientes puedan tener un medio a través del cual dar a conocer sus creaciones es aquello que posibilitará más contenidos y pluralismo. Siendo así, cualquier decisión de política regulatoria que se tome al respecto debiera procurar que existan nuevos operadores de televisión que den paso a nuevas líneas editoriales.

En este mismo sentido, se ha sostenido que estas posibilidades de multiplicación de las señales de televisión podrían llevar al sueño de muchos, esto es que existan los llamados “canales nicho” que satisfagan los gustos o intereses de grupos específicos. Sin embargo, hay quienes frente a esta posibilidad afirman que la proliferación de canales temáticos conlleva un riesgo de fragmentación de la audiencia que iría contra la aspiración de la televisión de ser un factor de cohesión social, lo que cuestionaría el rol de servicio público de la televisión, en cuanto servicio de información a la ciudadanía. Consecuente con lo anterior, esta postura sostiene que un modelo excesivamente disgregado de la televisión conduce en definitiva a una fragmentación social y a una falta de identificación ciudadana con el interés general, por lo que sería necesario mantener en el ideario la televisión pública como una televisión generalista, única que sería capaz de responder al modelo informador, formador de opinión y de transmisión de la cultura⁷.

⁶ Para el entorno europeo, véase al respecto el Libro verde sobre la convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información y sobre sus consecuencias para la reglamentación, en la perspectiva de la Sociedad de la Información. COM (97) 623, de 3 de diciembre de 1997.

⁷ Sobre esta discusión, véase el artículo de Mónica Ariño Gutiérrez, “La transición digital en perspectiva” en Telecomunicaciones y Audiovisual. Cuestiones disputadas. Editorial Comares, Granada, 2003, pp. 193-227.

Una tercera crítica a la fragmentación del mercado televisivo por la vía de la entrada masiva de nuevos operadores dice relación con la sustentabilidad de la empresa televisiva. En efecto, hay quienes enfocan los riesgos del crecimiento del mercado de operadores en aspectos económicos, en tanto que el surgimiento de nuevos canales se estima pondría en jaque el modelo de financiamiento televisivo, primordialmente basado en la venta de espacios publicitarios. Sostienen así que la mayor concurrencia de actores llevaría en definitiva a un déficit financiero de los canales, atendido que debiera repartirse entre más actores la llamada "torta publicitaria".

Pero siguiendo nuestro análisis del cambio conceptual que conlleva la televisión digital, una tercera implicancia de la digitalización son las potencialidades de interactividad que ésta entrega, que trae aparejadas posibilidades de dar servicios de valor agregado por este medio. Si bien en lo inmediato esta potencialidad sólo se visualiza en forma un poco más clara en aquellas opciones de televisión que cuentan con un canal de retorno, tales como el cable o ADSL, nada obsta a que en un tiempo más bien próximo, sea factible de ser masiva en el caso de la televisión terrestre. De hecho, hoy en día estas posibilidades técnicamente son ciertas y en su implantación sólo median criterios de costos asociados tanto a la provisión del servicio como a la adquisición de decodificadores aptos por parte de la ciudadanía.

Ahora bien, tratándose de interactividad, visualizamos a la televisión como un servicio concurrente en un mercado hoy cubierto por las potencialidades de Internet, medio interactivo por excelencia, ya que en Internet los usuarios pueden acceder a contenidos audiovisuales "a la carta" y, como dijimos antes, la televisión es un servicio cuyo eje central es precisamente la difusión de contenidos audiovisuales.

De nuestra parte hacemos hincapié en que Internet es algo más que difusión de audiovisual, pues esta plataforma entrega otras prestaciones tales como conversaciones instantáneas, correo electrónico, intercambio de archivos, etcétera. Asimismo, debemos reconocer que en la difusión del audiovisual presenta también ventajas sobre el mercado televisivo, en tanto que el usuario puede escoger la mejor versión de los contenidos audiovisuales a los que desea acceder, o al menos aquella que más se ajusta a sus intereses, sin estar sujetos a las molestias que representan los continuos cortes en los contenidos que se visualizan producto del aviso publicitario⁸ o incluso a la censura que aplican en múltiples oportunidades los operadores. Siendo así, la penetración masiva de este medio como una herramienta al servicio de la difusión del audiovisual está ligada a otras problemáticas, más bien relativas a la masificación de la banda ancha, o al menos a la banda menos estrecha.

Como consecuencia de lo anterior, y sin ánimo de parecer extremadamente pesimistas, estimamos que el camino de la migración a la televisión digital no puede ser sólo analizado desde la óptica de la televisión, sino que debe considerar una redefinición integral del sector audiovisual, no sólo de la televisión abierta o terrestre. Creemos asimismo que la discusión debe ir acompañada de la necesaria redefinición de la normativa que rige a los operadores de televisión a efectos que sus títulos habilitantes les permitan prestar servicios diversos a la mera televisión, por cuanto los porfiados hechos muestran que la televisión digital deberá competir con los servicios de Internet, mucho más versátiles. De no ser así, el incentivo para invertir en aparatos receptores por parte de los usuarios podría verse afectado con el consecuente retraso al necesario "apagón analógico", instancia en la que podrá producirse la efectiva recuperación de espectro radioeléctrico.

Una experiencia a analizar en este sentido es aquella que se ha vivido en Europa en que la llamada "promesa digital" que anunciara hacia 1996 la Comisión Europea no se ha producido

⁸ De hecho, un estudio realizado por el Department of Culture Media and Sport de Reino Unido, denominado Digital Televisión. Final Report, de 2002, revelaba que menos del 1% de los encuestados consideraba el acceso a Internet y uso del correo electrónico como motivaciones para migrar a la televisión digital.

hasta hoy. En efecto, en el documento *Televisión Sin Fronteras*⁹ se sostenía que "la radiodifusión digital va a multiplicar y diversificar los servicios de forma espectacular: cada paquete digital cuenta o contará con decenas de servicios entre los que se encontrarán servicios de pago por programas (PPV), o de cuasi-video a la carta (NVOD)"¹⁰; sin embargo, no se implementó conjuntamente una política de diversificación efectiva de la oferta programática que incentivara a los televidentes a migrar a la televisión digital, con el consecuente retardo de la masificación de la misma. En ese mismo documento se sostenía que la digitalización traería aparejado un cambio substancial en el modelo de negocio de la televisión que pasaría de ser un simple medio de comunicación de masas a una "lógica cada vez más cercana al modelo editorial: la escasez de frecuencias ya no limita la proliferación de servicios; los servicios se diversifican y su impacto se relativiza en función del número total de servicios disponibles; los telespectadores disponen de un amplio abanico de opciones entre servicios y tipos de programas claramente identificables". Todo esto no fue efectivo hasta que realmente se produjo la entrada de nuevos operadores, que trajeran consigo nuevos modelos de negocio.

Quizás la visión de la Unión Europea fue muy temprana en consideración al avance tecnológico de la época y muy optimista en cuanto a la velocidad de penetración de las nuevas tecnologías. Hoy, sin embargo, las redes IP son la regla general y las velocidades de transmisión y la calidad de servicio son cada día mejores, la integración de las redes hace posible transmitir televisión a través de estaciones terrenas utilizando el espectro radioeléctrico, viéndose potenciadas por el uso combinado de redes satelitales, de redes de cable, etc., a través de un protocolo común cual es el TCP/IP, todo lo cual nos conduce necesariamente a idear un modelo regulatorio que maximice el uso de las plataformas de telecomunicaciones, aun cuando se trate de un modelo totalmente distinto a aquel que nos ha acompañado a lo largo de la historia de las telecomunicaciones en que cada red/servicio es regulada en forma diferenciada.

En todo caso, es importante destacar que es tal el impacto de la digitalización en la concepción de la televisión que, por ejemplo, hasta bien entrada la masificación de las redes IP en Europa, no se había visualizado la importancia de la televisión como un objeto a regular en el mercado comunitario, pues se estimaba que se trataba básicamente de una industria o problemática de carácter nacional y por tanto debía ser dejada a la regulación interna de los Estados Parte. Sin embargo, esta consideración cambió radicalmente con la evidencia de la digitalización y la globalización de la industria audiovisual y así fue reconocido en principio por la citada Directiva de Televisión Sin Fronteras¹¹. Desde ese momento el legislador comunitario intenta eliminar las discriminaciones entre operadores basadas únicamente en su nacionalidad, propugnando el trato igualitario.

2.- LA TELEVISIÓN COMO SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES EN LA LEY CHILENA

Como vimos en el acápite anterior, la televisión tradicionalmente ha sido concebida como un servicio de telecomunicaciones que consiste en la transmisión de contenidos audiovisuales, en el caso de la radiodifusión televisiva, a través de ondas hertzianas. En Chile, el servicio de radiodifusión televisiva, propiamente tal, está consignado en el artículo 3 de la Ley N.º 18.168,

⁹ Nos referimos a la Directiva 89/552/CEE, del Parlamento y el Consejo, publicada en el DO L 298 de 17 de octubre de 1989, modificada por Directiva 97/36, del Parlamento y el Consejo, publicada en DO L 202, de 30 de julio de 1997.

¹⁰ Comisión Europea COM (483) 1996 p. 9-10.

¹¹ Directiva 89/552/CEE, del Parlamento y el Consejo, publicada en el DO L 298 de 17 de octubre de 1989, p-0023-1130, la que ha sido modificada por Directiva 97/36, del Parlamento y el Consejo, publicada en DO L 202, de 30 de julio de 1997, p. 0060-0070.

cuando clasifica los servicios de telecomunicaciones, en su letra a) "Servicios de telecomunicaciones de libre recepción o radiodifusión, cuyas transmisiones están destinadas a la recepción libre y directa por el público en general. Estos servicios comprenden emisiones sonoras, de televisión o de otro género". Como podemos apreciar, una de las cualidades esenciales de este servicio es precisamente el ser de libre recepción por parte de los usuarios y otra es que, en cuanto al medio de transporte de señales, se sirve de las ondas hertzianas.

Llama la atención que el modelo regulatorio chileno para la televisión, es dual, ya que establece que será el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, a través de la Subsecretaría de Telecomunicaciones (SUBTEL), quien decidirá sobre la asignación de espectro radioeléctrico, pero será el Consejo Nacional de Televisión (CNTV) quien en definitiva otorgará las autorizaciones que procedan, consistentes en una concesión de radiodifusión televisiva.

Asimismo se trata de un modelo diferente a los demás servicios de radiodifusión, en tanto que el legislador ha previsto que está sujeto al control de los contenidos que por ella se emitan, labor que asimismo ha radicado en el Consejo Nacional de Televisión. Esto último sólo se explica por las consideraciones políticas que a lo largo de nuestra historia se han tenido respecto de la televisión, en cuanto que se trata de un medio con alto poder social, con influencia en la formación de la opinión de la ciudadanía.

En el acápite siguiente haremos un análisis del régimen concesional de este servicio y la aptitud del sistema vigente para normar el tránsito hacia la televisión digital, pero antes haremos algunos alcances a la televisión por cable, para los efectos de que el lector pueda tener algunas nociones a su respecto.

La televisión por cable se considera en nuestra legislación como un servicio limitado de telecomunicaciones, los cuales son definidos en el artículo 3 de la Ley N.º 18.168 en su letra c), en los términos siguientes: "Servicios limitados de telecomunicaciones, cuyo objeto es satisfacer necesidades específicas de telecomunicaciones de determinadas empresas, entidades o personas previamente convenidas con éstas. Estos servicios pueden comprender los mismos tipos de emisiones mencionadas en la letra a) de este artículo y su prestación no podrá dar acceso a tráfico desde o hacia los usuarios de las redes públicas de telecomunicaciones". A su respecto, la Ley N.º 18.838 dispone en su artículo 15 bis que los permisos correspondientes se otorgarán por la Subsecretaría de Telecomunicaciones de conformidad al artículo 9 de la Ley General de Telecomunicaciones, mediante resolución exenta, y tendrán el carácter de indefinidos en caso que no ocupen espectro radioeléctrico, pero si utilizan este medio durarán 10 años.

Siendo así, tenemos que las diferencias substanciales de ambos tipos de televisión radican en primer lugar en el régimen de autorizaciones prevista en nuestro ordenamiento, en la tecnología empleada en su prestación y en los destinatarios de los mismos, en el sentido que la televisión por cable no está destinada a ser captada libremente por el público en general, pues los servicios limitados son aquellos destinados a satisfacer necesidades específicas de la comunidad, de conformidad a la letra c) del artículo 3 de la Ley N.º 18.168, ya transcrito.

Sin perjuicio de lo anterior, la televisión por cable no se diferencia de la televisión por radiodifusión televisiva por el sistema de control de contenidos, pues la ley del ramo dispone que este tipo de canales estarán asimismo sujetos al deber de cumplimiento de las condiciones establecidas para el correcto funcionamiento en el inciso final del artículo 1 de la Ley N.º 18.838.

Lo anterior dice relación con un elemento relevante para comprender qué se entiende por televisión en nuestra legislación: el alcance de este servicio. En efecto, el marco normativo no permite considerar televisión a aquel servicio en que simplemente se difunden audiovisuales, pues la Ley N.º 18.838, modificada por Ley N.º 19.131, establece un requerimiento esencial a su respecto. Nos referimos a la tan vilipendiada definición de "correcto funcionamiento" que da la

ley en su artículo 1º inciso 3, que dispone: "se entenderá por correcto funcionamiento de esos servicios el permanente respeto, a través de su programación, a los valores morales y culturales propios de la nación; a la dignidad de las persona; a la protección de la familia; al pluralismo; a la democracia; a la paz; a la protección del medio ambiente, y a la formación espiritual e intelectual de la niñez y la juventud dentro de dicho marco valórico".

Como podemos apreciar, la visión que tuvo en vistas el legislador es que el servicio que prestan los operadores de televisión consiste en ofrecer a la comunidad una programación que cumpla estas condiciones. Siendo así se asume como condiciones de la prestación del servicio la unidireccionalidad, y en el marco de la digitalización a lo sumo el usuario podría escoger entre una serie de programas transmitidos simultáneamente sobre un múltiplex, todos los cuales debieran dar cumplimiento a este requisito.

A esta misma conclusión llegamos si analizamos el artículo 12 de esta ley, cuando concibe a la televisión expresamente como un medio de comunicación social (art. 12 letra j), para luego en su letra l) disponer que es atribución del Consejo Nacional de Televisión "establecer que las concesionarias deberán transmitir una hora de programas culturales a la semana, entendiéndose por tales los dedicados a las artes o a las ciencias", transmisiones que deberán realizarse en horarios de alta audiencia, quedando a criterio de las concesionarias determinar los demás detalles del cumplimiento de esta obligación. Asimismo, este numeral dispone que el Consejo deberá "dictar normas generales para impedir efectivamente la transmisión de programas que contengan violencia excesiva, truculencia, pornografía o participación de niños o adolescentes en actos reñidos con la moral o las buenas costumbres".

En esta misma línea, el artículo 13 faculta al Consejo para "a) adoptar las medidas tendientes a evitar la difusión de películas que no corresponda calificar al Consejo de Calificación Cinematográfica y de programas o publicidad que atenten contra la moral, las buenas costumbres o el orden público; b) Determinar la hora a partir de la cual podrá transmitirse material fílmico calificado para mayores de 18 años de edad por el Consejo de Calificación Cinematográfica, y c) fijar, de manera general, un porcentaje de hasta un 40% de producción chilena de los programas que transmitan los canales de servicios de radiodifusión televisiva de libre recepción. Dentro de este porcentaje podrá incluir la exhibición de películas nacionales"; más adelante prohíbe la transmisión o exhibición de películas calificadas con contenido pornográfico o excesivamente violento por el Consejo de Calificación Cinematográfica.

Deberemos tener presente todas estas consideraciones al momento de analizar nuestra regulación y su aptitud para normar la televisión digital, especialmente en lo referido a la posibilidad que los *broadcasters* presten servicios adicionales a través de sus redes, o incluso que puedan a través de las mismas dar servicios de transportes de señales a otros operadores, que en principio no tengan capacidad de operar sus propias redes.

3.- EL ACCESO AL MERCADO DE LA RADIODIFUSIÓN TELEVISIVA EN CHILE

a.- El régimen de autorizaciones en el Servicio de Radiodifusión Televisiva.

Ahondando en lo que antes esbozamos, en Chile el otorgamiento de las autorizaciones en materia de televisión abierta competen al Consejo Nacional de Televisión, conforme dispone la Ley N.º 18.838. El título habilitante previsto a su respecto es la Concesión de Servicio Público¹².

¹² Cabe tener presente que en conformidad a las normas legales y reglamentarias vigentes requieren de concesión los servicios públicos de telecomunicaciones; los servicios intermedios que se presten a los servicios de telecomunicaciones por medio de instalaciones y redes destinadas al efecto, o presten

Ahora bien, se advierte del análisis de las autorizaciones otorgadas a lo largo del tiempo hoy en día coexisten tres tipos distintos de autorizaciones¹³ para la instalación y explotación de servicios de radiodifusión televisiva, aun respecto de un mismo operador. Ello, en primer lugar, es relevante por cuanto cada una de ellas presenta características diferenciadas en su alcance y duración, tales son:

i.- Concesiones de radiodifusión televisiva otorgadas bajo el imperio de la Ley N.º 17.377 (1977 a 1989): Se trata de concesiones otorgadas mediante ley, de plazo indefinido y sus titulares son la Universidad de Chile, Universidad Católica de Chile, Televisión Nacional de Chile y la Universidad Católica de Valparaíso. En esta época se cierran las posibilidades de prestar el servicio a otros operadores distintos de los mencionados.

ii.- Concesiones otorgadas bajo la Ley N.º 18.838 (1989-1992): Se trata de concesiones otorgadas mediante acto administrativo por el CNTV previo informe de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, órgano que se pronuncia básicamente sobre cuestiones técnicas relativas al espectro radioeléctrico. Si bien se trata asimismo de concesiones de plazo indefinido, se diferencian de las anteriores en que se conceden a través de actos administrativos y porque se abre la opción de postular a ellas a todos aquellos que cumpliendo los requisitos legales deseen hacerlo.

Son titulares de concesiones de este tipo Televisión Nacional de Chile, La Universidad Católica de Chile Televisión, Universidad de Chile Televisión, Universidad Católica de Valparaíso Televisión, Megavisión, la Red y Rock & Pop.

iii.- Concesiones otorgadas bajo la Ley N.º 18.838 modificada por la Ley N.º 19.131 (1992- a la fecha): A partir de la reforma a la Ley N.º 18.838, introducida por Ley N.º 19.131, las concesiones son temporales, y duran 25 años. Al igual que las otorgadas en el período inmediatamente anterior, se otorgan a través de acto administrativo del Consejo Nacional de Televisión, en el marco de un concurso en el cual concurre la Subsecretaría de Telecomunicaciones en materias técnicas relativas al uso del espectro radioeléctrico y están abiertas a quien, cumpliendo los requisitos legales, desee postular. En este concurso tendrán preferencia los operadores que estén postulando a ella como renovación de una concesión preexistente. Como podemos apreciar, la diferencia substancial de éstas respecto de las anteriores es sólo su duración.¹⁴

En segundo lugar cobra relevancia el elemento temporal, en tanto que mientras las primeras concesiones son indefinidas, aquellas que se conceden a partir de 1992 sólo duran 25 años.

Una tercera condición a tener presente es que un mismo operador podrá ser titular de concesiones legales e indefinidas, administrativas e indefinidas y administrativas temporales.

Finalmente, cabe señalar el régimen de autorizaciones que prevé nuestro Derecho, vincula erróneamente la autorización para la prestación del servicio de radiodifusión televisiva propiamente

servicio telefónico larga distancia, nacional e internacional, y los servicios de de radiodifusión sonora y radiodifusión televisiva. De su parte requieren de permiso los servicios limitados de telecomunicaciones, incluyendo a los servicios limitados de televisión, los telecentros comunitarios de información, las estaciones de radioaficionados. En tercer lugar requieren de licencia los servicios de radioaficionados a las radiocomunicaciones y los servicios limitados de banda local o comunitaria. Finalmente requieren autorización respecto de los equipos conectados a la red pública los servicios complementarios.

¹³ Un estudio detallado acerca de la historia y circunstancias en que estas concesiones fueron otorgadas, así como su incidencia en el panorama actual de la televisión en Chile lo encontramos en Lucas Sierra Iribarren, *Hacia la Televisión Digital el Chile. Historia y Transición* (2006), publicado en línea en <<http://www.paisdigital.org/haciaTVdigital>> [Consulta: 11.08.2007].

¹⁴ Sierra Iribarren, obra citada.

al otorgamiento de derechos privativos de uso del espectro radioeléctrico, en aquellos casos que la prestación del servicio de televisión requiera de este bien para su instalación, operación y explotación. Ello es más erróneo aún si consideramos esta decisión desde una óptica de política pública, en los casos que las autorizaciones concedidas lo fueron por un plazo indefinido.

b.- Derechos que emanan de las concesiones de radiodifusión televisiva.

Directamente ligado con lo anterior, creemos pertinente en este punto reflexionar sobre los derechos que emanan para el concesionario del servicio de radiodifusión televisiva.

Para estos efectos, y sólo con el afán de contextualizar, haremos presente que adherimos en esta materia a la tesis que considera que las concesiones de servicios de radiodifusión televisiva en nuestro Derecho responden a un régimen de autorizaciones o de *pase* regulado al mercado respectivo. Siendo así, los particulares prestan el servicio dentro del ámbito privado al que pertenecen, esto es, sin penetrar al círculo de las funciones propias de la Administración, y menos aún actúan por "delegación" del Estado, ni aun en los casos que requieran un acto unilateral de autoridad, a modo de autorización o licencia, para acceder al respectivo sector.¹⁵

En efecto, salvo en el caso de la Ley N.º 17.377, que limitaba el acceso al mercado televisivo, en el sistema de las leyes 18.838 y 19.131 se abre la actividad a quienes cumpliendo con los requisitos que se establecen desean participar de este mercado.

En consecuencia, la prestación del servicio de radiodifusión televisiva se enmarca dentro de las actividades económicas que legítimamente pueden desarrollar los particulares (artículo 19 N.º 21 de la Constitución Política de la República), para el cual el legislador al regular su ejercicio -y siempre que no se afecten los derechos en su esencia (artículo 19 N.º 26 de la Constitución)- establece requisitos para el acceso al mercado. Esto es más evidente hoy en día en que el rol de la televisión como servicio público se ha puesto en jaque.

No altera las conclusiones anteriores el hecho que la empresa de Televisión Nacional se haya creado por la Ley N.º 17.377, y que hoy esté regulada por la Ley N.º 19.132, pues esto más bien obedece a la necesidad que las empresas públicas se creen a través de este instrumento normativo, señalando el objeto de las mismas. Siendo así, la Ley N.º 19.132 establece en primer lugar la autorización para el desarrollo de esta actividad económica por el Estado, y luego regula el patrimonio de la empresa, entendiéndose que lo integran la totalidad de los activos y pasivos y todos los derechos, beneficios, acciones, etc., entre los cuales están los derechos que emanan de la concesión propiamente tal. Finalmente se refiere al objeto de la empresa y las formas en las cuales debe desarrollar su actividad.

Reafirma esta conclusión lo dispuesto en el artículo 2 inciso final de la Ley N.º 19.132: "En general, podrá realizar todas las actividades propias de una concesionaria de servicios de televisión constituida como persona jurídica de derecho privado, con iguales derechos, obligaciones y limitaciones".

Cosa distinta ocurría durante la vigencia de la Ley N.º 17.377, en que se reservaba el ejercicio de la actividad televisiva al Estado y a las Universidades.

Ahora bien, sin perjuicio del origen de la concesión, se estima que de ella emanan fundamentalmente dos derechos, el primero de los cuales es aquel que habilita para instalar, operar y explotar el servicio correspondiente, y el segundo de ellos es el derecho a usar el espectro radioeléctrico

¹⁵ Iván ARÓSTICA MALDONADO, "Transferencia de Funciones Estatales al Sector Privado en tres contratos administrativos: concesión de servicio público, externalización y sociedad", en *Revista de Derecho Público* N.º 55/56 enero - diciembre de 1994, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, pp. 143-160.

asignado durante todo el tiempo que dure la concesión. Estos derechos se enmarcan en aquellos definidos en el artículo 578 del Código Civil¹⁶, respecto de los cuales, por tratarse de cosas incorpóreas, existe también una especie de propiedad, conforme a lo establecido en el artículo 583 del mismo cuerpo normativo¹⁷, asistiéndoles en consecuencia la protección establecida en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República de Chile.

Respecto de las posibilidades de transferir estos derechos, habremos de distinguir aquellas concesiones emanadas de actos legislativos y aquellas que se fundan en actos administrativos, siendo estas últimas eminentemente transferibles. Así lo establece expresamente en materia de televisión el artículo 16 de la Ley N.° 18.838¹⁸, norma que sigue la regla general respecto de los servicios de telecomunicaciones¹⁹. Siendo así, se trata de un bien que está en el comercio humano y cuya enajenación es lícita.

Ahora bien, aun cuando se trata de bienes sobre los cuales existe el derecho de propiedad, no son eternos, sino que están sujetos a extinción de la concesión de la cual emanan, ya sea por el cumplimiento del plazo (tratándose de las concesiones temporales) o por el advenimiento de las circunstancias previstas por la legislación para su caducidad o incluso por la renuncia de su titular. Así lo reconoce el artículo 21 de la Ley N.° 18.838 cuando dispone que éstas terminarán por diversas causales, a saber: 1.- el vencimiento del plazo, 2.- la caducidad de la concesión, declarada por resolución ejecutoriada del Consejo, y 3.- La renuncia a la concesión.

En cuanto a la caducidad esta procede en los siguientes casos: a) no iniciación del servicio dentro del plazo señalado en la resolución que otorga la concesión, salvo caso fortuito o fuerza mayor; b) incumplimiento de las exigencias relativas a los requisitos para acceder a una concesión de radiodifusión televisiva; c) declaración de quiebra de la concesionaria, por resolución judicial ejecutoriada; d) suspensión de transmisiones, impuesta como sanción por resolución ejecutoriada del Consejo, por tres veces dentro de un mismo mes o por cinco veces dentro de un año calendario por alguna de las siguientes infracciones: 1) Interrupción, injustificada o no autorizada previamente por el Consejo, de las transmisiones por más de cinco días; 2) Incumplimiento de las normas técnicas por las cuales se rija la respectiva concesión, y 3) Infracción de lo establecido en el inciso final del artículo 1° de la ley (art. 33 Ley N.° 18.838).

c.- El concesionario del servicio de radiodifusión televisiva en Chile.

En nuestro país la ley actual dispone que sólo podrán optar a una concesión de radiodifusión televisiva de libre recepción las personas jurídicas públicas o privadas constituidas en Chile y con domicilio en el país²⁰, cuyo plazo de existencia no podrá ser inferior al establecido para la duración

de la concesión, esto es, 25 años²¹, que no haya sido sancionada conforme al artículo 33 N° 4 de la ley²² y que además no sea titular, controladora o administradora de otra concesión de servicios de radiodifusión televisiva de libre recepción en la banda VHF, para la misma zona de servicio.

A su turno, sus presidentes, directores, gerentes, administradores, representantes legales deberán ser chilenos y no haber sido condenados por delito que merezca pena afflictiva²³.

Además de lo anterior, del estatuto jurídico vigente podemos inferir que la concesión se otorga en consideración especial de la persona del concesionario, esto básicamente por lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley N.° 18.838, que dispone que "en caso de transferencia, cesión, arrendamiento u otorgamiento del derecho de uso, a cualquier título, del derecho de transmisión televisiva de libre recepción se requerirá de autorización previa del Consejo, el cual sólo podrá denegarla en caso que el cesionario, arrendatario o quien a cualquier título está accediendo a la concesión no cumplan los requisitos necesarios para ser titular de un derecho de este tipo, conforme al artículo 18 de la ley".

Asimismo, se desprende de los requisitos para optar a una concesión de esta naturaleza la obligación de informar al CNTV sobre los cambios en las personas que "controlan" la respectiva cadena.

Un tercer elemento que nos lleva a concluir lo anterior es que la ley regula expresamente la transferencia de la concesión, a los efectos de evitar la concentración de propiedad en los medios, cuestión que parece absolutamente coherente con la consideración del rol social que cumpliría la televisión. En efecto, si analizamos el artículo 38 de la Ley N.° 19.733, Ley sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo, vemos que se sigue el mismo principio en la regulación general de los medios de comunicación, pues esta norma dispone que "Cualquier hecho o acto relevante relativo a la modificación o cambio en la propiedad o control de un medio de comunicación social deberá ser informado a la respectiva Comisión Preventiva Regional o a la Comisión Preventiva Central, según corresponda, dentro de treinta días de ejecutado".

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

Además de lo anterior, apreciamos que el legislador ha sido especialmente cuidadoso a la hora de regular la vinculación del titular de la concesión a la definición de quien lleva el control editorial de los contenidos que se transmiten. Ello se desprende del inciso 2 del artículo 16 de la Ley N.° 18.838 que prohíbe a las concesionarias celebrar cualquier acto o contrato que implique legalmente o de hecho facultar a un tercero para hacer uso de espacios de transmisión por cuenta y riesgo de este tercero, sin perjuicio de los acuerdos transitorios relativos a transmisiones conjuntas, siempre y cuando los involucrados mantengan su individualidad y responsabilidad por la transmisión que se efectúa. Esta misma idea se ve reforzada en la ley cuando en su artículo 46 dispone que es indelegable la responsabilidad de los concesionarios de servicios de televisión por las transmisiones que por medio de ellos se efectúen, declarando que toda disposición contractual en contrario se tendrá por no escrita.

Lo mismo ocurre con la Ley N.° 19.733 que regula expresamente la difusión de contenidos y la responsabilidad que se genera.

¹⁶ Art. 578 del Código Civil: "Derechos personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas, que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales".

¹⁷ Art. 583 del Código Civil: "Sobre las cosas incorpóreas hay también una especie de propiedad. Así, el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo".

¹⁸ Art. 16 inciso primero de la Ley N.° 18.838: En caso de transferencia, cesión, arrendamiento u otorgamiento del derecho de uso, a cualquier título, del derecho de transmisión televisiva de libre recepción, se requerirá la autorización previa del Consejo, el cual sólo podrá denegarla en caso que no se cumplan los requisitos que se establecen en el artículo 18.

¹⁹ Art. 21° inc. tercero de la Ley N.° 18.168: En caso de transferencia, cesión, arrendamiento u otorgamiento del derecho de uso, a cualquier título, de concesiones y permisos se requerirá la autorización previa de la Subsecretaría, la que no podrá denegarla sin causa justificada. El adquirente queda sometido a las mismas obligaciones que el concesionario o permisionario, en su caso.

²⁰ Artículo 18 inciso 1 Ley N.° 18.838, modificado por Ley N.° 19.982.

²¹ Artículo 15 inciso 1 Ley N.° 18.838 modificado por Ley N.° 19.131.

²² Artículo 15 inciso 5 Ley N.° 18.838.

²³ Artículo 18 inciso 1 Ley N.° 18.838, modificado por Ley N.° 19.982.

Ahora bien, de lo antes señalado apreciamos claramente que el legislador prevé que no puede asignarse una nueva concesión de televisión a los titulares, controladores o administradores de una concesión. Siendo así, la pregunta natural es cómo tendrán cabida los actuales operadores en la televisión digital, si en principio están impedidos de participar en los eventuales concursos que se abran para efectos de asignar las nuevas señales. Esta materia será abordada más adelante, cuando hagamos nuestras observaciones sobre las problemáticas que presenta nuestro régimen jurídico de televisión de cara a la migración digital y hagamos algunas propuestas respecto de cómo podría enfrentarse esta situación.

4.- BREVE REFLEXIÓN RESPECTO DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO

Otra problemática que naturalmente debe enfrentarse al momento de analizar el tránsito de la televisión analógica a la televisión digital es el referido al espectro radioeléctrico y los derechos que emanan a su respecto para los operadores en virtud de la concesión.

En primer lugar, diremos que el espectro radioeléctrico²⁴ se conceptualiza como "el espacio por donde pueden propagarse las ondas radioeléctricas", las cuales a su vez son señales electromagnéticas que se propagan por el espacio libre (el aire o éter) y que transportan información procedente de una fuente. El espectro se caracteriza por la frecuencia de transmisión, entendiendo por tal "la cantidad de veces en que un campo electromagnético cambia de dirección, en la unidad de tiempo, a la velocidad de la luz en el vacío, sin guía artificial"²⁵. Una conceptualización más bien normativa definirá al espectro radioeléctrico como "aquella parte del espectro electromagnético que abarca desde los 9 kilohertzios hasta los 3000 Gigahertzios y cuya utilización para aplicaciones de radiocomunicaciones está regulada por Acuerdos Internacionales, celebrados en el marco de la Unión Internacional de Telecomunicaciones"²⁶.

En cuanto a su naturaleza jurídica, internacionalmente se considera que es un recurso patrimonio de la humanidad, que es entregado a la autoridad pública únicamente para su administración eficiente, atendido su carácter de recurso escaso²⁷. Ahora bien, en el seno de la doctrina nacional se ha sostenido que el espectro radioeléctrico debe ser calificado como un bien nacional de uso público²⁸.

De nuestra parte, estimamos que si bien hoy no se aprecia fuertemente la escasez del medio, no cabe duda que se trata de un recurso al menos "finito", por lo cual es necesario garantizar en todo momento su uso eficiente.

Siendo así, en virtud de los acuerdos internacionales suscritos en la materia a cada Estado corresponde la administración de la porción de espectro correspondiente a su territorio, lo cual realiza de acuerdo a la legislación que se establezca al efecto. En Chile el administrador es la Subsecretaría de Telecomunicaciones, la que debe ajustar su acción a lo dispuesto en la Constitución Política de la República, la Ley General de Telecomunicaciones y su normativa complementaria, entre las cuales, en lo que nos interesa, destacan el Plan General de Uso del Espectro Radioeléctrico²⁹ y el Plan de Radiodifusión Televisiva³⁰.

Si analizamos la problemática de la naturaleza jurídica del espectro desde la óptica de la clasificación de las cosas establecida en el artículo 565 del Código Civil, podemos decir a su respecto que se trata de una cosa corporal, que tiene un ser real y puede ser percibido por los sentidos. Ahora en cuanto a su cualidad de ser cosa comerciable, entendemos que lo que puede estar en el comercio humano es el derecho de usar este bien de acuerdo a su naturaleza, que como sabemos, consiste en el "transporte de ondas de radio mediante procesos generados artificialmente, con propósitos útiles, en función del "tiempo". Estas ondas pueden condicionarse, programarse, volverse previsibles de ser manipuladas en secuencias que "contengan" arbitrariamente "información"³¹. Esto por cuanto siendo un bien común a todos los hombres no puede ser susceptible de dominio (artículo 585 CC), por tanto, ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiárselo.

Coincidimos con el ya citado Juan de Dios ROMERO en cuanto que el espectro radioeléctrico es un bien económico en tanto que es requerido en la prestación de servicios de relevancia económica, pero su valoración no es estática, sino que varía de acuerdo al avance tecnológico, el cual va generando nuevos sistemas de "modulación", o nuevos límites de su espacio. Dicho en otros términos, si bien estamos ante un bien "natural", es el hombre a través de sus desarrollos científicos y tecnológicos el que va generando métodos y artilugios que lo hacen capaz de ser aprovechable en el transporte de señales. Siendo así, entendemos que la concepción del espectro es esencialmente dinámica, sin que sea posible sostener un régimen jurídico y/o de derechos sobre el mismo de carácter indefinido. Consecuentemente, la regulación del espectro radioeléctrico se encuentra teñida de la necesidad de regularlo y administrarlo de acuerdo a las "políticas públicas" de telecomunicaciones, las que deberán ir en consonancia con los cambios y necesidades tecnológicas, y en lo que nos ocupa en este trabajo, de acuerdo a una realidad convergente.

Ahora bien, y con la sola finalidad ilustrativa, respecto de las atribuciones que caben al Estado en la administración del espectro radioeléctrico, diremos que éstas consisten en las siguientes:

- 1.- Gestión del espectro radioeléctrico: Facultad que permite al Estado tomar las decisiones estratégicas en torno a un uso eficiente del espectro. En esta labor los Estados habrán de considerar el estado de la técnica, así como las normas y recomendaciones internacionales y regionales en la materia. En virtud de esta atribución los Estados atribuyen las diferentes bandas a los distintos servicios de telecomunicaciones, labor en la que podrán priorizar ciertos servicios o reservar ciertas bandas asignadas a nuevos servicios e incluso imponer la migración

²⁴ Un artículo interesante en la materia es el de Ximena Rojas Prosser, "Espectro radioeléctrico, su regulación, problemática y desafíos en un entorno convergente", en Revista Chilena de Derecho Informático N° 7, noviembre de 2005, publicado por la Facultad de Derecho Universidad de Chile.

²⁵ Juan de Dios ROMERO, "Telecomunicaciones. Espectro radioeléctrico. Discurso sociológico y tecnológico", en Temas Universales del Portal BIOCEANICO de la Región Centro de la Argentina, enero de 2003, publicación en línea disponible en <http://www.portalbioceanico.com/universales_cyt_telecomunicaciones_doc03.htm> [Consulta: 19.12.2006].

²⁶ Definición extraída de Regulación de las Telecomunicaciones por Satélite, tesis de postgrado en Derecho de las Telecomunicaciones por la Universidad de Buenos Aires (noviembre de 1998), realizada por la Dra. Liliana H. CLEMENT, publicada en línea en <<http://www.redetel.gov.ar/Ambito%20Academico/Papers/sateliteregulacion.htm>> [Consulta: 02.10.2003]

²⁷ Tratado de Torremolinos, UIT y artículo 33 del Convenio Internacional de Telecomunicaciones con el ajuste acordado en Nairobi.

²⁸ En este sentido véase a Lucas Sierra Iribarren, ya citado, y también es el punto de partida del análisis que realizan José Joaquín BRUNNER RIED y Carlos CATALÁN BERTONI en Regulación Pública de la Televisión, Sentido y Alcances, publicación en línea disponible en <http://mt.educarchile.cl/archives/Bru&Cata_Reg%25Pub-TV_1994_DEF.pdf> [Consulta: 11.08.2007].

²⁹ Decreto 127 de 2006, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

³⁰ Decreto 71 de 1989, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

³¹ Juan de Dios ROMERO, Comentarios sobre el espectro radioeléctrico comercio, seguridad y naturaleza jurídica, los abogados, ingenieros y los habitantes de las provincias argentinas. Publicación en línea disponible en <http://www.legalmania.com/telecomunicaciones/propuesta_publica.htm> [Consulta: 02.08.2007].

de ciertos servicios a otra frecuencia, por haberse asignado la banda originaria a otro servicio y dispuesto una nueva banda para el servicio de que se trate. Esta materia es tratada en nuestro plan de espectro bajo el concepto de *atribución* de una banda o frecuencia³².

- 2.- Administración del espectro radioeléctrico: En virtud de esta atribución el regulador asigna determinada frecuencia a un operador determinado. Ello se traduce en asignar derechos de uso de esa frecuencia para la prestación de los servicios autorizados en dicha banda, labor que debe realizar ajustado a Derecho y en base a criterios de razonabilidad e igualdad de trato³³. A efectos de garantizar estos principios, generalmente se ha empleado como procedimiento de asignación el concurso público³⁴. Asimismo, se estima que en la asignación debe darse preferencia a aquellas propuestas que optimicen la utilización del espectro.
- 3.- Control del espectro radioeléctrico: En virtud de esta facultad el Estado, a través del organismo establecido para ello, realiza acciones de fiscalización del uso del espectro, en pos de comprobar que las frecuencias se utilicen correctamente, sin que se produzcan interferencias ilegítimas. Asimismo la regulación considera la aplicación de sanciones a quienes realizan usos clandestinos del espectro y las emisiones no autorizadas. Es más, en virtud de las atribuciones de control, los Estados se reservan la posibilidad de caducar una autorización frente al incumplimiento de la normativa vigente o incluso por el no uso efectivo del espectro asignado³⁵.

Estas atribuciones habrán de ser tenidas a la vista a la hora de analizar la problemática de la migración de los actuales operadores a la televisión digital.

5.- IMPACTO DEL RÉGIMEN CONCESIONAL EN LA MIGRACIÓN HACIA LA TELEVISIÓN DIGITAL

Estimamos que el actual régimen de autorizaciones que prevé nuestra legislación en materia de radiodifusión televisiva, establece barreras a la entrada que no se justifican en mercados

³² En la Sección II, número 2.1. del Decreto 127 de 2006 citado, se define atribución (de una banda de frecuencias) como "la inscripción en el cuadro de atribución de bandas de frecuencias, de una banda de frecuencia determinada, para que sea utilizada por uno o varios servicios de radiocomunicación terrenal o espacial o por el servicio de radioastronomía en condiciones especificadas. **Este término se aplica a la banda de frecuencias considerada**".

³³ La Ley N.º 18.168, en su artículo 8º inciso primero, dispone que "Para todos los efectos de esta ley, el uso y goce de frecuencias del espectro radioeléctrico será de libre e igualitario acceso por medio de concesiones, permisos o licencias de telecomunicaciones, esencialmente temporales, otorgadas por el Estado".

³⁴ El artículo 13 de la Ley N.º 18.168 dispone que "Las concesiones de servicios de telecomunicaciones de libre recepción o de radiodifusión, se otorgarán por concurso público". De su parte, las condiciones básicas del concurso para la asignación de una concesión de radiodifusión televisiva está normada en el artículo 15 de la Ley N.º 18.838.

³⁵ Tratándose de las concesiones de radiodifusión televisiva, la ley correspondiente, en su artículo 33 N.º 4 dispone respecto de la caducidad de la concesión: "Esta sólo procederá en los siguientes casos: a) no iniciación del servicio dentro del plazo señalado en la resolución que otorga la concesión, salvo caso fortuito o fuerza mayor; b) incumplimiento de las exigencias establecidas en los incisos primero y segundo del artículo 18; c) declaratoria de quiebra de la concesionaria, por resolución judicial ejecutoriada; d) suspensión de transmisiones, impuesta como sanción por resolución ejecutoriada del Consejo, por tres veces dentro de un mismo mes o por cinco veces dentro del año calendario, por alguna de las siguientes infracciones: 1) interrupción, injustificada o no autorizada previamente por el Consejo, de las transmisiones por más de cinco días; 2) incumplimiento de las normas técnicas por las cuales se rija la respectiva concesión, y 3) infracción de lo establecido en el inciso final del artículo 1º de esta ley. Las concesionarias de servicios limitados de televisión sólo podrán ser sancionadas en virtud de infracción a lo dispuesto en el inciso final del artículo 1º de esta ley."

evolucionados. Es más, el sistema traba la incorporación de nuevas tecnologías y nuevos negocios, afectando con ello la competitividad en el sector. Consecuentemente, debiera flexibilizarse el ingreso al mercado de la televisión, disponiéndose de un régimen infraccional más fuerte y sólido.

En primer lugar, estimamos artificial la diferenciación en el régimen de autorizaciones fijado para el acceso al mercado de la radiodifusión televisiva respecto de la televisión por cable, pues ella no se adapta adecuadamente a un entorno convergente. En efecto, estimamos que hoy en día la real competencia en el mercado televisivo –tanto en lo relativo al acceso a los contenidos como en la captación de televidentes– se produce entre la televisión abierta y la televisión por cable, lo que puede ejemplificarse en la realidad concreta de nuestro país en el hecho de que no contamos con normativa que regule el *must carry*³⁶.

Adicionalmente, en lo que respecta al marco jurídico de la televisión abierta, estimamos que las limitaciones impuestas a sus operadores significan un freno adicional a la migración hacia la televisión digital en Chile. Ello por tres razones fundamentales:

La primera es que la imposibilidad que tienen los canales de televisión de prestar servicios diversos a los de televisión los constituye en sociedades de objeto único, con las limitaciones que ello conlleva de cara a la construcción de un modelo de financiamiento. Ello hace que en la actualidad estas empresas no muestren resultados económicos especialmente auspiciosos, con lo cual se limita su capacidad de inversión en un cambio tecnológico de la envergadura que supone la digitalización total de sus redes, en el caso de aquellas que efectúan sus transmisiones a través de capacidades propias, y menos aún se posibilita a aquellas que no cuentan con infraestructura el desarrollar sus propias redes.

En segundo lugar, y a la luz de la experiencia comparada, advertimos que un modelo de financiamiento de la televisión como el que existe en Chile no incentiva la creación de contenidos digitales para la televisión abierta. En efecto, la subsistencia conjunta de la televisión de pago y la televisión abierta ha demostrado a nivel internacional una suerte de ineficiencia, derivada de una escasez artificial de contenidos, producto principalmente del modelo inicial de negocio de los canales de pago que fundaban su subsistencia y utilidades en el pago de suscripciones, para lo cual ofrecían al mercado contenidos "en exclusiva" a efectos de motivar a los eventuales usuarios a pagar por el servicio de televisión.

Este modelo llevó a que en un primer momento las cadenas de pago realizaran fuertes inversiones para contar con contenidos exclusivos, bajo la pretensión que lograrían una masa crítica de suscriptores que les permitiría alcanzar economías de escala, sin necesidad de asumir el modelo tradicional de financiamiento consistente en el avisaje publicitario. Sin embargo esto no sucedió³⁷, y en definitiva las compañías no lograron recuperar las fuertes inversiones realizadas y progresivamente fueron debilitándose al punto que hoy en día se financian, igual que la televisión abierta, en parte importante gracias al avisaje publicitario. Esta situación ha provocado un estancamiento de la penetración de este tipo de televisión e incluso, nos atrevemos a sostener, un retroceso.

Claro que el fenómeno es más complejo por cuanto debe ser visualizado desde una óptica convergente, y más en concreto, de la mano de la penetración de la banda ancha. En efecto, a medida que se masifica la banda ancha (o al menos la banda menos estrecha) disminuyen los incentivos de la población para contratar servicios de televisión de pago, por cuanto la Red hoy

³⁶ Se incluye dentro del concepto de *must carry* a las normas de radiodifusión obligatoria. A vía de ejemplo, en virtud de estas normas en Europa se impone a los operadores de cable la obligación de transportar la señal básica de los operadores de televisión abierta.

³⁷ Ariño GUTIÉRREZ, obra citada, pp. 193-227.

en día se ha constituido en el repositorio más importante de contenidos audiovisuales, los cuales son puestos a disposición de los usuarios a través de múltiples canales de distribución en línea, a precios asequibles o libres de pago.

En resumen, el modelo inicial de negocio de los canales de pago produjo una reducción considerable de los contenidos disponibles para los operadores de televisión abierta (o los que quedaron disponibles no fueron precisamente los de mejor calidad), por cuanto el incentivo mayor estaba en ofrecer dichos contenidos a los canales de pago en condiciones de exclusividad. Sin embargo, el agotamiento del modelo de financiamiento en base al pago de suscripciones, hizo que los canales de pago adscribieran igualmente a un sistema de financiamiento basado en el avisaje publicitario, con la consecuente pérdida de calidad y de incentivo a los usuarios para pagar por el servicio. De su parte, de cara a la producción de contenidos digitales para este tipo de televisión, disminuyeron los incentivos para los canales de pagar por contenidos de calidad, lo que ha llevado a un deterioro de la calidad de los audiovisuales disponibles también para este tipo de televisión y así, suma y sigue.

En resumen, estimamos que a la par de analizar la problemática de la televisión como industria y el modelo regulatorio que sea más adecuado de cara a la migración a la televisión digital, es urgente asumir el desafío de imponer profundas transformaciones al Derecho Audiovisual, especialmente en lo que se refiere a los necesarios ajustes que se deben introducir al marco jurídico del fomento a la producción de contenidos a efectos de contribuir a que existan contenidos de calidad a disposición de los operadores.

Sin embargo enfatizamos nuevamente que no basta que se asignen mayores recursos a la producción de contenidos, pues en nuestro país existen actores capaces de producir más y mejores contenidos aun en la situación actual del marco regulatorio del fomento al audiovisual: lo realmente importante es que hayan más ventanas a través de las cuales mostrar dichos contenidos, y de ahí la importancia de que las políticas públicas de migración a la televisión digital aprovechen la oportunidad de sentar las bases para que se abra el mercado a nuevos operadores.

II.- LA TELEVISIÓN DIGITAL DE CARA A LA REGULACIÓN

1. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LA TELEVISIÓN DIGITAL DE CARA A SU REGULACIÓN: LA INTEGRACIÓN A TRAVÉS DEL MEDIO, INTERACTIVIDAD, GLOBALIZACIÓN O COBERTURA INTERNACIONAL

Como dijimos antes, una de las promesas que trae consigo la digitalización es la convergencia que ha diluido progresivamente las fronteras entre informática, audiovisual y telecomunicaciones. En el caso del audiovisual, que nos ocupa, se dice que ello se traduce en una gran revolución constituida por la masificación (democratización, llaman algunos) del acceso al medio de transmisión, con el consecuente "uso emancipador de los medios de transmisión"³⁸, al punto que se ha sostenido por algunos que la aspiración está dada por dar vida a la antigua utopía de que "cada receptor es un emisor" en potencia"³⁹. Ello nos lleva a la encrucijada de asumir una postura

³⁸ Ángel Badillo M., La desregulación de la televisión local en España. Las políticas públicas de comunicación en la transformación de audiovisual en proximidad. Investigación presentada a los XVI premios de investigación en Comunicación Audiovisual de Catalunya, 2004, disponible en línea en <<http://www.tesisenxarxa.net/TDX-0430104-150057/>> [Consulta: 02.10.2007].

³⁹ Recomendamos sobre el particular la lectura de Hans Magnus Enzensberger, Elementos para una Teoría de los Medios de Comunicación. Editorial Anagrama, Barcelona, 1974.

regulatoria frente al sector audiovisual que sea coherente con la regulación en general de las telecomunicaciones, entendidas ahora como uno de los tipos de comunicaciones electrónicas susceptibles de ser prestadas en un entorno convergente.

Atendido lo anterior, y otros factores, en entornos como el europeo se optó en la materia por tomar dos ejes regulatorios: de una parte establecer una regulación diferenciada de las redes respecto de los servicios, lo cual es aplicable en general a todos los sectores de las telecomunicaciones, y en particular, en la materia que nos ocupa, el fortalecimiento de las políticas de fomento al desarrollo del sector audiovisual, camino con el cual concordamos.

Siendo así, el modelo regulatorio de este servicio, de cara a la convergencia parte de la premisa que "la televisión pasa a ser una modalidad más de telecomunicación que puede difundirse por distintos medios"⁴⁰. Esta es la principal característica de la televisión digital que la diferencia de la televisión tradicional analógica, pues esta última requiere de una red propia para ser difundida, lo cual la tornaba en un servicio fragmentario respecto de los demás servicios de telecomunicaciones. Un ejemplo de lo anterior puede encontrarse en el canal irlandés <www.irelandlive.com>, primer canal que se crea para ser transmitido a través de Internet, dirigido a la comunidad irlandesa residente en todo el mundo a efectos de transmitir noticias, financiándose a través del tradicional modelo publicitario.

Otra característica importante a la hora de analizar la televisión digital para efectos de definir un marco regulatorio es su aptitud para maximizar el aprovechamiento de cada "canal" a través de la definición de un modelo de transmisión en sistema de multiplexión, que permite transmitir en forma simultánea diversos "programas". Ello permite potencialmente a un operador realizar transmisiones diferenciadas, dirigidas a públicos específicos. Asimismo permite que eventualmente varios operadores se sirvan de un mismo "canal" para transmitir señales diferenciadas, con la consecuente disminución de costos y uso más eficiente del espectro radioeléctrico.

Esta característica además de ayudar a la posibilidad de introducir más pluralismo en la televisión, posibilita el fortalecimiento de los llamados "canales nicho"⁴¹, dirigidos a públicos específicos, o con objetivos programáticos específicos. No es difícil imaginar a las Universidades impartiendo docencia a través de un *multiplex*, o ciertos órganos de gobierno que tienen responsabilidad en la formación ciudadana informando acerca de las materias incluidas en su órbita de competencia, como podría ser el caso del Servicio Nacional del Consumidor, o del Servicio Nacional de la Mujer, la Dirección del Trabajo, etc., por mencionar algunos.

2.- NEUTRALIDAD TECNOLÓGICA Y MODELO REGULATORIO DE LA TELEVISIÓN DIGITAL PARA CHILE

«La neutralidad tecnológica como estrategia reguladora de las tecnologías de la información y las comunicaciones impone que el regulador se haga cargo de los efectos jurídicos de un deter-

⁴⁰ Javier Cremades, "El marco regulatorio de los operadores de televisión por cable y satélite", en ZER, Revista de Estudios de Comunicación Nº4, Universidad del País Vasco, 1998.

⁴¹ Una experiencia interesante es la de Suecia, en donde se ha previsto el apagón analógico a más tardar en febrero de 2008. En ese país se ha observado un incremento de la sintonía de los canales nicho, los que han aumentado desde un 10,7% en julio de 2005 a un 15,1% en ese mismo mes en 2006. Lo mismo ha sucedido con los llamados canales "pequeños", que han aumentado su sintonía desde un 9,7% en julio 2005 a un 11,2% en julio 2006. Ello mientras los llamados "canales grandes", generalistas registraron 79,6% y 73,7% para este mismo periodo. Para más antecedentes véase "Los medios de difusión en Suecia", en línea en <http://www.sweden.se/upload/Sweden_se/spanish/factsheets/Si/Los_medios_de_diffusion_suecos_D145i.pdf> [Consulta: 12.09.2007]

minado hecho o acto tecnológico y sea capaz de dictar las normas pertinentes con prescindencia de la tecnología involucrada en su prestación.

Otros principios del nuevo Derecho de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, derivados de la neutralidad tecnológica, con el de equivalencia de soportes, que impone regular los hechos o actos jurídicos con prescindencia del soporte en el cual consten (por ejemplo en el caso de la televisión, son independencia de si el programa es almacenado para su transmisión en una cámara o en un computador) y la equivalencia funcional, que nos llama a atribuir las mismas consecuencias jurídicas a hechos o actos que respondan a una misma conceptualización (por ejemplo se calificará a una película como tal en atención a que cumpla con las características que le son propias: ser un audiovisual, tener un guión, etc., y no en base a circunstancias tecnológicas concretas como por ejemplo sería el hecho de ser filmada en formato analógico o digital). Un ejemplo de la aplicación de este principio en nuestro Derecho lo encontramos en la Ley N.º 19.846, que establece el Consejo de Calificación Cinematográfica, en tanto que entiende por producción cinematográfica "la elaboración de imágenes en movimiento a través de cualquier soporte, con o sin sonido, independientemente de su duración".

Sin embargo fruto de la regulación fragmentaria que afecta a nuestra televisión, el legislador luego excluye del ámbito de aplicación de la Ley N.º 19.846 a aquellos audiovisuales que han sido especialmente producidos para la televisión, sometiéndolas a lo dispuesto en la Ley N.º 18.838, con los consecuentes riesgos de diferencias de criterio.

Pero siguiendo con nuestro análisis de los principios del nuevo Derecho que debiéramos considerar al definir un modelo regulatorio para la televisión digital, es importante destacar que existe consenso en que en la adaptación de los sistemas jurídicos a la nueva realidad tecnológica debe realizarse en base a una mínima intervención tanto en lo que se refiere a la creación de nuevas instituciones jurídicas, como en el respeto a la coherencia del sistema normativo⁴².

Finalmente estimamos relevante hacer presente que la regulación debe dictarse atendiendo al principio de equivalencia normativa, esto es, con la conciencia que el presente tecnológico es transfronterizo, más aún tratándose del audiovisual. En atención a ello nuestro marco regulatorio debiera guardar aquellos mínimos de coherencia internacional que permitan dar la certeza y seguridad jurídica que esta realidad impone.

Ahora bien, más allá de las meras consideraciones desde el Derecho de la Informática, creemos que la regulación debe hacerse cargo de las necesidades de desarrollo científico y tecnológico nacional, además de las necesidades de que nuestro país avance hacia la Sociedad de la Información, específicamente mediante la creación de contenidos nacionales de calidad y en ese contexto habrá de establecer un marco regulatorio propicio a estos fines. Con ello aludimos a que el marco regulatorio que en definitiva se fije no puede ser ajeno a un enfoque de políticas públicas.

III. PROPUESTAS PARA LA INCORPORACIÓN DE LA TELEVISIÓN DIGITAL

1.- LA DEFINICIÓN DE UN ESTÁNDAR PARA LA TELEVISIÓN DIGITAL

En primer lugar nos haremos cargo del problema de la adopción de un estándar tecnológico para la televisión digital en Chile, no porque consideremos que esto sea lo más importante a la

hora de definir el marco regulatorio para la televisión digital, sino por cuanto es aquello que ha estado más en la discusión diaria sobre esta materia.

Una primera precisión es que la elección del estándar es una atribución de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, la cual deberá dictar una norma técnica, mediante una resolución exenta a estos efectos. Ello, claro está, no exime a la autoridad de sustentar su decisión en sendos informes técnicos sobre el funcionamiento y características de cada una de las normas en juego. Asimismo, se entiende que al adoptarse un determinado estándar, se hace exigible el cumplimiento de toda la documentación técnica del mismo⁴³.

De nuestra parte, no realizaremos un análisis técnico de las características de cada uno de los estándares que están en juego a estas alturas de la discusión, cuales son el norteamericano (ATSC), el europeo (DVB-T) y el japonés (ISDB-T), sino que nos referiremos a ciertas características que debiera cumplir el que en definitiva se elija, en pos de dar mejor satisfacción a los principios que antes enunciamos. Ello sin perjuicio ciertamente de la necesidad de realizar las pruebas técnicas que aseguren una cobertura adecuada de las señales de televisión de acuerdo a las características geográficas y arquitectónicas de nuestro país.

Adicionalmente a lo anterior, estamos convencidos que cuestiones sobre las capacidades específicas de uno u otro estándar no son el elemento central a la hora de tomar esta decisión, ello principalmente porque el que todos tengan la máxima capacidad es sólo una cuestión de tiempo, puesto que el dinamismo tecnológico lleva necesariamente a que todos los estándares cumplan los requerimientos que en definitiva reclamen sus usuarios. Ahora bien, es necesario considerar los costos asociados a la apropiación social de los beneficios de dichos avances, por cuanto que tratándose de estándares propietarios cada avance significará un traspaso de costos de desarrollo a los usuarios por la vía de la necesidad de adquirir nuevos dispositivos que incorporen nuevas capacidades o al menos nuevas versiones de los programas asociados, mientras que en un esquema de código abierto existe la posibilidad de realizar desarrollos locales, incluso de parte de los operadores, que permitan una apropiación directa de las mejoras logradas.

Asimismo, creemos que el factor de masificación del estándar es relevante para efectos de mejorar las economías de escala asociadas a la televisión digital. En efecto, mientras más usuarios potenciales se adscriban bajo un determinado estándar habrá mayores incentivos a la mejora del mismo y, además, la apropiación social de dichas mejoras será más factible por efecto de las referidas economías de escala.

Aclarado esto, sostenemos que Chile, más que ceder a la presión de ciertos grupos con intereses particulares, debe adoptar un estándar de televisión digital que mejor satisfaga los intereses de nuestro país, los cuales estimamos deben centrarse en una pretensión de servicio universal, minimización de costos económicos y sociales, tendencia hacia la autonomía respecto de los grandes polos de producción tecnológica y propensión a la diversidad/pluralismo.

Adherimos por tanto a aquellos que sostienen la necesidad que el estándar que se adopte sea de **Código Abierto**: esto es que permita análisis y desarrollos posteriores en nuestro entorno; **Movilidad**: en cuanto que permita la recepción de la señal de televisión digital terrestre en condiciones de movilidad o desplazamiento; **Bajos costos en la apropiación social de la televisión digital**: estimamos que más que un análisis puramente desde la óptica de los operadores de televisión, debe privilegiarse aquel estándar que signifique un menor costo a los televidentes, en cuanto a la posibilidad de contar con un terminal apto para la televisión digital, pues sólo así se logrará una universalización de este servicio.

⁴² Un ejemplo paradigmático de ineficacia en la regulación en Chile por no respetar estos principios lo visualizamos en la Ley N.º 19.223, de delitos informáticos, de escasa aplicación y a todas luces inadecuada.

⁴³ A vía de ejemplo, el estándar de televisión en colores se fijó en Chile a través de la Resolución Exenta 39 de 1978, de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, de 10 de abril de ese año.

2.- EL MERCADO DE LA TELEVISIÓN DIGITAL

En la situación tecnológica actual no se justifica un trato regulatorio diferenciado respecto de la televisión en base al medio empleado para su transmisión, pues no subsisten los argumentos que se tuvieron en vistas en su momento para su establecimiento.

En efecto hoy no es absoluto el argumento de la escasez del medio de transmisión (espectro radioeléctrico), pues la digitalización, la compresión de señales y el avance en la frontera de su utilización nos lo presenta abundante como nunca antes, o al menos suficiente para desplegar políticas flexibles en materia de migración de la radiodifusión televisiva analógica a digital en nuestro país, al punto que como pocos, hemos podido darnos el lujo de atribuir una banda a este servicio sin que se haya asignado hasta la fecha efectivamente las respectivas concesiones a la espera de la toma de decisiones regulatorias pertinentes.

Tampoco es justificación suficiente el alto costo de la transmisión, pues estos estaban asociados precisamente a la tecnología empleada para ello. Nuevamente la digitalización y la compresión de señales son claves de bóveda a un abaratamiento sostenido de esta actividad.

Finalmente y más radical aún, hoy se cuestiona que la televisión siga teniendo el rol que tradicionalmente se le asignó como formadora de opinión, o transmisora de la cultura, para sólo reconocerse que subsiste su papel como medio de entretención de masas. Es más, producto de la alta concentración del mercado de televisión abierta, se desconfió a su respecto, en cuanto a que a través de ella se muestran imágenes sesgadas de la realidad, informaciones parciales que contribuyen más bien a "deformar" la opinión pública (con bastante éxito en muchos casos), o con un alto rechazo social, por cuanto la ciudadanía no cree la información que a través de ella se difunde.

Es más, el debate se ha centrado en la necesidad de propiciar que nuevos actores ingresen al mercado de la televisión de manera de contribuir a una desconcentración de este medio de comunicación, por cuanto se quiere disminuir el riesgo de transmitir información sesgada, teñida de los intereses de quienes controlan el medio. Un caso paradigmático en nuestro país dijo relación con la interferencia del poder público en las decisiones editoriales de Televisión Nacional a propósito de la emisión de un determinado programa. Ello ha llamado la atención en cuanto a la real independencia de este canal, que había logrado mejoras notables en su credibilidad luego del retorno a la democracia.

En otros entornos, y teniendo presente lo anterior, se ha tendido a generar marcos reguladores basados en la igualdad de trato a los operadores. Este es el caso de la Unión Europea, en que la Comisión Europea incluso ha llamado a los Estados Nacionales a que "traten a todos los operadores jurídicos por igual. En principio cada red debe competir según sus propias posibilidades. No debe excluirse la posibilidad de que se conceda algún tipo de respaldo público a una opción determinada, pero ello debe estar justificado por unos objetivos de interés general bien determinados, y ser ejecutado de una forma proporcionada"⁴⁴.

Como podemos apreciar, con esto la Unión enfrenta el mercado de la televisión tal y como lo haría con cualquier otro mercado, apostando por establecer un marco regulatorio que contribuya a una libre competencia, diferenciando el mercado de las redes respecto del de los servicios.

Pero la mirada de la migración desde una óptica del mercado de la radiodifusión es aún más profunda, pues se hace cargo de que la conversión digital "incide en todos los segmentos de la cadena de valor de la radiodifusión", desde la producción de contenidos, pasando por la transmisión y hasta la recepción, por lo que es necesario introducir mejoras en cada uno de estos

apartados en el camino que involucra la migración, si bien el "reto principal tiene lugar en el lado de la recepción: sustituir o adaptar la ingente cantidad de receptores analógicos actualmente en funcionamiento"⁴⁵. Para ello uno de los principales lineamientos de la política europea hacia la televisión digital ha sido garantizar "la existencia de un amplio abanico de posibilidades de recepción digital adaptadas a los diferentes segmentos de usuarios. Esto significa variedad de elección en cuanto a funcionalidades, precios y fórmulas comerciales."⁴⁶

Así también lo visualiza el Plan de Acción eEurope 2005⁴⁷, que busca de una parte fomentar la prestación de servicios sobre una infraestructura de banda ancha altamente disponible, y de otra crear en Europa un entorno favorable para la inversión privada y la creación de empleo, impulsar la productividad, modernizar los servicios públicos y dar a todos la oportunidad de participar en la sociedad mundial de la información.

Estas premisas regulatorias son plenamente aplicables en Chile, en tanto que el marco regulatorio de la televisión debiera considerar un trato igualitario a todos los operadores en la nueva televisión digital con independencia de su carácter de histórico, estatal, universitario o de nuevo entrante, con iguales posibilidades de acceso a los sistemas de fomento a la producción audiovisual, con iguales derechos respecto del medio de transmisión, especialmente en lo referido al espectro radioeléctrico y, en definitiva, con estatutos jurídicos simétricos. Asimismo, debiera tenderse progresivamente a eliminar las diferenciaciones en la regulación de la televisión respecto de los otros medios de comunicación regulados en nuestro derecho.

Además de que ello permitiría acercar la regulación de nuestro país a la vigente en derecho comparado, creemos que se ajusta mejor al concepto ontológico de televisión, la cual en tanto medio de comunicación está íntimamente ligada al ejercicio de derechos fundamentales, tales como la libertad de expresión y el derecho a la información de una parte y el derecho a la educación y al acceso a la cultura por otro. Estimamos que el modelo regulatorio fragmentario con el que hoy contamos resta coherencia a nuestro sistema jurídico, con nefastos efectos a nuestro sistema democrático.

Desde esta perspectiva no cabe sino abogar, en primer lugar, por eliminar toda barrera a la entrada del mercado del suministro de servicios de televisión, permitiendo un desarrollo sano y armónico de la competencia en el sector. Ello pasa por establecer un marco normativo en el cual un operador de televisión pueda efectuar sus transmisiones a través de medios propios o de terceros.

De su parte, en cuanto a la asignación de derechos privativos de uso de espectro radioeléctrico, sostenemos la necesidad de regularizarlas, haciéndolas todas temporales, único sistema que garantiza al Estado el poder desarrollar políticas eficientes de administración del espectro radioeléctrico. Estimamos que el sistema actual, en que subsisten aún asignaciones indefinidas, además de inconstitucional, resulta discriminatorio.

En tercer lugar estimamos que es necesario eliminar las asimetrías previstas en nuestro derecho en materia de control de medios de comunicación social. Siendo así, somos partidarios de la eliminación de todo sistema de control fragmentario de la televisión.

Es más, siguiendo los modelos de Derecho comparado este control debiera ser mínimo y en todo caso a *posteriori*, por cuanto "desde la perspectiva internacional, la tarea de garantizar el

⁴⁵ Comisión Europea COM (2003) 541 final, p. 8.

⁴⁶ Comisión Europea COM (2003) 541 final, p. 19.

⁴⁷ COM (2005) 263 final. eEurope 2005: Una Sociedad de la Información para Todos, en <http://europa.eu.int/information_society/eeurope/news_library/documents/eeurope2005/eeurope2005_en.pdf> [Consulta: 02.10.2007].

⁴⁴ Comisión Europea COM (2003) 541 final, p. 17.

correcto ejercicio de la libertad de expresión y del derecho a la información a través de la televisión implica las mínimas restricciones posibles y una justificación por parte de las autoridades estatales ante las posibles injerencias, fundamentada siempre en la persecución de fines de interés público⁴⁸.

Como podemos apreciar, el mismo argumento que se tuvo en vistas para efectos de establecer un sistema especial de control de la televisión, esto es su vinculación con la concreción de valores sociales tales como la difusión de la cultura, formación de opinión pública, acceso a la información, ejercicio de la libertad de expresión y participación política, es el que hoy se considera para efectos de propugnar un control mínimo.

Lo anterior sólo puede deberse a las grandes diferencias de concepción de la televisión desde un régimen autoritario, en que se visualiza a la televisión como una amenaza en tanto que puede influir mediante la promoción de "ideas subversivas en la población", lo que es una cuestión fundamentalmente distinta a la aproximación que a este servicio pueda tenerse desde un régimen democrático. No es preciso ahondar más en estas consideraciones. Sólo nos interesa dejar en claro que el control fragmentario de nuestra televisión tiene un origen espurio, careciendo de sentido en el actual estado de la cuestión mantenerlo.

3.- REDEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE TELEVISIÓN PARA LA TELEVISIÓN DIGITAL

Estimamos que la definición del concepto de televisión que se adopte en nuestro entorno de cara a la digitalización debe ser lo suficientemente neutro, desvinculado de una tecnología concreta, del carácter público o privado de su titular, remitiéndose más bien a consideraciones en torno a los contenidos, a las funciones y obligaciones del sector. Este parece haber sido el camino que quiso seguir el legislador chileno cuando establece el concepto de "correcto funcionamiento" del servicio de televisión.

Creemos que el debate en esta materia no sólo debe centrarse en la necesidad de dar concreción a las garantías individuales antes señaladas, el derecho a la información y la libertad de expresión. En efecto, la migración a la televisión digital exige que se analice la problemática del audiovisual como conjunto, considerando las posibilidades de emisión y transmisión de estos contenidos a través de plataformas esencialmente multiservicios, como son las plataformas digitales. Además de lo anterior, estimamos que debe analizarse esta problemática a la luz de las disposiciones constitucionales como las del artículo art. 19 N° 21, la libertad de desarrollar actividades económicas; el art. 19 N° 23, la libertad para adquirir todo tipo de bienes; el art. 19 N° 24, derecho de propiedad sobre bienes corporales; art. 19 N° 25, derecho de propiedad intelectual, y art. 19 N° 26, derecho a la seguridad jurídica. Ello principalmente por el reconocimiento de la empresa televisiva como un agente cuyos objetivos están ligados a la obtención de un beneficio económico por los servicios ofrecidos al público, los que consisten de una parte en la emisión de programas e informaciones de contenido general y publicitario. No en vano es un tema recurrente el *rating* como forma de medición de la cantidad de telespectadores con que cuenta una determinada franja horaria o programa televisivo, asociándose a-ello el precio del aviso en dicho horario.

Un análisis de la televisión frente a estos derechos nos lleva a sostener que asiste a las personas el derecho a crear empresas de televisión, gestionarlas y dirigir las sin más interferencias externas que las fijadas en los respectivos ordenamientos jurídicos. A su turno, nos lleva a sostener que el concepto de televisión para la televisión digital debiera ser más amplio que el actualmente

vigente en nuestro entorno. En efecto, estando el mismo ligado al "correcto funcionamiento" que analizamos antes, creemos que se limitan las posibilidades de las empresas televisivas para rentabilizar adecuadamente la inversión que supone su establecimiento y mantención.

Con esta observación no queremos aparecer sosteniendo que la concreción de las garantías fundamentales de libertad de expresión y derecho a la información estén subordinadas al interés económico/empresarial de la respectiva cadena, sino simplemente evidenciar que la empresa televisiva no se encuadra dentro de las actividades que son propias del Estado y menos aún se trata de entidades destinadas a fines puramente benéficos. Siendo así, los porfiados hechos han demostrado que una empresa televisiva que no logra recuperar la inversión realizada o incluso aquella que no entrega beneficios económicos a sus titulares está en constante peligro en cuanto a su viabilidad en el tiempo.

Se produce por tanto una paradoja en el sentido que la subsistencia de la televisión está aparejada a los beneficios económicos que ella obtenga o, al menos, la recuperación de la inversión (salvo que quien esté detrás de ella busque otros beneficios asociados a su establecimiento y explotación como podría ser el control de la opinión pública o la figuración) y a su turno sin subsistencia de la empresa televisiva malamente podremos hablar de pluralismo, formación de opinión pública y/o participación gracias a este medio. Tampoco podemos hablar de ello si no nos hacemos cargo de la necesidad de fomentar tanto la competencia en el sector como el desarrollo de un mercado amplio de contenidos de valor que puedan entregarse a distintas plataformas, para su emisión y difusión.

De ahí que la regulación que en definitiva se adopte debe considerar las necesidades de continuidad de los medios de televisión actualmente existentes en un entorno competitivo, donde la competencia no estará necesariamente dada entre los grandes operadores y los llamados canales nicho o canales regionales, sino en las plataformas convergentes de servicios audiovisuales de consumo masivo. Nos referimos a la televisión abierta en franca competencia con la televisión por cable, e incluso con los servicios de provisión de contenidos audiovisuales prestados a través de Internet, esto último más evidente en la medida que penetra la banda ancha en nuestro país. Esta evidencia es la que nos llama a sostener la necesidad de comprender la televisión de manera sistémica, y no fragmentaria como hasta hoy se ha venido regulando.

A vía de ejemplificar nuestras observaciones, aludiremos al Tribunal Constitucional español, el que explicaba esta necesidad sosteniendo que el derecho a crear empresas de televisión es un derecho instrumental al servicio de otros derechos fundamentales como la libertad de expresión y el derecho de los ciudadanos a comunicar y recibir libremente información veraz⁴⁹; ahora, otra cuestión es determinar si en un entorno específico la actividad televisiva muestra o no su capacidad para cumplir estos objetivos, siendo uno de los problemas fundamentales analizados a este respecto aquel referido a las tendencias al monopolio de los medios informativos, sin que se hayan tomado medidas efectivas que impidan o entorpezcan la tendencia a la concentración de propiedad en los medios, salvo las normas dictadas de la nueva Ley de Prensa que ya analizamos en acápites anteriores.

En esta línea, en Europa "La Comisión ha incluido, entre los principios de la política europea que regirán el sector audiovisual en la era digital, la obligación de todos los marcos jurídicos destinados a regular dicho medio de optimizar las posibilidades de crecimiento económico y de creación de empleo que genera esta actividad como consecuencia del desarrollo de la tecnología digital"⁵⁰, básicamente dado por la mayor demanda de contenidos para ser transmitidos por las empresas televisivas convergentes.

⁴⁸ Mercedes MUÑOZ SALDAÑA, *El Futuro Jurídico de la Televisión desde una Perspectiva Europea*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 28.

⁴⁹ STC 127/1994, FJ 6D.

⁵⁰ MUÑOZ SALDAÑA, obra citada, p. 43.

Es así como la televisiva es una empresa especial, cuya particularidad está dada por la finalidad pública que lleva aparejada, y desde esta perspectiva se ha sostenido que el marco regulador que se haga cargo de la migración digital ha de ser flexible "capaz de adecuarse a los rápidos e impredecibles cambios que supondrá este proceso para el sector audiovisual. Las instituciones comunitarias, ante unas legislaciones que no parecen adecuarse al nuevo contexto tecnológico apuestan, entre otras cuestiones, por la igualdad de tratamiento de los diferentes operadores, por la salvaguarda de las misiones de servicio público y por la continuidad y protección de las televisiones públicas en un marco liberalizado"⁵¹.

4.- CONTENIDOS PARA LA TELEVISIÓN DIGITAL

Si bien no entraremos de lleno en esta materia, creemos que es urgente la elaboración de un plan de incentivo a la creación de contenidos que permita solventar las necesidades de los distintos operadores que en definitiva suministran el servicio de televisión en nuestro país. En esta materia, estimamos que la solución no necesariamente pasa por el incremento a los fondos de apoyo al desarrollo del audiovisual en Chile, sino en la necesidad de crear instrumentos de apoyo al desarrollo de un mercado emergente en el entorno que nos ocupa.

En todo caso, y sin perjuicio de lo antes señalado, estimamos que la gestión de los fondos de apoyo existentes debe considerar la necesidad de que los contenidos que en definitiva se generen sean puestos a disposición de los distintos operadores en condiciones de igualdad, sin discriminaciones y en todo caso bajo reglas transparentes, evitando distorsiones a la competencia de los distintos operadores.

Asimismo, somos partidarios, según ya hemos adelantado, de propiciar el desarrollo y gestión de un mercado de contenidos que permita efectivamente cumplir con las aspiraciones democráticas y de pluralidad en este medio. Ello impone una política pública de apoyo a los creadores independientes y a los contenidos regionales o locales, existiendo a este respecto numerosas e interesantes experiencias internacionales.

5.- SERVICIO PRINCIPAL Y SERVICIOS COMPLEMENTARIOS AL SERVICIO DE TELEVISIÓN. POSIBILIDADES LEGALES DE APROVECHAR EL ANCHO DE BANDA PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE VALOR AGREGADO

Se han generado muchas expectativas sobre las posibilidades que la digitalización aporta en cuanto a las posibilidades de prestación de nuevos servicios y/o servicios de valor agregado a través de las redes de televisión; existen algunas experiencias a nivel internacional que avalan los buenos augurios a este respecto.

No queremos limitar nuestro análisis a la discusión acerca de cuál será el canal de retorno para, por ejemplo, dar servicios interactivos, pues creemos que la técnica ha sido lo suficientemente ágil para resolver los problemas que se han detectado o incluso aquellos que no podríamos imaginar con nuestra mirada jurídica, sino que creemos que el valor de nuestro aporte está dado por la necesidad de analizar jurídicamente qué tipos de servicios pueden darse por los operadores de televisión, o a través de sus redes.

Queremos llamar la atención en que la definición de "correcto funcionamiento" del servicio de televisión contemplada en la ley nacional no da flexibilidades al desarrollo de estos servicios, pues los únicos servicios que caben dentro de esta definición son servicios "de programación".

⁵¹ Ídem, p. 45.

Nos referimos por ejemplo a servicios de *pay per view*, además de los de video a *la carta* y *telemarketing*, como actualización del tradicional servicio de avisaje publicitario. De su parte, en cuanto a servicios interactivos, la posibilidad de intervenir, por ejemplo, en el marco de una película ensayando distintos cursos de la historia, pero no creemos que este concepto permita, por ejemplo, dar servicios de videoconferencias o de correo electrónico, o Internet como han dicho algunos.

Estimamos, en consecuencia, que si es una opción de política pública que estos servicios sean prestados por los operadores, será necesario modificar la ley a efectos de incorporar tanto estos nuevos servicios como, en su caso, los "servicios convergentes".

Otra opción que se ha considerado es que no sean los operadores quienes prestan dichos servicios sino terceros a través de sus redes. En este caso es necesaria una modificación a las normas pertinentes de la Ley General de Telecomunicaciones y sus Reglamentos para permitir independizar el espectro del servicio a cuyo respecto es asignado, incorporando este recurso a un concepto más amplio de plataformas de comunicaciones electrónicas. En otros términos, actualmente la legislación entiende que se entrega un derecho de uso sobre una capacidad espectral para la prestación de un determinado servicio (y sólo para ello). Pues bien, si la legislación le diera igual trato a las redes inalámbricas que a las alámbricas sería posible aplicar a su respecto, haciendo algunas analogías, lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley General de Telecomunicaciones en el sentido que podrían prestarse a través de ellas servicios complementarios al servicio principal (en este caso de televisión) mediante la conexión de equipos a dichas redes, bajo la condición que no se afecte el servicio principal prestado. Pero en rigor, también debería modificarse el actual texto del artículo 8 de la ley porque se refiere a prestaciones adicionales sobre las redes "públicas", y las redes de radiodifusión sonora y televisiva no revisten ese carácter en principio, dado el actual texto de la ley en lo relativo a la definición de servicios públicos de la letra a) del artículo 3.

Creemos esta última como la solución más adecuada a efectos de dar un uso eficiente a la capacidad espectral en el entorno convergente. En todo caso, nuevamente esta solución pasa por la reinterpretación del concepto de "correcto funcionamiento" por cuanto la compatibilidad de los servicios estará dada por que la prestación de los nuevos servicios no afecten el objeto o finalidad de la televisión.

6.- NUEVOS OPERADORES Y/O OPERADORES ENTRANTES. LA CONTINUIDAD DE LOS NUEVOS OPERADORES EN LA TELEVISIÓN DIGITAL

Nos referiremos en este punto a la limitación legal en orden a que un concesionario VHF sólo puede ser titular de una concesión para una zona de servicio, de lo cual se ha entendido que como reminiscencia de la forma de operación de la televisión analógica, cada titular de una "concesión sólo puede emitir una señal por esta banda, lo que lleva a que de abrirse concurso para la Banda UHF actualmente reservada para televisión digital de libre recepción"⁵², en este concurso no podrían participar los actuales operadores de televisión por la limitación que les impone la Ley N.º 18.838 en su artículo 15, inciso final.

Ello si bien puede ser visto como una oportunidad en cuanto a que fomentaría la entrada de nuevos operadores contribuyendo a la ilusión de mayor pluralismo, no permitiría, en principio y sin modificación legal, la migración de los actuales operadores a la tecnología digital.

⁵² Decisión adoptada por la autoridad mediante modificación al Plan de Uso del Espectro Radioeléctrico por D.S. 38 de 2000, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

Es evidente que lo que debe hacerse es dictar una norma modificatoria que, por una parte, permita esta migración de los actuales operadores, pero por otra establezca las consideraciones mínimas para garantizar la competencia en el sector y evitar situaciones de concentración de propiedad en los medios. Esta que pudiera considerarse como una observación menor en atención a que, hoy por hoy, la tesis de la escasez del espectro radioeléctrico pierde cada vez más adeptos, no es tal, por cuanto las aspiraciones de mayor pluralismo sólo podrán concretarse en la medida que se establezcan medidas efectivas para evitar la concentración de los medios de comunicaciones, especialmente la televisión como uno de los medios con mayor llegada en la población.

Creemos que no es suficiente una aproximación al tema por la vía de adoptar un determinado estándar de televisión digital para luego por la vía legal y/o administrativa propiciar el apagón analógico, fijando una fecha arbitraria en que este debiera producirse, reduciéndose la intervención respecto de los actuales operadores a la modificación de sus respectivas concesiones en cuanto a la tecnología a emplear, acompañado de fondos de apoyo a la digitalización de sus redes y equipos de transmisión.

En efecto, además de simplista, esta opción no resuelve un tema que parece estar en el ideario público, aun cuando pocos han dado soluciones efectivas a su respecto, cual es la recuperación de espectro radioeléctrico para nuevos servicios y/o para servicios convergentes. De nuestra parte no podemos sino hacer presente que si bien no resulta óptimo, la digitalización al menos permite recuperar las que hoy llamamos bandas de protección, las que podrían utilizarse para servicios de otra índole.

Ahora bien, este es un tema delicado y complejo, cuya discusión se ha dado muchísimas veces y no sólo en materia de televisión. En efecto, hay otras áreas en las cuales se ha observado que ciertos servicios han sido regulados de manera asimétrica, generando situaciones que afectan a la libre competencia y la autoridad, al momento de enfrentar la problemática y diseñar soluciones, se ha debido hacerlo reconociendo los derechos que surgen a favor del titular de las autorizaciones respectivas y la protección que tienen al amparo del artículo 19 N.º 24 de la Constitución Política de la República de Chile.

En esta materia, es posible, plantear fundamentalmente 3 tesis:

- a) Actualmente el Decreto Supremo N°119, de 1984, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que aprueba el reglamento General de Telecomunicaciones, contempla en el inciso segundo del artículo 38 la facultad del Ministerio de modificar las asignaciones efectuadas.

Si consideramos que la radiodifusión televisiva es un servicio de telecomunicaciones, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 1º en relación al artículo 3 letra a), ambos de la Ley N.º 18.168, podría aplicarse a este servicio esta facultad.

Ahora, surge a este respecto una primera duda natural, cual es que en materia de televisión el órgano dotado de potestades para el otorgamiento de las autorizaciones es el Consejo Nacional de Televisión, cuyas potestades han sido otorgadas a través de la Ley N.º 18.880, norma de superior jerarquía al reglamento. Siendo así, la autoridad que debiera realizar esta modificación es precisamente el Consejo Nacional de Televisión, pero este órgano no cuenta con atribuciones para ello.

Siendo así, no podemos sino sostener la inconstitucionalidad de esta opción.

Súmese a ello la fragilidad del Decreto Supremo N°119, de 1984, amenazado con su derogación en distintas oportunidades, sin mencionar que muchas de sus normas ya lo han sido al menos de manera tácita.

- b) En la lógica de la Ley N.º 18.838 los operadores pueden solicitar la modificación de sus concesiones a efectos de adecuarlas a la nueva televisión digital. Siendo así, los operadores podrían hacer uso de este derecho y solicitar al Consejo Nacional de Televisión se modifique la respectiva concesión. Esta opción presenta como inconvenientes los siguientes: requeriría que los operadores incluyan en esta solicitud la necesidad de migrar a la banda atribuida a la televisión digital. En segundo lugar, presenta como obstáculo el que no se aviene necesariamente con la estructura del régimen concesional actualmente vigente en nuestro país, donde la mayoría de los operadores tienen tanto concesiones legales como administrativas, ello sin considerar que algunas de ellas son indefinidas y otras temporales.

Adicionalmente esta solución no resulta recomendable pues no permitiría desplegar una política pública de migración a la televisión digital, pues quedaría al arbitrio de los operadores la migración, con las consecuentes externalidades negativas en la entrada de Chile a la Sociedad de la Información.

- c) Dictar las respectivas leyes expropiatorias, modificando las asignaciones. Con esto no queremos decir que se recupere el espectro y no se entregue nada a cambio, sino que permite recuperar el espectro y asignar otro nuevo para televisión digital, sin que exista excesiva concentración.

Esto, evidentemente, está relacionado con los derechos que debiera respetarse a los actuales operadores en la transición digital. Dicho en otros términos, el derecho que emana de la concesión consiste en la entrega de derechos de uso de espectro suficiente para transmitir una señal de televisión abierta, en cierta banda y con ciertas características que deben garantizarse. Este es el derecho que la transición debiera respetar. Ahora el tema es cómo o a través de qué mecanismos habrá de hacerse esto.

Sobre la base de las tesis expuestas, es posible plantear las siguientes opciones:

Una primera solución que se ha planteado es simplemente modificar la concesión de los operadores ampliando el ancho de banda actualmente asignado, entregándoles la banda "vecina" a la actualmente asignada y hoy protegida para efectos de evitar las interferencias, a efectos que éstos repliquen la señal analógica pero en formato digital (*simulcast*) por el periodo que se establezca para la migración.

La nueva señal técnicamente no sería un nuevo canal de televisión, sino simplemente una actualización tecnológica de la que hoy emiten con lo cual no sería aplicable la restricción del artículo 15 de la Ley N.º 18.838. Sin embargo estimamos que esta solución si bien podría teóricamente propiciar la digitalización de la emisión, no estimula a los usuarios para adquirir aparatos digitales. En efecto, en los países en que simplemente se ha aplicado una política de sustitución tecnológica la población no ha encontrado incentivos suficientes para realizar las inversiones que supone el adquirir nuevos equipos capaces de visualizar la televisión digital.

Desde un segundo enfoque se ha planteado la posibilidad de modificar la ley, a efectos de permitir que los actuales operadores simplemente puedan acceder a una segunda concesión en una misma zona de servicios. Esta solución tiene grandes debilidades de cara al éxito de la transición, principalmente por la utilización de "doble espectro" por parte de los operadores en el tiempo de tránsito, lo que puede acarrear usos ineficientes de este recurso o saturaciones no deseadas. De nuestra parte sostenemos que de adoptarse una medida de esta naturaleza debieran tomarse los resguardos necesarios para que la transición sea de muy corta duración.

Ahora bien, dentro de esta segunda opción se plantean asimismo dos posibilidades, cuales son de una parte la entrega de una señal *multiplex*, que involucra compartir ancho de banda

y por tanto técnicamente se habla de "emitir programas" más que "una señal", y de otra la entrega de una señal completa, que permita realizar televisión de alta definición.

En la primera alternativa, podría entregarse a los canales una segunda concesión para una misma zona de servicios, para que use la modalidad *multiplex* por el tiempo que dure la transición. De nuestra parte no podemos sino aludir a la experiencia española, en la cual desde el 31 de octubre de 1999 se entregó el derecho a los operadores analógicos de gestión directa (RTVE) y a los de gestión indirecta/privada (Antena 3, Tele5 y Canal+) a la explotación de un canal digital, todos ellos dentro de un mismo *multiplex*. Asimismo, se habilitó a las televisiones autonómicas de Galicia, Madrid, Valencia, País Vasco, Andalucía y Catalunya para la explotación de dos programas digitales.

Esta experiencia distó mucho de ser exitosa, principalmente por la incertidumbre en el mercado en relación a los costos de la transición a la televisión digital tanto para los operadores como los usuarios, sumadas la escasez de receptores a disposición del público y la insuficiencia de contenidos novedosos que incentivarán a los usuarios a la migración⁵³. A lo anterior se sumó que el hecho que las capacidades de transmisión de los canales se limitaran a las posibilidades del *multiplex* compartido por 5 programas, con la consecuente "escasez de ancho de banda" para la prestación de servicios adicionales y la falta de atractivo desde el punto de vista de posibilidades de desarrollo empresarial.

Tal fue el impacto de estos factores que los operadores analógicos de ámbito nacional perdieron interés por liderar el proceso de transición hacia la Televisión Digital Terrestre y no iniciaron sus emisiones sino hasta la fecha límite que tenían para ello, esto es abril de 2002⁵⁴, sin embargo como persistían las dificultades antes descritas simplemente se limitaron a reproducir la misma programación que en analógico pero ahora en digital, con el consecuente desincentivo para la comunidad de adquirir receptores digitales.

Nuevamente apelamos a que el éxito de la transición pasa porque los usuarios tengan incentivos suficientes para migrar ellos también a la televisión digital, única forma a través de la cual los canales podrán de una parte desplegar sus redes y de otra recuperar la inversión que supone el tránsito a la televisión digital.

La segunda alternativa implica que se dé un derecho de opción a los actuales operadores para efectos de la segunda concesión, ya sea a una segunda señal en *multiplex* o una nueva señal que comprenda un ancho de banda total, esto es 6 mb. Ello permitiría a los canales aprovechar todas las posibilidades de la televisión digital. Ahora, la duda que surge a este respecto es si simplemente a través de una norma transitoria se otorga "gratuitamente" los 6 mb necesarios para la transición o si se exige a los canales que para acceder a ellos deban renunciar a los derechos indefinidos de uso de espectro otorgados por concepto de concesiones de servicio de radiodifusión televisiva de libre recepción anteriores. Esta última opción contribuiría a que las concesiones que

en definitiva subsistan en el entorno digital sean de aquellas "normalizadas", esto es, que todas sean de carácter temporal, por el plazo de 25 años previstos en nuestra legislación.

En cualquiera de los dos casos la nueva concesión debiera ser por supuesto temporal, limitada a 25 años renovables.

IV. CONCLUSIONES

Ya hemos adelantado varias de nuestras opiniones sobre el tránsito a la televisión digital en Chile. Ahora, en estas líneas sólo queremos precisar algunas de nuestras percepciones sobre la urgencia de enfrentar esta problemática de manera integral.

En efecto, estimamos que la discusión de la inserción de la televisión digital en Chile es mucho más profunda y compleja que la sola definición del estándar de transmisión que se efectúa a través de resolución exenta de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, al amparo de las disposiciones previstas en el decreto supremo N°127, de 2006, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que aprueba el Plan General de Uso del Espectro Radioeléctrico, atendido que dicho plan reservó espectro para televisión digital en la mayoría de los estándares. Sólo falta en definitiva la atribución específica que se efectúa, según dijimos, a través de resolución exenta de la Subsecretaría del ramo.

Surge también que los intereses involucrados en esta discusión son muchos y muy disímiles, desde aquellos que surgen de los propios operadores del mercado televisivo, pasando por aquellos que inspiran a los operadores de los mercados conexos, como la producción de contenidos, e incluso los mercados de operación de medios de transmisión y de producción de equipamiento, hasta llegar a los intereses de los usuarios y los de la nación toda.

Estamos conscientes que la armonización de todos estos intereses no es una tarea fácil y tampoco está radicada en una sola autoridad, debiendo los órganos involucrados actuar coordinadamente, cumpliendo a cabalidad los principios establecidos en la Ley N.º 18.575 y en la Ley N.º 19.880.

Una última reflexión dice relación con la necesidad de realizar un desarrollo normativo armónico con la realidad tecnológica, teniendo presente que con independencia del servicio prestado, esto hoy en día se realiza a través de redes digitales. Esta evidencia, aparentemente trivial, no debe olvidarse al momento de analizar qué modificaciones debemos introducir en general a la normativa de telecomunicaciones para darle consistencia con la mayor eficiencia en el uso de las redes, de cara principalmente a hacer llegar los beneficios de la Sociedad de la Información a la población de nuestro país.

Es así como más allá de la consideración de nuestras propias propuestas y del levantamiento de las deficiencias del modelo advertidas, creemos que la discusión debe ser amplia, incorporando a la comunidad académica, los operadores de televisión, proveedores de equipos y redes, productores de contenidos y la comunidad en general, pero eficiente, es decir, con decisiones oportunas y efectivas para el desarrollo y evolución de nuestro país al entorno convergente, que nos brinda grandes oportunidades y desafíos en los distintos ámbitos del desenvolvimiento nacional.

Ese es, a nuestro juicio, el gran desafío que nos plantea este nuevo entorno convergente.

⁵³ Al respecto existe bastante literatura. A vía de ejemplo: COM(2003) 410 final Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa a los obstáculos que impiden un acceso generalizado a los nuevos servicios y aplicaciones de la sociedad de la información a través de plataformas abiertas en los ámbitos de la televisión digital y las comunicaciones móviles de tercera generación. Véase también a Fernando Sabés Turmo, "El fracaso de las plataformas de televisión digital terrestre en España, Gran Bretaña y Portugal. La indefinición del sector en el país luso", en Revista de Estudios de Comunicación N.º 21, Universidad del País Vasco, 2006, disponible en línea en <http://www.ehu.es/zer/zer21/zer21_7_sabes.pdf> [Consulta: 04.10.2007].

⁵⁴ Roberto SUAREZ CANDEL, La televisión pública como precursora de la implantación de la televisión digital terrestre: la situación en Catalunya. Editada por la Unidad de Investigación en Comunicación Audiovisual (UNICA) de la Universidad Pompeu Fabra y publicada en formato digital en <http://www.robertosuarez.es/cym/television/roberto_suarez_tdt_tvpublica.pdf> [Consulta: 02.10.2007].