

Regulación de las Telecomunicaciones en Chile: Potestades Normativas, Tradición Divergente y Desafíos de la Convergencia

Lucas Sierra*

Investigador del Centro de Estudios Públicos.
lsierra@cepchile.cl

Introducción

Este trabajo tiene por objeto desplegar la historia de la regulación de las telecomunicaciones en Chile. Para ello debemos remontarnos al año 1794, antes de la República. Ese año, la corona española dictó una Ordenanza de Correos, que siguió vigente hasta la década de 1850, varios años después de la Independencia. Este recuento comienza entonces en 1794; y termina en octubre del 2006, con un fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia sobre VoIP, es decir, sobre la transmisión de voz mediante Internet. Son, en definitiva, más de 200 años de historia regulatoria.

Esta larga historia se enfoca en dos puntos de vista. Uno tiene que ver con el fenómeno de la convergencia que la tecnología

digital plantea hoy a la regulación de las telecomunicaciones. La convergencia es el fenómeno según el cual diversos tipos o servicios de telecomunicaciones pueden prestarse mediante una misma forma y soporte tecnológico. Hasta ahora, los servicios de telecomunicaciones han tenido una forma y soporte tecnológicos propios, lo que ha implicado que cada cual tenga una regulación específica. De este modo, históricamente ha habido servicio de correos con una regulación de correos, servicio de telégrafos con una regulación de telégrafos, servicio de teléfonos y regulación telefónica, servicios de radiodifusión y su regulación específica, etc. Podría decirse, por tanto, que la regulación de telecomunicaciones se ha desarrollado bajo el fenómeno de la diver-

gencia. En importante medida, esto ha tenido que ver con el avance tecnológico, que forzaba a servicios separados. Es la tecnología digital la que ha permitido la convergencia entre ellos, pues, mediante esta, cualquier contenido simbólico (voz, imágenes, video, datos, etc.) puede ser traducido a un mismo código binario de 0 y 1. Y ésta es una tecnología relativamente reciente.¹

La historia que a continuación se despliega muestra que la convergencia plantea un desafío importante a nuestra regulación, pues desde sus inicios ésta ha tenido un carácter divergente, no convergente, distinguiendo entre diferentes servicios de telecomunicaciones y asignándoles a cada uno una forma regulatoria especial.

* Este trabajo da cuenta de una investigación que contó con el financiamiento de Telefónica Chile S.A., el que agradezco sinceramente. Esa empresa renunció a cualquier derecho a veto o revisión, por lo que el texto que aquí se presenta es de mi exclusiva autoría y responsabilidad. También agradezco a las muchas personas que me ayudaron durante la investigación. Los alumnos de los cursos que sobre ella di los años 2004, 2005 y 2006 en la Universidad de Chile, aportaron buenas preguntas e interesantes puntos de vista. Alejandro Montecinos me ayudó al principio de la investigación, Alex Galetovic fue siempre un interesante interlocutor y Lucas Mac-Clure detectó varias imprecisiones. Mención especial merece Pablo Fuenzalida, pues este trabajo no se habría hecho sin su enorme ayuda, entusiasmo y buenas ideas.

¹ Para una interesante reflexión sobre la convergencia y sus posibles efectos en la regulación de las telecomunicaciones, ver Neuchterlein y Weiser (2005: 23-30).

Con los años, esto ha venido urdiendo una verdadera inercia regulatoria hacia la divergencia, inercia que se refleja en la actual discusión sobre cómo regular VoIP.

El otro punto de vista para enfocar esta historia tiene que ver con el modo en que se han relacionado las telecomunicaciones y el sistema jurídico chileno. Esta relación está sintetizada en el concepto de “potestad normativa”. Una potestad normativa es el poder para crear, modificar o derogar normas jurídicas. Estas potestades son públicas y privadas. Las primeras son ejercidas por los órganos del Estado y se imponen a quienes deben obedecerlas. Las segundas son ejercidas por las personas naturales y jurídicas, en virtud de su libertad contractual. Éstas, por tanto, no se imponen, sino que se autoimponen, pues son consentidas. Este trabajo se ocupará de las potestades normativas públicas, en virtud de las cuales hoy se dictan normas constitucionales, legislativas, administrativas, autónomas y jurisdiccionales.

Aplicado a la regulación de las telecomunicaciones, el punto de vista de las potestades normativas públicas muestra la evolución de la actitud regulatoria del Estado frente a ellas. Así, en buena parte del siglo XIX, la potestad normativa protagónica fue la legislativa. Esto

parece coherente con la idea de República “liberal” que suele ser asignada a esa época, tiempo en que la ley definía el marco de una actividad y las personas sus relaciones al interior de este marco general. Durante buena parte del siglo XX, en cambio, la potestad normativa protagónica fue la administrativa. Esto fue el reflejo de un proceso de centralización regulatoria y de un Estado más interventor en la economía. Junto a este proceso de centralización, aumentó la discrecionalidad política en la regulación. A fines del siglo XX el esquema de potestades normativas comenzó a hacerse más complejo. Además de la posición relevante de la potestad administrativa y legislativa, ha adquirido creciente protagonismo la potestad jurisdiccional del órgano antimonopolios, y todo esto ha ido de la mano de una reducción de la discrecionalidad política en la regulación.

Estos dos puntos de vista –el carácter divergente de la regulación y la evolución de las potestades normativas en torno a ellas–, acompañan el largo viaje de la historia regulatoria que aquí se inicia. Mientras el carácter divergente es una constante a través de este relato, el esquema de potestades normativas se va alterando. Estos cambios sirven para marcar las partes en que se divide el texto que sigue. Cada una de estas partes, a su vez, está subdividida en diferentes secciones.

La primera parte (I) trata la época que se extiende hasta los años 1920, cuando prevalece la potestad legislativa. La segunda parte (II) abarca desde los años 1920 hasta 1982. Este período está caracterizado por el papel protagónico de la potestad administrativa del Gobierno central, por una actitud interventora y por una fuerte discrecionalidad política. La tercera parte (III) se refiere a los años que median entre 1982 y el presente. Aquí, el esquema de potestades normativas en torno a las telecomunicaciones se hace más complejo. Correlativamente, se reduce la actitud interventora del Estado y la discrecionalidad política en la regulación. Al final (IV) se avanzan algunas conclusiones.

Para terminar, un par de notas. La primera se refiere a la extensión que este trabajo da a la noción de telecomunicaciones. Es una noción amplia, que abarca tanto los medios de telecomunicaciones propiamente tales (correos, telégrafos, teléfonos, etc.), como los medios de comunicación electrónicos: radio y televisión. Esta extensión tiene un asidero histórico: desde la legislación de 1925, la radiodifusión (primero sonora, luego televisiva) ha sido objeto de la regulación de telecomunicaciones, lo que parece entendible, por el uso que la radiodifusión hace del espectro radioeléctrico. Esta atención a los medios de telecomunicaciones y

de comunicación electrónicos explica la menor atención que este trabajo presta al correo. En todo caso, las líneas que siguen se ocupan de los medios de telecomunicaciones y consideran a los medios de comunicación sólo “portadores” o carriers de contenido simbólico, es decir, como la infraestructura que utiliza la comunicación, sin atender a los contenidos transmitidos.

La segunda nota metodológica tiene que ver con las potestades normativas públicas que aquí se consideran. Como se señaló más arriba, una potestad normativa es un poder para dictar normas jurídicas. Una clasificación gruesa de las potestades normativas las divide en públicas y privadas. Las públicas son ejercidas por el Estado y sus órganos, y con ellas se dictan normas “verticales”. En tanto las privadas son las que ejercen las personas como agentes privados, con las cuales dictan entre ellas normas “horizontales”.

En el derecho chileno hoy existen cinco potestades normativas. Aunque con intensidades distintas, todas ellas configuran el marco regulatorio de las telecomunicaciones. Siguiendo un orden jerárquico, de mayor a menor jerarquía, estas potestades son:

- **Potestad constituyente** Mediante ella se dictan normas constitucionales, suelen lla-

marse la “Constitución”, las dictan el Congreso y el Gobierno. Excepcionalmente, puede participar también la ciudadanía a través de plebiscitos. Estas normas definen la forma del Estado, de régimen político y la forma de gobierno. También configuran todas las potestades normativas, y consagran las garantías individuales, lo cual es muy importante. Dos garantías están especialmente asociadas a las telecomunicaciones: de privacidad y la libertad de expresión, y esto ha sido una constante desde el Reglamento Constitucional de 1812. La privacidad ha estado asociada a los medios de telecomunicaciones. La libertad de expresión, a los medios de comunicación, los que, cuando son eléctricos, caen también dentro de la regulación de las telecomunicaciones. El cuadro que sigue más adelante muestra la forma en que la potestad constituyente ha consagrado las garantías de privacidad y libertad de expresión, desde 1812 a la fecha.

- **Potestad legislativa** Esta es una potestad que se ejerce de un modo más continuo que la constituyente, cuyo ejercicio es muy esporádico. Mediante el ejercicio de la potestad legislativa se dictan normas legislativas. Ejercen esta potestad el Congreso y el Gobierno, los que para

estos efectos se llaman colegisladores. Usualmente, las normas legislativas son denominadas “leyes”. Técnicamente, sin embargo, estas normas son de varios tipos: leyes interpretativas de la Constitución, leyes orgánicas-constitucionales, leyes de quórum calificado, leyes simples, decretos con fuerza de ley (DFL) y, en nuestra accidentada historia constitucional, hay también decretos-leyes (DL). Estos distintos tipos de “leyes” se diferencian entre sí por las materias que regulan, por el quórum que necesitan y por su procedimiento. Los decretos-leyes, sin embargo, son aquí un animal raro: son propios de los gobiernos de facto, cuando ya no es posible distinguir entre Congreso y Gobierno, pues se ha roto el esquema constitucional que los distingue. Hoy, la regulación de las telecomunicaciones está configurada por leyes de quórum calificado (como la que establece el Consejo Nacional de Televisión y el estatuto televisivo), leyes simples (como la Ley 18.168, General de Telecomunicaciones), DFL, como el DFL 1 de 1987, que modificó la Ley 18.168 en materias de fijación tarifaria; y DL, como el DL 1.762 de 1977, que creó la Subtel.

- **Potestad administrativa** Esta potestad es de un ejercicio aún más continuo que la legislativa. De hecho, en todo este esquema, es la que se ejerce de modo más cotidiano. Es propia del Gobierno central y de toda su estructura administrativa, mediante la cual se dictan normas administrativas. Estas son de varios tipos: decretos supremos, simples decretos, reglamentos e instrucciones. El marco regulatorio de las telecomunicaciones está configurado por una gran y cambiante masa de normas administrativas. Así, por ejemplo, las normas que otorgan concesiones de radiodifusión sonora o de servicios públicos de telecomunicaciones, son normas administrativas, así como los reglamentos que complementan la legislación de telecomunicaciones. También lo son los “planes fundamentales”, como el que regula el “encaminamiento telefónico” y otras normas “técnicas” al igual que los decretos tarifarios.
- **Potestad autónoma** Esta es una potestad que se incorporó a nuestro sistema con la Constitución de 1980. Es la que ejercen ciertos órganos que tienen consagración constitucional, y se denomina “autónoma” porque es autónoma del Gobierno central. Es decir, esta potestad

está “abajo” de la potestad legislativa, pero “al lado” de la potestad administrativa. La potestad autónoma y la administrativa –que se encuentran en el mismo nivel jerárquico– tienen ámbitos de competencia distintos. El Banco Central y el Consejo Nacional de Televisión son órganos que ejercen la potestad autónoma. Sobre las telecomunicaciones, esta potestad tiene un papel limitado, en manos del Consejo Nacional de Televisión: sólo respecto de la televisión (en forma amplia respecto de la radiodifusión televisiva, y limitada respecto de los servicios limitados de televisión, pues se restringe al control de contenidos, sin extenderse a los permisos que estos requieren, los cuales quedan exclusivamente en manos de la Subtel).

- **Potestad jurisdiccional** Se trata de la potestad normativa propia de los tribunales. Esta potestad es distinta de las anteriores, por varias razones. Por ejemplo, los órganos que ejercen las anteriores son generados, más o menos directamente, por el voto popular. En nuestro sistema, en cambio, los jueces, titulares de la potestad jurisdiccional, están deliberadamente aislados de las fluctuaciones electorales: no se eligen por medio del voto. Asimismo, al ejercerse, esas otras potesta-

des miran hacia “adelante”. Es decir, las normas que se dictan mediante su ejercicio están destinadas a regular desde la fecha de su entrada en vigencia hacia el futuro. Por otra parte, las demás potestades suelen ser más o menos abstractas, esto es, están dirigidas a regular “clases” de casos, sin referirse específicamente a un caso futuro. La potestad jurisdiccional, en cambio, parece mirar hacia “atrás” y ser más bien concreta. Ella está destinada a resolver conflictos de relevancia jurídica y un conflicto es por definición un hecho pasado. Además, los conflictos son casos específicos y tienen, por lo general, partes individualizadas. A éstas afecta, de modo individual, la potestad jurisdiccional. Esta potestad ha tenido un papel crecientemente importante en la regulación de las telecomunicaciones. La relevancia que, bajo la Ley 18.168, tiene el tribunal antimonopolios es una buena prueba de esto. Así, por ejemplo, el fallo pronunciado en octubre de 2006 por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia sobre VoIP.

Potestad constituyente, telecomunicaciones y medios de comunicación

Reglamento Constitucional Provisorio del Pueblo de Chile 1812

Derechos y garantías individuales XVI Se respetará el derecho que los ciudadanos tienen a la seguridad de sus personas, casa, efectos y papeles...XXIII La imprenta gozará de una libertad legal; y para que esta no degenere en licencia nociva a la Religión, costumbres y honor de los ciudadanos y del país; se prescribirán reglas por el Gobierno y Senado.

Constitución de 1828

Art. 16 Ninguna casa podrá ser allanada, sino en caso de resistencia a la autoridad legítima, y en virtud de mandato escrito de ella. Art. 18 Todo hombre puede publicar por la imprenta sus pensamientos y opiniones. Los abusos cometidos por este medio, serán juzgados en virtud de una ley particular y calificados por un tribunal de jurados. Art. 19 La ley declara inviolable toda correspondencia epistolar; nadie podrá interceptarla ni abrirla, sin hacerse reo de ataque a la seguridad personal.

Constitución de 1833

Art. 12 La Constitución asegura a todos los habitantes de la República:

7° La libertad de publicar sus opiniones por la imprenta, sin censura previa, y el derecho de no poder ser condenado por el abuso de esta libertad, sino en virtud de un juicio en que se califique previamente el abuso por jurados, y se siga y sentencie la causa con arreglo a la ley.

Art. 146 La casa de toda persona que habite el territorio chileno es un asilo inviolable, y sólo puede ser allanada por un motivo especial determinado por la ley, y en virtud de orden de autoridad competente. Art. 147 La correspondencia epistolar es inviolable. No podrán abrirse ni interceptarse, ni registrarse los papeles o efectos, sino en los casos expresamente señalados por la ley.

Constitución de 1925

Art. 10 La Constitución asegura a todos los habitantes de la República:

3° La libertad de emitir opinión, sin censura previa, sus opiniones, de palabra o por escrito, por medio de la prensa o en cualquier otra forma, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de esta libertad en la forma y casos determinados por la ley.

12° La inviolabilidad del hogar. La casa de toda persona que habite el territorio chileno sólo puede ser allanada por un motivo especial determinado por la ley, y en virtud de orden de autoridad competente.

13° La inviolabilidad de la correspondencia epistolar y telegráfica. No podrán abrirse, ni interceptarse, ni registrarse los papeles o efectos públicos, sino en los casos expresamente señalados por la ley.

Constitución de 1980

Art. 19 La Constitución asegura a todas las personas:

5°.- La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley.

12°.- La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado. La ley en ningún caso podrá establecer monopolio estatal sobre los medios de comunicación social. Toda persona natural o jurídica ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social, tiene derecho a que su declaración o rectificación sea gratuitamente difundida, en las condiciones que la ley determine, por el medio de comunicación social en que esa información hubiera sido emitida. Toda persona natural o jurídica tiene el derecho de fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos, en las condiciones que señale la ley. El Estado, aquellas universidades y demás personas o entidades que la ley determine, podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión. Habrá un Consejo Nacional de Televisión, autónomo y con personalidad jurídica, encargado de velar por el correcto funcionamiento de este medio de comunicación. Una ley de quórum calificado señalará la organización y demás funciones y atribuciones del referido Consejo. La ley regulará un sistema de calificación para la exhibición de la producción cinematográfica.

I. Desde el fin de la Colonia hasta 1920: el papel protagónico de la potestad legislativa

Como se adelantó, el principio de divergencia que ha reinado hasta estos días, y que se expresa en la regulación altamente diferenciada de distintos servicios de telecomunicaciones, tiene una historia tanto o más antigua que la república. El año 1852, bajo el gobierno de Manuel Montt, se dictan dos leyes sobre medios de comunicaciones: una regula correos y la otra, telégrafos. La Ley de las Cartas i de los Impresos fue dictada el 20 de octubre y la Ley sobre la Materia de Telégrafos el 10 de noviembre. Por primera vez el derecho trataba el telégrafo, pero el correo ya estaba regulado desde la Colonia.

I.1 La Ordenanza de Correos de los Borbones y las primeras normas republicanas

En 1794, la Corona española dictó una Ordenanza General de Correos, Postas, Caminos y demás Ramos agregados a la Superintendencia General. Tuvo por objeto ordenar una multitud de disposiciones normativas dictadas con anterioridad sobre estas materias, ya que Correos se había regulado a medida que el Imperio español se expandía.³ Ya en 1514, casi tres siglos antes de esta Ordenanza, la Corona había establecido el “Oficio del Correo Mayor de Indias”. Lo entregó en “merced a perpetuidad” al consejero real Lorenzo Galíndez de Carvajal, quien debía ejercerlo bajo la fiscalización de la Casa de Contratación.

Esta forma de administración, mediante la entrega del servicio a un particular y a su des-

pendencia, se prolongó durante los siglos XVI y XVII, hasta la llegada de los Borbones en el XVIII. Conocido es el efecto centralizador que esta llegada tuvo en la administración del Imperio. En 1746, una Ordenanza de Felipe V puso fin a ese mecanismo de merced para el correo, declarando el servicio monopolio de la Corona, lo que se hizo efectivo en 1772.⁴ La citada Ordenanza de 1794, dictada por Carlos IV, nieto de Felipe V, es la última norma real sobre correos que rige en Chile. Su aplicación sobrevivió la independencia y pervivió hasta la década de 1850. Ella fue promulgada para el territorio de Chile por el gobernador Ambrosio O’Higgins.

La Ordenanza crea una minuciosa organización vertical y

centralizada para el correo, dándole la forma de una típica institución borbónica: la superintendencia. A su cabeza (bajo el rey) había un superintendente al que se le entregaba la “dirección, gobierno y manejo total”, y una “jurisdicción civil y criminal omnímoda y privativa” (Título I, Capítulo I). Junto con establecer esta compleja estructura burocrática, la Ordenanza enfatizó el carácter monopolístico con que la Corona administraba el servicio de correos: “Ninguna persona particular de cualquiera calidad o condición que sea, sin excepción alguna, podrá conducir carta ni pliego fuera de valija...” (Título XX, Capítulo I). Se diseñó, además, un minucioso sistema de percepción y administración de los dineros asociados al servicio.

³ Sobre la relación entre monarquía y los correos, es interesante Thompson (1998: 69-114).

⁴ Todo esto en el contexto de una voluntad general de poner fin a las concesiones a particulares y a concentrar los servicios en las manos exclusivas de la Corona. Para un interesante estudio de la transformación administrativa de los Borbones, ver Véliz (1984).

Asimismo, la Ordenanza buscó proteger la privacidad de los mensajes transportados por el servicio: “Toda la correspondencia circulará en valijas bien acondicionadas y cerradas, cuyas llaves se custodiarán en las Estafetas por los Administradores sin tenerlas colgadas, ni de manifiesto en los Oficios, ni fiarlas por ningún caso ni motivo... para no exponer la fidelidad y el secreto que se debe guardar en la correspondencia...” (Título XII, Capítulo XV). La inviolabilidad de la correspondencia fue reforzada de varias maneras. Por ejemplo, permitiendo a los funcionarios el uso de armas: “Les será permitido en sus viajes de oficio el uso de toda clase de armas, aunque sea de las prohibidas... y cualquiera persona que matare ó hiriere, ó intentare matar o herir... a alguno de estos Correos ó Conductores... incurrirá en la pena de muerte alevosa...” (Título XI, Capítulo 18); o con la amenaza de severas sanciones: “Si el delito no fuese contra la persona del Correo, y sí únicamente contra el sagrado secreto que debe guardarse inviolablemente en los pliegos y cartas de mi servicio y del público... se le impondrá [al culpable] la pena de mil ducados, si fuese noble, con diez años de presidio; y si fuese plebeyo, se le castigará con doscientos azotes, y diez años de galeras” (Título XI, Capítulo 19).

Introdujo, además, una prohibición en cuanto al contenido del correo que, en lo grueso, se mantiene hasta el día de hoy: “Prohíbo generalmente (sin excepción de casos ni personas) se incluyan en los pliegos y cartas de la correspondencia, dinero, alhaja, ni otra cosa que no sea papeles... Igualmente prohíbo que en las valijas de la correspondencia se introduzcan ó lleven dinero, alhajas ú otros géneros extraños de la correspondencia... por ser ocasión y motivo de fraudes, robos y muertes” (Título XII, Capítulos 19 y 20).⁵

Esta era la regulación vigente al momento del movimiento independentista de 1810 y del arraigamiento de la república en 1817. Una norma dictada por Bernardo O’Higgins en 1819 tradujo al lenguaje republicano uno de los postulados básicos de la Ordenanza: el carácter monopólico y oficial con que se prestaba el servicio de correos (Dinamarca, 1997: 23). Y contra el horizonte normativo de la Ordenanza, en 1811, 1818, 1820 y 1824 se dictaron disposiciones ajustando las tarifas por el porte postal. Al respecto, es interesante tener presente que: “La Independencia de Chile no produjo efectos de gran trascendencia sobre el ordenamiento jurídico indiano que regía hasta entonces en la Gobernación chilena. Las transformaciones de las normas jurídicas, a partir de 1818 se refieren, fundamen-

talmente, al campo del Derecho político, manteniéndose en materia civil, comercial, penal y procesal, las normas indianas, hasta la fecha de promulgación de los respectivos Códigos. Las modificaciones anteriores a ellos son muy parciales y predomina el cambio de tipo formal” (Figueroa, 1982: 78).

Hasta que en 1852 llegó la primera norma republicana que se ocupó de una manera más sistemática de los correos. Se trata de la Ley de las Cartas i de los Impresos, que sólo definió un modelo para el cobro por la correspondencia, sin modificar la organización que Correos traía desde la Colonia. El modelo de cobro descansaba sobre un principio que todavía tiene vigencia: el porte lo paga el remitente mediante la compra de un “sello o estampa”. Hasta ese momento, el porte era pagado por el destinatario, cuestión problemática, pues no había certeza del pago hasta que el servicio se completaba con la recepción final de la correspondencia. Otros principios informaron ese nuevo modelo de cobro. Por ejemplo, impuso una tarifa para el porte nacional (dividido en terrestre o marítimo) y otra para el porte internacional. Esto, en lugar del cobro diferenciado y proporcional a la distancia recorrida por la correspondencia que se usaba hasta esa fecha. Este cambio facilitó el uso de correos, pues los usuarios sabían con

⁵ Agradezco la información sobre esta Ordenanza a Rodrigo Vallejo, quien hizo una investigación al respecto como alumno de mi curso en 2004.

claridad el costo de su envío; y facilitó su administración, pues redujo la burocracia que se ocupaba en el complicado cálculo del porte diferenciado (De la Fuente, 1899). La ley autorizó al Presidente de la República a expedir las estampillas y hubo una rebaja general del valor del porte, lo que ayudó a difundir el uso del correo. Por último, la ley estableció exenciones al pago de porte en la correspondencia oficial: “la oficial dirigida al Presidente de la República, a los Presidentes de ambas

Cámaras... a los Intendentes, Comandantes generales de Armas... la de los Reverendos obispos dentro de los límites de sus respectivas diócesis...” (Artículo 7). Las regulaciones de correos que siguieron a ésta también definieron exenciones, ampliando o restringiendo el conjunto de autoridades con este privilegio.

En 1854 se dio un nuevo paso institucional, al crearse el cargo de Director General de Correos, y en 1858 el Presidente Manuel

Montt vuelve a dar otro al dictar, en virtud de una ley especial que lo autorizaba, la Ordenanza General de Correos. Esta deroga expresamente lo que aún quedaba de la Ordenanza heredada de la Colonia y da a este medio de comunicación una regulación enteramente republicana. Antes de revisarla, sin embargo, es necesario volver a 1852 y la regulación del telégrafo, el otro medio de comunicación disponible en la época.

I.2 La primera Ley de Telégrafos

En noviembre de 1852 se dictó la “Ley sobre la materia de telégrafos.” Ese mismo año se había instalado el primer telégrafo en Chile, entre Valparaíso y Santiago. Se trató de una línea privada, otra iniciativa del activo empresario norteamericano William Wheelwright. Esta fue una ley interesante, no sólo por ser la primera regulación de un medio de comunicación eléctrico, sino que también por la actitud libertaria asumida por el Estado frente a la iniciativa particular. Para instalar y operar las líneas, los interesados sólo debían poner en conocimiento de la autoridad los nombres de sus empleados. Si no lo hacían, no arriesgaban más sanción que hacerse responsable por los abusos que sus empleados pudieran cometer en sus labo-

res de transmisión y recepción. Es decir, no existía aún un régimen de permisos o concesiones mediante el cual, como hoy, el Estado autorizara la instalación y provisión de un servicio de comunicaciones.

La legislación tenía otras preocupaciones propias de la época en que fue dictada. Manuel Montt había llegado al gobierno un año antes (1851) con varias provincias sublevadas y su tiempo estuvo marcado por una de las obsesiones que atravesaron parte importante del siglo XIX chileno: el orden. Esto está bien reflejado en la regulación de telégrafos. Su parqueo en materias de regulación económica contrasta con su abundancia regulatoria en caso de motín, asonada o rebelión.

Así, por ejemplo, prohibía a toda oficina telegráfica “Transmitir o tolerar que se trasmitan mensaje dirigidos a fomentar o favorecer el desorden; Dar aviso de la marcha que sigan los sucesos o tumulto, si no es a la autoridad o con asentimiento de ésta; Instruir del movimiento de fuerzas, o de las medidas tomadas para combatir el desorden i todo aviso, cuyo objeto sea frustrar las providencias tomadas para restablecer la tranquilidad interior, salvo con permiso de la autoridad, i dirigido siempre el aviso a la autoridad respectiva.” Otra norma dispone un mecanismo análogo al vigente en situaciones de excepción constitucional: “En casos de motín, rebelión, etc., el Gobierno podrá tomar el uso exclusivo del telégrafo abonando

do en este caso a la empresa una cantidad igual a la que correspondiese por día, atendida la entrada que hubiese tenido en los treinta días precedentes. Durante este tiempo podrán transmitirse avisos de particulares con consentimiento del Gobierno.”

Otra dimensión del esfuerzo de esta ley por preservar el orden político y el principio de autoridad, se nota en la preferencia que se establece a favor de las

autoridades estatales a la hora de la transmisión de los telegramas: “Toda oficina telegráfica deberá preferir para darles curso, los mensajes dirigidos al Gobierno, i los oficiales dirigidos de autoridad a autoridad, cuando esta preferencia se reclame. Las autoridades que tienen este derecho fuera del Gobierno son: los intendentes i gobernadores, los tribunales i juzgados para actos propios de su cargo, los jefes de un Ejército o división militar, o comandantes de

armas, y los comandantes y gobernadores marítimos.” Este orden de preferencia a favor de las autoridades del Estado se mantendrá, con leves diferencias, en sucesivas legislaciones sobre correos y telégrafos. Además, esta ley de 1852 tipificó diversas conductas que pudieran ocasionar daños a las instalaciones de telégrafos o interrumpir su funcionamiento. Varias de ellas pasaron luego al Código Penal de 1874.

I.3 La regulación republicana de correos

En Valparaíso, en febrero de 1858, el Presidente Montt dictó la Ordenanza General de Correos, después de haber sido expresamente autorizado por una ley de fines de 1857. Esta norma terminó por derogar la Ordenanza borbónica que en parte pervivía desde los tiempos del Gobernador O’Higgins. Los correos quedaron sometidos, en consecuencia, a una regulación enteramente republicana. No obstante, esta regulación heredó muchas de las nociones y mecanismos que contemplaba la regulación colonial. Por lo pronto, reprodujo su carácter detallista y minucioso. Por ejemplo, se esmeraba en definiciones: “Buzón: caja proporcionada con llave segura, embutida o adherida de un modo firme a la parte exterior del edificio. Tendrá la palabra

Buzón, su número correspondiente i la hora en que se ocurre a sacar su contenido, para marchar por el correo inmediato.” O en la forma en que debía hacerse el transporte: “El transporte de la correspondencia se hará siempre por los caminos públicos y más directos entre dos oficinas de correos.”

Además, esta ordenanza fue pionera en ciertas dimensiones institucionales que se proyectaron históricamente en la regulación de telecomunicaciones. Por ejemplo, la ordenanza estableció un “servicio” de correos y creó en torno a él toda una estructura burocrático-fiscal. También se incluyó el servicio de telégrafos, el que iba a convivir con los servicios de telégrafos prestados por particulares, en especial durante lo que resta-

ba del siglo XIX. Sin embargo, la ordenanza insinuó lo que sólo se iría agudizando con los años: el carácter monopólico con que el Estado asumió para sí el servicio de correos.⁶ Por otra parte, y prefigurando una transformación que comenzó a notarse en el cambio de siglo y se agudizó durante el siglo XX, la ordenanza dio a la estructura del servicio de correos un diseño centralizado, a cuya cabeza estaba el Presidente de la República. Y, tal como fue el caso de la regulación de telecomunicaciones hasta el año 1977, en que se creó la Subtel, el servicio de correos fue puesto bajo la dependencia del Ministerio de Interior. Esto es, en el nervio político del Gobierno.

6 La conducción de correspondencia por agentes distintos al servicio estatal fue considerada excepcional: “Art. 128. Puede conducirse libremente por particulares: 1° Toda correspondencia exenta de porte; 2° La franqueada o con estampas correspondientes a su porte adheridas a ella, debiendo hacerse inutilizar en la oficina de correos por el que la dirige; 3° Los diarios i demas impresos; 4° La correspondencia que jirare entre puntos en que no haya correos establecidos.”

Durante lo que restaba del siglo XIX, sin embargo, ese carácter monopólico y centralizado adoptado tan tempranamente por el servicio de correos fue algo relativo. En paralelo a él, el telégrafo comenzó a extenderse por iniciativa privada. Con la ayuda del Estado, claro, por medio de subsidios y exenciones arancelarias; pero el impulso y la operación fueron privados. Además del telégrafo, éste también fue el caso de la telefonía, que llegó a Chile en 1879.

La forma regulatoria que se dio a esta iniciativa privada fue legislativa: distintas leyes que otorgaban ciertos subsidios o privilegios a algún particular. Así, por ejemplo, la “Ley sobre subvención concedida a los señores Clark y Cía., empresarios de un telégrafo eléctrico entre Valparaíso, Santiago y Buenos Aires” (1871); La “Ley que libera de derechos de internación de materiales y aparatos para su construcción respecto a la línea telegráfica de Caldera a

Lota” (1873), en beneficio de Enrique López Vargas, a quien se le permitió, además, instalar en terrenos fiscales los postes de su línea; la “Ley que declara la liberación de derechos de internación de los objetos que se indican” (1889), entre los que se contaban aparatos telefónicos, aisladores, postes, etc.; y la “Ley que dispensa el pago de diez mil pesos de derechos de internación a la Sociedad Nacional de Teléfonos” (1890).

I.4 El teléfono, Balmaceda y la primera regulación sistemática de las telecomunicaciones

Mientras tanto, José Manuel Balmaceda asumió la presidencia en 1886. Por diversas razones, algunas probablemente asociadas a su personalidad y al engrosamiento de las arcas fiscales que siguió a la Guerra del Pacífico, su gobierno ha sido considerado “realizador”. Bajo su mandato, el Estado se embarcó en la dotación de infraestructura, como caminos, ferrocarriles y puentes. En enero de 1888, Balmaceda impulsó una ley que creó la “Dirección de Obras Públicas”, como la oficina encargada de estudiar, ejecutar y vigilar todos los trabajos públicos emprendidos por el Gobierno o por particulares por cuenta del Estado. Una de sus secciones estuvo dedicada a “ferrocarriles y telégrafos en estudio o construcción.”

A partir de ese Gobierno empezó a operar un profundo cambio en el carácter de la regulación de las telecomunicaciones. Hasta ese momento, ella tuvo un carácter mixto manifestado, por una parte, en la regulación de correos, centralizada en torno a la autoridad administrativa; y por otra, en la regulación de telégrafos y teléfonos, descentralizada, frondosa, abierta a la iniciativa privada y materializada en leyes, no en normas administrativas. Podría decirse que, hasta esa época, la potestad normativa más intensamente usada respecto de las telecomunicaciones fue la legislativa. El propio Presidente Balmaceda había reconocido el papel protagónico de la ley, al sugerir que ésta se requería para otorgar concesiones y

permisos. Así, “en el Mensaje Presidencial de 1° de junio de 1887, de apertura del Congreso, el Presidente Balmaceda afirmó: ‘Estimo indispensable una ley que autorice al Presidente de la República y al Consejo de Estado para otorgar permisos a los particulares que se propongan construir ferrocarriles, telégrafos y teléfonos. La tramitación de toda ley especial en el Congreso y para estos efectos, es lenta y ocasionada a inferir verdaderos agravios al legítimo interés particular. Es preferible una ley general, en la cual se fijen reglas comunes y se dispensen concesiones y facilidades iguales a las empresas o particulares que deseen incrementar la viabilidad pública y la comunicación telegráfica” (Montt, 2004: 75).

Así, lenta, pero inexorablemente, el quicio de la regulación comenzó a desplazarse desde la potestad legislativa hacia la administrativa, reflejando, al mismo tiempo, el creciente conflicto entre la Presidencia y el Congreso. No se trata de que la potestad legislativa haya desaparecido para las telecomunicaciones. Por el contrario, se siguieron dictando leyes para regularlas, las cuales definieron el ámbito de competencia de la autoridad administrativa. Lo que ocurrió –y en gran medida sigue ocurriendo hoy– fue que se desplazó la fuerza de la regulación a la potestad administrativa: ésta comenzó a tomar, cotidianamente, muchas y distintas decisiones.

Un primer signo de este cambio fue el “Decreto sobre líneas telegráficas, telefónicas y cable sub-marino”, dictado por Balmaceda en septiembre de 1888. Esta es la primera norma que pretendió regular de un modo general y sistemático las telecomunicaciones en Chile. No se refirió al correo, pues éste siempre tuvo una regulación propia, paralela a la de los demás medios de comunicación; pero sí se refirió a los otros medios de telecomunicaciones disponibles en la época, todos eléctricos y alámbricos.⁷

Además de ser la primera norma más sistemática y tener un carácter administrativo,

no legislativo, esta norma es también interesante ya que es posible percibir en ella ciertas características que serían luego patentes en la regulación. Por ejemplo, prefiguró el régimen de permisos y concesiones que en materia de telecomunicaciones operó hasta la década de 1980. A diferencia de la legislación vigente desde 1852, que para instalar un telégrafo exigía comunicar a la “autoridad superior del lugar de la oficina” los nombres de los empleados, esta norma, a objeto de “tender telégrafos, teléfonos ó cables sub-marinos”, exigió “elevar” al “Presidente de la República” una “representación”, y acompañar detallados “anexos” con planos, plazos y otras informaciones. Exigió a los solicitantes, además, “una garantía que no excederá de cincuenta pesos por kilómetro lineal”. Como la legislación anterior, dio acceso a los terrenos fiscales para tender las líneas y estableció un derecho de acceso preferente a los mensajes oficiales “si se interrumpieren las líneas del Estado.” Si bien dio acceso a los terrenos fiscales, la norma se preocupó de no dar acceso a la red fiscal: “En ningún caso podrán usarse los postes del Estado para tender líneas telegráficas.”

Este decreto de 1888 continuó también con el principio de libertad tarifaria que, con la excepción de correos, prevalecía

a la fecha: “Las empresas fijarán las tarifas á que haya de sujetarse la correspondencia que transmitan.” Esta norma, además, estableció el derecho del Estado a comprar la línea y el negocio después de los diez años “de entregada al servicio público.” El precio se fijaba “á justa tasación de dos peritos, nombrados, uno por el Ministerio del Interior, y por el interesado el otro”. Por último, y esto es especialmente importante, esta primera regulación más sistemática concibió las telecomunicaciones divididas en distintos servicios: telegráfico, telefónico y de cable submarino; en perfecta coherencia con las distintas formas tecnológicas que ellos usaban. Tanta es la relación entre esta forma tecnológica y el tipo de servicio que el decreto habla de “líneas” telegráficas, telefónicas y de cable submarino. Esta forma de concebir las telecomunicaciones, propia de un mundo de divergencia tecnológica, acompaña a la regulación hasta el día de hoy.

El decreto de 1888 se refería al teléfono, que ya existía por aproximadamente 10 años en Chile. Alrededor de 1878 se tenían noticias en Valparaíso de esta invención que podía transmitir electrónicamente la voz humana. En 1879, el norteamericano Joseph Dottin Husbands, vecindado en ese puerto, obtuvo de Thomas Alva

7 El cable submarino era telegrafía submarina. Esta forma de telegrafía imponía una necesidad tecnológica adicional: el cable debía estar aislado. No es raro, por tanto, que una compañía relevante que fabricaba y tendía estos cables en la época fuera la inglesa The India Rubber, Gutta-Percha, and Telegraph Works Company Limited. El caucho y la gutapercha son, precisamente, elementos aislantes.

Edison una central telefónica con seis aparatos conectados a ella. En 1880, el Presidente Pinto le entregó a Husbands la primera concesión telefónica y, pocos días después, se hizo la primera comunicación telefónica de larga distancia entre Valparaíso y Santiago, para la que se usó la línea telegráfica que existía entre el puerto y la capital. El mismo año 1880 se constituyó la “Compañía Chilena de Teléfonos de Edison”, el antecedente más remoto de la actual “Telefónica CTC Chile”⁸. Esta cronología de primeros sucesos en torno al teléfono en Chile es bastante notable si se tiene en cuenta la velocidad de las comunicaciones en la época: hubo teléfono en Chile muy poco tiempo después de que en 1876 fuera inventado en Estados Unidos como resultado del esfuerzo por mejorar la telegrafía.

“Compañía Chilena de Teléfonos de Edison” experimentó una serie de cambios societarios en los años que siguieron a su fundación en 1880. Entre 1883 y 1884 fue reemplazada por la norteamericana The West Coast Telephone Company, en manos de la cual la telefonía experimentó cierta expansión a ciudades como, por ejemplo, Concepción, Penco y Tomé. En 1889 fue reemplazada por The Chili Telephone Company, una sociedad con capitales ingleses que a los tres años de haberse instalado, el 13 de julio de 1892, firmó un “convenio” con el ministro del Interior Ramón Barros Luco. Mediante este acuerdo, el Gobierno se obligó a “usar

en todas las oficinas de su dependencia... los teléfonos de la “Chili Telephone Company Limited”, con exclusión de los que puedan instalarse por otras compañías o personas”.

Por otro lado, es posible percibir en el convenio algunos primeros indicios de dos cuestiones que luego constituirían parte fundamental de la noción de “servicio público” asociada a las telecomunicaciones: una cierta calidad de servicio garantizada y un prototipo de regulación tarifaria. Decía su cláusula 3.: “La Chili Telephone Company se obliga a hacer el servicio en condiciones enteramente satisfactorias i por los precios actualmente establecidos”. Respecto de los precios, sin embargo, introdujo acto seguido una regla de variabilidad de acuerdo al tipo de cambio: “No obstante, si durante la vigencia de este contrato el tipo internacional llegare a treinta i dos peniques, los precios aludidos se rebajarán en una cuarta parte de su monto mientras el cambio permanezca a ese tipo o a un cambio superior; y si el cambio alcanzare a treinta y seis peniques, los precios primitivos se descontarán en una tercera parte de su monto”.

Este convenio entre el gobierno y la antecesora de la compañía de teléfonos más grande hoy en Chile es interesante, pues inició una tendencia regulatoria que, con intensidades distintas, se extiende hasta la actualidad. Esta tendencia se ha caracterizado por la existencia de una regulación específica

para este operador, y por un cierto paralelismo entre ella y la regulación general a que son sometidos los demás operadores. Recordemos que a la fecha del convenio, 1892, estaba vigente el “Decreto sobre líneas telegráficas, telefónicas y cable sub-marino” de 1888. Esta establecía reglas generales sobre la telefonía, que podrían haberse aplicado perfectamente a The Chili Telephone Company, que a la fecha ya era la compañía telefónica más grande de Chile, sin necesidad de convenio alguno con el gobierno. Pero no fue así y entre las dos partes se estableció una relación especial que se prolongaría en la historia. Esta relación tendría como prestaciones recíprocas alguna forma de monopolio concedido por el Estado, a cambio de ciertas obligaciones que, en términos de tarifas, calidad de servicio y niveles de inversión, asumió la compañía.

En algún sentido, esta regulación específica para el principal operador telefónico ha intensificado el carácter divergente que ha distinguido históricamente a nuestra regulación de telecomunicaciones. Esto, pues la regulación no sólo ha separado cada servicio para tratarlo, sino que, además, ha distinguido a un particular proveedor de uno de esos servicios, para regularlo en particular.

El convenio de 1892, asimismo, reveló otra característica que se proyectó en la historia: el relativamente importante peso político de la principal compañía de teléfonos. La obtención de este

8 Para los inicios de la telefonía en Chile ver Donoso (2000).

acuerdo especial con el Estado por parte de The Chili Telephone Company dio inicio a una historia de influencia que, con

distintas caras, esa compañía y sus sucesoras han sido capaces de ejercer sobre el aparato público. Esta influencia se mostró

con claridad en la formación de la Ley 1.665 de 1904 y, con distintas intensidades, se ha seguido mostrando después.

I.5 Cambio de siglo: el éter y el inicio de una mayor centralización administrativa

El siglo XX significó importantes cambios para las telecomunicaciones. Estos cambios fueron tecnológicos y regulatorios. Entre los primeros, el nuevo siglo trajo a Chile la comunicación inalámbrica. Entre los segundos, a partir de la década de 1920 se comenzó a desarrollar una nueva lógica regulatoria, centrada en el Gobierno y en su potestad administrativa. Si en el siglo XIX la autoridad legislativa jugó un intenso papel a la hora de regular las telecomunicaciones, a partir de los años 1920 este rol se concentró en la administración.

Este fenómeno de centralización administrativa afectó no sólo a las telecomunicaciones, sino que también a prácticamente todos los sectores de la economía. Sólo a partir de las reformas impulsadas tras 1973, y en el caso particular de las telecomunicaciones con las reformas legislativas de los años 1977, 1982 y 1987, este fenómeno de centralización administrativa ha perdido alguna fuerza en favor de un sistema más complejo de potestades normativas. Lo que permaneció inalterable durante este proce-

so, sin embargo, fue el carácter divergente de la regulación de telecomunicaciones, que se fue profundizando con cada nueva decisión frente al desarrollo tecnológico, que iba ampliando la posibilidad de ofrecer nuevos “servicios”.

Sin duda, la telecomunicación inalámbrica fue un acontecimiento fundamental en ese desarrollo tecnológico. La posibilidad de usar el espectro radioeléctrico para transmitir mensajes fue desarrollada en Europa durante la década de 1890. Primero en Italia y luego en Inglaterra, Guglielmo Marconi experimentó con los primeros mensajes radioeléctricos. En 1901 logró una proeza: transmitir desde Inglaterra a Terranova, sobre 3.400 kilómetros de mar Atlántico. Pocos años después, en 1904, hubo comunicación inalámbrica en Chile, entre dos cruceros de la Armada que navegaban cerca de Juan Fernández.⁹

La posibilidad tecnológica de usar el espectro radioeléctrico para comunicarse tuvo un efecto importante en nuestra regulación de telecomunica-

ciones. Conforme a su carácter divergente, la regulación se aproximó a esta nueva tecnología concibiéndola como un “servicio” determinado. Primero lo hizo como una variante del servicio telegráfico, “radiotelegrafía” la llamó, es decir, un telégrafo sin hilos. Así, por ejemplo, una ley de 1914 aprobó para Chile la Convención Radiotelegráfica Internacional, y otra de 1918 autorizó al Presidente Sanfuentes a expropiar tierras en Pargua para instalar “una estación inalámbrica que haga el servicio telegráfico entre el Continente i la Isla de Chiloé.” Después, a partir de 1925, la regulación comenzó a hablar de servicios de “radiocomunicación.” Antes de esto, sin embargo, cuando recién tenían lugar las primeras transmisiones entre buques de la Armada y la regulación todavía no se ocupaba del éter, hubo un significativo cambio regulatorio en materia de telecomunicaciones: la Ley 1.665 de 1904.

⁹ Ver http://www.armada.cl/site/tradicion_historia/historia/efemerides/nov.htm

I.6 La Ley 1.665 de 1904. Instalaciones eléctricas en la República. Se fijan prescripciones para la concesión de permisos y para hacer las instalaciones. La segunda regulación sistemática de las telecomunicaciones.

Esta ley fue la primera norma de carácter legislativo que buscó regular de modo general y sistemático las telecomunicaciones. Como se vio, la primera norma con este objetivo fue el Decreto de Balmaceda de 1888, pero ella fue una norma administrativa, no legislativa. A partir de esta Ley 1.665 de 1904 hasta hoy, las regulaciones generales y sistemáticas de las telecomunicaciones han sido siempre legislativas. Asimismo, el título de esta ley, sobre “Instalaciones eléctricas”, refleja de una forma más explícita que el Decreto de 1888 ese carácter general y sistemático. Por otra parte, con esta ley se inauguró una lógica que pervivió casi 80 años, hasta 1982: la regulación conjunta de los servicios de telecomunicaciones y de los servicios eléctricos.

El proceso de centralización administrativa que se desarrolló a partir de la década de 1920 tuvo en esta ley un preámbulo. El Decreto de 1888 de Balmaceda había dado a la Presidencia un papel protagónico respecto de la regulación. Tras la guerra civil que puso fin a su gobierno, éste decreto parece haber perdido fuerza, y fueron las municipalidades las que empezaron a autorizar la instalación de servicios de telecomunicaciones. La Ley 1.665 de 1904 nuevamente concentró esta facultad en el Gobierno central, en términos aún más cen-

tralistas que el Decreto del Presidente Balmaceda. Esto, pues el Presidente de la República no sólo fue autorizado a conceder los permisos, sino que también se le encargó “la vigilancia de las empresas”. Por último, y prefigurando la lógica regulatoria que iba a campear durante el siglo XX, la ley encargó al Presidente dictar “los reglamentos en que se determinen las condiciones a que deben sujetarse la instalación y funcionamiento de los servicios...” Así, como seguiría ocurriendo después, la ley hizo descansar el peso de la regulación de telecomunicaciones en la potestad administrativa.

El Presidente Germán Riesco envió el proyecto de esta ley al Congreso en octubre de 1901. Una de las motivaciones principales del proyecto fue la preocupación por la amenaza a la seguridad de los ciudadanos que se derivaba de la existencia de líneas eléctricas sobre la superficie y, especialmente, su coexistencia con las líneas de los tranvías. El proyecto buscaba, por tanto, la canalización subterránea de las líneas en las ciudades. Además, el proyecto enunciaba una crítica a la regulación vigente en cuanto encomendaba a las municipalidades la autorización de los servicios y su regulación posterior. Dos eran las razones para esta crítica: una “falta de unidad” que impedía “el correcto desarrollo” de la

industria y la falta de capacidad para ejercer el “control rápido y a la vez técnico” que las empresas eléctricas requerían. Por esto, el proyecto buscó concentrar la regulación en el Gobierno central.

Este esfuerzo por centralizar (o recentralizar, si pensamos en el intento de Balmaceda en 1888), fue resistido en el Congreso. Había razones políticas profundas para hacerlo. Tras la guerra civil, el derrotado Gobierno de Balmaceda, con su presidencialismo fuerte, se hizo acreedor de una mala prensa, la que le dio una imagen contraria a las libertades civiles. De hecho, una de las reformas inmediatas que impulsó el bando victorioso a fines de 1891 fue la “Ley de Comuna Autónoma”. Esta tuvo un patente sentido descentralizador, el mismo que intentaba revertir el proyecto de la Ley 1.665.

En 1903, cuando la Cámara ya se había pronunciado y el proyecto estaba en el Senado, la principal compañía de teléfonos de la época, la Chili Telephone Company, hizo llegar a este último un “memorandum” con sus observaciones. Fue una gestión exitosa, pues fueron recogidas en el texto de la ley. A la compañía le preocupaba el plazo dado para canalizar sus líneas y la extensión geográfica en que esto debía hacerse. El proyecto del Gobierno daba tres años y la Cá-

mara aprobó dos. La compañía, además, criticó el plazo dado a los permisos. El proyecto aprobado por la Cámara contemplaba un plazo de 10 años. Propuso que para las líneas subterráneas, el plazo fuera de 25 años. El texto definitivo de la ley estableció un plazo doble: 10 años para las líneas aéreas y 20 para las subterráneas. Por último, el proyecto de la Cámara ordenaba la canalización en el plazo de dos años de las líneas ubicadas en los “recintos urbanos”. La compañía no quería semejante extensión, sino limitar el trabajo de canalización a ciertas áreas, más bien centrales, de Santiago; y quería, con buen criterio, que se esperaran las obras de alcantarillado proyectadas para el centro de la capital. Al final, la ley dispuso que el Presidente de la República determinara vía reglamento la extensión urbana a canalizar, cosa que se hizo progresivamente y no antes de 1908, año en que se terminaron los trabajos de alcantarillado.¹⁰

El efecto centralizador de la Ley 1.665 fue luego refrendado por la Corte Suprema. En un fallo de 1917 sostuvo: “Desde el 4 de agosto de 1904, día en que se dictó la ley N° 1.665, sobre Servicios Eléctricos, hasta la fecha, se ha dispuesto que toda concesión de permisos para la instalación de Empresas Eléctricas destinadas al servicio público y toda autorización para ocupar lo bienes nacionales o fiscales con líneas eléctricas de cualquiera especie, corresponden al Presidente de la República y, por lo mismo, los municipios carecen desde

entonces de autoridad en tales materias.”¹¹

Tras la Ley 1.665 de 1904 se dictaron varias normas sobre telecomunicaciones. Por ejemplo, algunas se refieren al telégrafo del Estado y, por lo general, son autorizaciones para invertir recursos fiscales (Leyes 1.895, 2.298, 2.992 y 3.217). Otras leyes se refieren a Correos, autorizando inversiones (por ejemplo, la Ley 3.193) o estableciendo un nuevo diseño institucional, como la Ley 3.619 de 1920, que hizo depender de una “Dirección Jeneral única”, ubicada en el Ministerio del Interior, los servicios de correos, telégrafos y teléfonos. Otras leyes continuaron reflejando el carácter “internacionalizado” que, desde antiguo, acompaña a las telecomunicaciones. Así, por ejemplo, la Ley 1.904 aprobó en 1907 la “Convención Telegráfica entre los Gobiernos de Chile y Bolivia”. Otras leyes, en fin, comenzaron a hacerse cargo del avance tecnológico que por la época llegó a Chile: las telecomunicaciones inalámbricas.

Como vimos, la primera comunicación en Chile a través del espectro radioeléctrico se registró en 1904 entre dos buques de la Armada en alta mar. La Ley 1.665, dictada ese mismo año, no alcanzó a contemplar esta tecnología. Sólo varios años después la legislación empezó a referirse a ella. Por ejemplo, la Ley 2.891 aprobó en 1914 la “Convención Radiotelegráfica Internacional”. Esta buscó establecer formas universales de compatibilidad y un piso mínimo obligatorio respec-

to de las tecnologías utilizables. Esto, para facilitar esa compatibilidad y para evitar, con buen criterio, la necesidad de “casarse” con una tecnología específica. Los dos tipos de “estaciones radiotelegráficas” definidos por esta convención mostraban cuán vinculada estuvo en su origen la comunicación inalámbrica al mar. Había estaciones “costeras”: “Toda estación radiotelegráfica establecida en tierra firme o a bordo de un buque fondeado de modo permanente, y utilizada para el cambio de la correspondencia con los buques en la mar”. Y también estaciones “de buque”: “Toda estación radiotelegráfica instalada en un buque que no esté fijo”. Los telegrafistas de estas estaciones debían poseer “un certificado otorgado por el Gobierno del cual dependía el buque.” Cuatro años después, en octubre de 1918, la Ley 3.417 autorizó al Presidente Sanfuentes a expropiar “hasta ocho hectáreas” en Pargua, para “la estación inalámbrica que hace el servicio teleográfico entre el Continente y la Isla de Chilóé”.

Corto tiempo después, el 19 de agosto de 1922, tuvo lugar la primera emisión radial en Chile. La emisión fue hecha en la Universidad de Chile y captada por un receptor instalado ante un grupo numeroso de personas en el edificio que tenía el diario El Mercurio en Morandé con Compañía.¹² Desde 1925 en adelante, el espectro radioeléctrico pasó a ser una materia ineludible para la regulación.

10 Este “memorandum” está consignado en la sesión del Senado celebrada el 27 de octubre de 1903. Agradezco la información sobre el trámite que condujo a la Ley 1.665 a Aníbal Pérez, quien hizo una investigación al respecto como alumno de mi curso en 2004.

11 Corte Suprema, 31 diciembre 1917, R., t. 15, sec. 1°, p. 359. Varios años después, en 1934, otro fallo de la Corte Suprema siguió este mismo razonamiento. Fallo de 23 de mayo de 1934, G. 1934, 1er semestre, N° 23 p. 170, R., t. 31, sec. 1°, p. 405.

12 Sobre la radio en Chile, véase Morel, Zegers, y Vicuña (1974), Lasagni, Edwards, y Bonnefoy (1988).

II. Desde los años 1920 hasta 1982: el papel protagónico de la potestad administrativa

Como se sabe, los años 1920 fueron en Chile política y socialmente intensos. La progresiva toma de conciencia acerca de la “cuestión social”, la decadencia de la industria salitrera, la sensación de ineficacia asociada a la peculiar forma de parlamentarismo que se impuso tras la Guerra Civil de 1891, la figura de Arturo Alessandri y su carisma frente a las masas; todo esto refleja la presión política y social que venía subiendo, presión que se liberó en la secuencia de exabruptos institucionales iniciada con el “ruido de sables” del 2 de Septiembre de 1924, y terminada con la segunda llegada de Alessandri al poder en 1932.

El historiador Mario Góngora ofrece una interesante interpretación acerca de la lógica que subyacía a la reacción de la política y del Estado frente a esa presión en alza:

“Era necesario incorporar efectivamente al proletariado dentro del Estado, rescatarlo del socia-

lismo revolucionario, o del anarquismo, mediante una legislación social lo más completa posible, un tipo moderado de socialismo de Estado; la evolución que tarda lleva a la revolución, era uno de sus pensamientos favoritos [de Alessandri]. En el fondo, pues, el socialismo de Estado que representaron Alessandri y después Ibáñez es un recurso conservador –a la alemana, como en tiempos de Bismarck- contra la revolución social” (1994: 130-1). Con alguna intensidad, la regulación de telecomunicaciones reflejó este problema fundamental.

Tras el “ruido de sables”, Alessandri se vio obligado a salir del país rumbo al exilio. Lo sucedió una Junta militar de Gobierno que se constituyó el 11 de septiembre de 1924 y fue integrada por el general Luis Altamirano, el almirante Francisco Nef y el general Juan Bennett. Esta Junta no duró mucho: el 23 de enero de 1925 fue derrocada por otra Junta militar, esta vez integrada por el general Pedro Pablo Dart-

nell, el almirante Carlos Ward y Emilio Bello Codesido, un civil. En el estratégico cargo de ministro de Guerra fue nombrado Carlos Ibáñez, figura que pocos años después sería muy importante en la regulación de las telecomunicaciones.

Esta segunda Junta también llamó de vuelta a Alessandri, quien reasumió el poder a fines de marzo de 1925 y convocó una Gran Comisión Consultiva para la redacción de un nuevo texto constitucional: la Constitución de 1925. Pero antes de su regreso, el 18 de febrero de 1925, la Junta dictó una norma que es importante en esta historia regulatoria, pues es, en varios sentidos, antecedente del marco regulatorio que hoy rige a las telecomunicaciones. Se trata del Decreto Ley (DL) 252, Sobre instalaciones eléctricas y crea la Dirección de estos servicios con la planta de empleados y sueldos que se indican.

II.1 El DL 252 de 1925, sobre instalaciones eléctricas y crea la Dirección de estos servicios con la planta de empleados y sueldos que se indican. La tercera regulación sistemática de las telecomunicaciones

Este DL fue el tercer hito normativo en la historia de esta regulación: el primero fue el Decreto de Balmaceda de 1888 y el segundo la Ley 1.665 de 1904. A semejanza de esta última y a diferencia del primero, el DL 252 de 1925 fue una norma de carácter legislativo. Pero este carácter es especial, pues es mixto: mezcla de administrativo y de legislativo. Esto, claro, se deriva del carácter de facto del órgano que lo dictó, el cual adquirió su poder de un quiebre institucional. Estos quiebres no han sido raros en nuestra historia y tampoco en la regulación de las telecomunicaciones. De hecho, como se verá más adelante, el diseño que tiene hoy el regulador proviene de un DL dictado en 1977.¹³

Como la Ley 1.665, este DL se refirió a las “instalaciones eléctricas”, y también reguló conjuntamente servicios eléctricos y de telecomunicaciones. Pero a diferencia de esas normas anteriores, el DL reguló estos ser-

¹³ Para una reflexión sobre los DL y la forma en que cabe entenderlos dentro del esquema de potestades normativas del derecho chileno, véase Bascuñán (1998).

vicios con harta mayor extensión y complejidad, estableciendo, además, una estructura orgánica dedicada especialmente a ellos. Por esto puede ser entendido como el antecedente más directo de la regulación vigente hoy. La estructura del DL 252 de 1925 se componía de los siguientes títulos:

- I. Disposiciones generales.
- II. De las concesiones.
- III. De las servidumbres.
- IV. Gravámenes de las empresas.
- V. Explotación de los servicios eléctricos.
- VI. De la supervigilancia del Estado.
- VII. Del Fondo de Servicios Eléctricos.
- VIII. Disposiciones Penales.
- IX. Disposiciones diversas.

Por primera vez hay tanto detalle regulatorio sobre las telecomunicaciones, del cual se destacarán aquí algunos puntos. Primero, continuó y profundizó el proceso de centralización regulatoria iniciado por el Decreto de 1888. Toda la estructura orgánica que fue diseñada pendía del Presidente de la República. Segundo, reprodujo la lógica de la Ley 1.665 de 1904 en el sentido de regular promiscuamente servicios eléctricos y de telecomunicaciones. Y habló, también, de “instalaciones” eléctricas para referirse a ambos servicios. Ter-

cer, habló de “concesiones” para las telecomunicaciones y no de simples “permisos”, como se había hecho hasta ese momento. Además, estableció un régimen de autorizaciones de carácter general, que distinguía entre concesiones “provisionales” y “definitivas”. Las primeras duraban dos años y las segundas entre 30 y 90 años, según lo fijara la Presidencia de la República. Cuarto, reguló en general el espectro radioeléctrico, contemplando “concesiones para el establecimiento de estaciones de radio-comunicaciones.” Quinto, fundó una “Dirección de Servicios Eléctricos” y la hizo depender del Ministerio de Obras y Vías Públicas. Sexto, estableció por primera vez un mecanismo de fijación tarifaria, y para operarlo creó otro órgano: el “Consejo de Servicios Eléctricos”. Séptimo, estableció, también por primera vez, un esquema de gastos e incentivos, para lo cual creó otro órgano: el “Fondo de Servicios Eléctricos”. Octavo, junto con aumentar el poder del Gobierno central sobre las telecomunicaciones, aumentó el poder de todo el Estado al reforzar el “derecho de compra” a favor del fisco, que ya contemplaba el decreto de 1888: “El Estado podrá adquirir una empresa eléctrica de servicio público, en cualquier tiempo, pagando a justa tasación de peritos, el valor de las instalaciones, bienes

y derechos de toda naturaleza que constituyan la totalidad de la Empresa, deducida la parte del capital que haya sido amortizada”. Los peritos eran tres: uno nombrado por el Gobierno, otro por el presidente de la Corte Suprema y otro por la empresa. En el decreto 1888, los peritos eran dos: uno nombrado por el Estado y otro por el particular. Por esto, al establecerse que el Estado nombraba dos de los tres peritos en 1925, la balanza se inclinó a favor de éste. Noveno, por primera vez se estableció una obligación para las empresas que puede entenderse como una forma prototípica de desagregación de redes. El art. 44 disponía: “Las empresas existentes de servicios eléctricos y las que se establezcan en el futuro, están obligadas a permitir el uso de sus postes o torres para el establecimiento de otras líneas aéreas de distintos dueños, siempre que fuere posible, a juicio del Consejo, sin perjuicio irremediable para la línea existente”. Décimo, e importante aquí, este DL dio un nuevo paso en la regulación divergente de las telecomunicaciones. Con el DL 252, en 1925 el diseño orgánico del regulador quedó así:

GRÁFICO 1
Diseño Orgánico del Regulador de Telecomunicaciones
DL 252 (18/02/1925)



Con variaciones a través de los años, este diseño perdura hasta hoy. Él le dio la forma a dos fuerzas que se venían incubando desde el siglo anterior: centralización y divergencia, las cuales, con variaciones, se manifiestan actualmente.

La centralización se ve en la posición del órgano central: en la cadena del Gobierno central que baja desde la Presidencia de la República. Se trata de una "Dirección" a cargo de un ministro que está, a su vez, bajo la Presidencia: ambos eran nombrados y removidos a voluntad del Presidente. De esta forma, las telecomunicaciones fueron dejadas en las manos de la Presidencia. Con el tiempo, esto iba a tener importantes efectos en la forma en que evolucionó la regulación en general, y la especial sobre la radio y la televisión. El Ministerio elegido por el DL 252 de 1925 fue el de Obras Públicas. Esto es interesante porque pocos años más tarde, con Carlos Ibáñez en el poder, el elegido fue el del Interior. Pasaron así al núcleo político del Gobierno y la centralización alcanzó entonces su máximo esplendor.¹⁴

El DL encargaba a la Dirección de Servicios Eléctricos "ejercer las atribuciones que le confiere la presente ley" y entre sus tareas más específicas figuraban: "velar por el cumplimiento de las leyes vijentes... sobre instalaciones y servicios eléctricos,

como asimismo, de sus reglamentos respectivos"; "autorizar el empleo de materiales eléctricos, controlar las instalaciones privadas y otorgar los permisos para ejercer las funciones de instaladores eléctricos, operadores de biógrafos y electricistas de teatro"; "dictaminar sobre las solicitudes de concesión de servicios eléctricos, con excepción de las mercedes de agua, sobre las cuales corresponderá informar a la Dirección de Obras Públicas"; "dictaminar sobre las solicitudes relativas a tarifas y sus condiciones de aplicación"; "atender las consultas del público y resolver los reclamos que se formulen contra las empresas"; "imponer a las empresas o concesionarios las multas autorizadas por esta ley y hacerlas efectivas por la vía de apremio, no pudiendo los jueces conceder apelaciones cuando proceden, sino en el efecto devolutivo"; "examinar y controlar las cuentas de las empresas para los efectos de la aplicación de la presente ley"; y "cooperar con los organismos creados por leyes especiales para la solución de conflictos entre las empresas y sus empleados sobre salarios, horas de trabajo o condiciones del mismo."

Junto a esta "Dirección de Servicios Eléctricos", se creó un "Consejo de Servicios Eléctricos". Este también exhibía alguna centralización, por ejemplo, en la incidencia que

tenía el Gobierno central en los nombramientos de sus miembros, aunque también tenía un carácter un tanto corporativo. Todos los miembros tenían una relación más o menos directa con el Gobierno, ya que eran: un ingeniero Director de Servicios Eléctricos, tres ingenieros de la Dirección de Obras Públicas y un miembro del servicio de telégrafos del Estado (todos estos dependían directamente de la Presidencia); un miembro del servicio de radiotelegrafía de la Armada, un miembro de la Brigada de Comunicaciones del Ejército (éstos también dependían de la Presidencia, pero de una manera más indirecta); los profesores de fuerza motriz, de electrotecnia, de comunicaciones eléctricas y de máquinas de la Escuela de Ingeniería de la Universidad de Chile (su relación con el Gobierno era aún más indirecta); y cinco delegados de las empresas de servicios eléctricos, elegidos como sigue: dos en representación de las empresas de alumbrado y tracción; otro de las empresas de teléfonos y telégrafos, el cuarto, de las empresas comerciales de radiocomunicación y el quinto de las empresas de radiodifusión y de aficionados. Estas empresas proponían ternas y el Gobierno elegía. Por último, y como fiel expresión de este centralismo, las reuniones eran presididas por el ministro de Obras Públicas.

¹⁴ Como se vio más arriba, en la p. 12, la Ordenanza General de Correos de 1858 puso la regulación de correos en el Ministerio de Interior. Esto, sin embargo, estuvo restringido sólo a correos: desde 1931 a 1977, toda la regulación de telecomunicaciones estuvo en manos de Interior.

Este órgano tenía una competencia mixta: consultiva, distributiva y resolutive. Consultiva, pues debía “informar sobre todas las cuestiones relacionadas con los servicios eléctricos que el Gobierno acuerde someter a su estudio”. Además, y ejerciendo una competencia en parte consultiva y en parte distributiva, debía “intervenir en la fijación de las tarifas para, lo cual resolverá las solicitudes de las empresas sobre el particular”. El Consejo emitía un informe, pero el Presidente de la República tenía la última palabra bajo un criterio general establecido por el DL: “Las tarifas se reglarán sobre la base de que la entrada neta no exceda un quince por ciento sobre el capital inmovilizado de la empresa y reconocido por el Presidente de la República, previo informe del Consejo”. Lejos quedó el principio de libertad tarifaria que había sido consagrado el siglo anterior.

Su competencia distributiva se veía, además, en la administración del “Fondo de Servicios Eléctricos” que creó este DL. Entre otras fuentes, sus ingresos provenían de las “cuotas” o “gravámenes” que se impusieron a las empresas, de el “excedente de entradas” de las empresas, de las “rentas provenientes de arrendamiento de terrenos fiscales entregados en uso a empresas de servicios eléctricos”, de los “derechos que se cobrarán por recepción de instalaciones, verificación de medidores, ensayos de materiales eléctricos, carnet de instaladores, de operadores de biógrafos y de electricistas de teatros”, y de las “multas en que incurrieren las empresas u otras personas por infracciones a la presente lei”.

Los dineros de este “Fondo” tenían varios destinos. Uno llama especialmente la atención: pagar los sueldos y demás gastos de la “Dirección” y del “Consejo

de Servicios Eléctricos”. En otras palabras, la estructura regulatoria definida en 1925 generaba su propio ingreso. Los demás destinos eran de subvención para los gastos de aforo y la adquisición de instrumentos de medida eléctrica por parte de la Escuela de Ingeniería de la Universidad de Chile, para la manutención y enseñanza de electricistas, para entregar préstamos a las empresas eléctricas.

Por último, el “Fondo” tenía también una competencia resolutive, pues debía “resolver los reclamos que pudieran formular las empresas o el público acerca de las resoluciones de la Dirección”. Esto es interesante, pues se trata de una especie de segunda instancia colegiada y algo corporativa, frente a la autoridad unipersonal y centralizada de la “Dirección”. Además, el “Consejo” debía resolver “las dificultades” que se producían “entre” las empresas eléctricas.¹⁵

II.2 Ibáñez y una creciente centralización

Como se vio más arriba, todo este diseño institucional pendía de la Presidencia de la República. Este diseño centralizado le daba gran poder: tenía la última palabra en materia de concesiones, servidumbres, tarifas, conflictos entre empresas y entre éstas y los usuarios, subvenciones a las empresas, en

fin. Dentro de los amplios márgenes fijados por la legislación, las telecomunicaciones estaban en las manos discrecionales del Gobierno central.

Por otra parte, y como también se vio más arriba, el DL 252 de 1925 profundizó el carácter divergente de esta regulación. Al

establecer concesiones para el “establecimiento de líneas telefónicas y telegráficas” y para el “establecimiento de estaciones de radio-comunicaciones”; siguió distinguiendo entre los distintos servicios eléctricos de telecomunicaciones que existían en la época. La manera en que expresaba esto era pareci-

¹⁵ Parece haber aquí una suerte de antecedente histórico del “Panel de Expertos” que hasta hoy, y a partir del año 2006, se discute en el sector.

da a la del Decreto de Balma-
ceda 1888 y de la Ley 1.665 de
1904, refiriéndose a los servi-
cios a través de su infraestruc-
tura tecnológica: “líneas” para
los alámbricos y “estaciones”
para los inalámbricos.

En el caso de los inalámbricos,
además, este DL dio otro
paso hacia la divergencia, pues
subdividió a las estaciones de
radio-comunicaciones en seis
distintas: estaciones “comer-
ciales internacionales” (que
hacían el “servicio público de
radiocomunicaciones con el
exterior”); de “servicio priva-
do”, de “radio-difusión” (trans-
misión de “informaciones de
orden cultural, recreativo, o de
interés general, industrial o
comercial”, por lo que se regula-
ban promiscuamente servicios
de telecomunicaciones y lo que
hoy conocemos como medios
de comunicación social); “de
experimentación”, de “aficio-
nados”, y de “servicio fiscal”.
Así como el centralismo, este
carácter divergente se acen-
tuaría en los tiempos que si-
guieron.

Esos tiempos tuvieron como
protagonista al general Car-
los Ibáñez, quien gobernó con
mano dura entre 1927 y 1931.
Ibáñez impulsó muchas refor-
mas regulatorias y fue el cen-
tralizador más grande que vio
el siglo XX y, quizás, el más
grande de toda nuestra historia.
Fue centralizador porque refor-
zó con inédito vigor la potestad
administrativa y la estructura

del Gobierno central. Gracias a
esto, un enorme poder norma-
tivo recayó en la Presidencia de
la República: mucho se pudo
regular vía reglamentos y de-
cretos. Estos aplicaban en con-
creto los marcos regulatorios
que las leyes definían en abs-
tracto, y la autoridad que los
dictaba actuaba con poderes
enormemente discrecionales.

Este refuerzo del Gobierno cen-
tral pudo ser, en alguna me-
dida, reacción a la sensación
de desorden que siguió a la
sucesión y ensayos de gobier-
nos entre 1925 y 1927. En ese
contexto, Ibáñez representó
esa figura clásica de la política
latinoamericana: “el hombre
fuerte”. El refuerzo de la po-
testad administrativa fue una
manera de poner la maquinaria
del derecho en torno a él, cues-
tión que no debe haber sido del
todo difícil, pues entroncaba
con la idea de un presiden-
cialismo fuerte, idea predomi-
nante en Chile a partir de 1833.
Esta idea había sido suspendida
brevemente luego de la Gue-
rra Civil de 1891, pero en 1925
ya era evidente la voluntad de
recuperarla. De hecho, la Con-
stitución aprobada ese año fue
un intento de hacerlo. Como
lo observó un año después,
en un sorprendente artículo, el
famoso jurista austriaco Hans
Kelsen (2002:643). “La nueva
Constitución chilena es un pro-
ducto de aquel movimiento an-
tiparlamentario que hoy se pro-
paga, también en Europa, por
doquier. Por esta razón merece

una seria consideración... Ya la
forma de nominación del Pre-
sidente a través de elecciones
directas... y la fijación de su pe-
ríodo de gobierno en seis años,
dan muestra de la tendencia a
organizar la democracia chile-
na bajo la forma de una repú-
blica presidencial. Con todo, la
Constitución incluye una serie
de disposiciones que condu-
cen desde ahí hasta muy cer-
ca de las fronteras de aquella
forma que hoy se acostumbra
a denominar una dictadura.
Esto se observa especialmen-
te en el campo legislativo...
la tramitación legislativa está
regulada en una forma que
asegura al Presidente una in-
fluencia decisiva”.

Algo parecido escribió Guille-
rmo Guerra (1928: 48), quien
participó en la redacción de la
Constitución del 25: “Los que
anhelamos la reforma de la
Constitución Chilena en forma
sustancial, no pretendemos en
realidad que se haga una obra
enteramente nueva, que lance
al país por vías desconoci-
das. ¡No, señor! Al contrario,
pretendemos que se vuelva al
buen camino que en mala hora
se abandonó, cuando se falsifi-
có en su esencia nuestras ins-
tituciones fundamentales que
tanto bien nos hicieran... No
desconocemos que el país ha
progresado desde 1833 hasta
ahora, y que por consiguiente,
no sería ya del caso volver a la
omnipotencia presidencial ab-
soluta; pero queremos que por
lo menos se devuelva al Poder

Ejecutivo su legítima facultad de administrar al Estado, que el Parlamento le ha ido usurpando, día a día, desde 1891...”

Y no debe olvidarse que este proceso de centralización y de refuerzo de la autoridad ejecutiva ocurría en un escenario más amplio que Góngora llamó, como ya vimos, “un tipo moderado de socialismo de Estado”. Era la versión criolla del “Estado de Bienestar”, un tipo de Estado que Bruce Ackerman llama “activo”.¹⁶

La regulación de las telecomunicaciones refleja con nitidez todo este proceso. En 1926 se

dictó el Decreto Ley 749, Ley Orgánica de Correos y Telégrafos. En su mensaje, el Presidente Luis Barros Borgoño dijo: “...la imperiosa necesidad que existe en regularizar los Servicios de Correos y Telégrafos, dándoles una organización que corresponda a la época, pues la Ordenanza de Correos de 1858 adolece actualmente de defectos y vacíos que la práctica y la mayor extensión de los servicios han hecho sentir...” La estructura de Correos y de los telégrafos del Estado fue reforzada bajo la dependencia del Ministerio del Interior y de su “Dirección General”. Un par de años después, en 1928, con Ibá-

ñez en el poder, se dictó la Ley 4.402, intensificando aún más la regulación que tenían estos servicios.

Ibáñez tomó dos decisiones importantes sobre telecomunicaciones. Una, de 1930, fue la formalización a largo plazo de una relación especial entre el Estado y la Chile Telephone Company Limited, la principal compañía de teléfonos de la época y antecesora de la actual Telefónica. La otra, de 1931, fue un nuevo marco regulatorio para las telecomunicaciones. A continuación se revisan ambas, empezando por esta última.¹⁷

II.3 Decreto con Fuerza de Ley 244, aprueba Ley General de Servicios Eléctricos. Cuarta regulación sistemática de telecomunicaciones.

El 30 de mayo de 1931 se publicó esta nueva norma legislativa para las telecomunicaciones. Fue el cuarto paso en el proceso de reforma de su marco normativo iniciado con el Decreto de 1888 de Balma-ceda, y el tercero de carácter legislativo. Se trató de un tipo especial de norma legislativa: un Decreto con Fuerza de Ley o DFL. A diferencia de las leyes ordinarias, que se dictan entre

el Congreso y el Presidente de la República, los DFL son dictados por este último gracias a una autorización general que le hace el Congreso mediante una ley. El actor principal en los DFL es, por tanto, el Presidente de la República. En el caso del DFL 244 de 1931, este carácter fue muy consistente con el que Carlos Ibáñez dio mediante esta norma a la regulación de las telecomunicaciones. Este DFL

significó un nuevo y profundo paso en el proceso de centralización que, como vimos, esta regulación venía experimentando, pues reforzó intensamente el poder de la Presidencia de la República y de su potestad normativa administrativa en esa regulación.

El título de este DFL representa un cambio respecto de sus antecesores legislativos. Tanto

¹⁶ Se trata, según Ackerman, de un Estado “en que la estructura misma de nuestra sociedad depende de un flujo de decisiones continuo y consciente de sí mismo, tomadas por funcionarios públicos que responden políticamente” (1983: 1). Un buen ejemplo de esto fue la profusa creación de órganos estatales dedicados a las más diversas actividades sociales, que tuvo lugar entre 1926 y 1931 en Chile. Entre ellos: la Caja de Crédito Agrario, la Caja de Crédito Minero, la Superintendencia del Salitre y Yodo, la Superintendencia de Compañías de Seguros, el Consejo de Fomento Carbonero, el Instituto de Crédito Industrial, la Inspección General de Sociedades Anónimas, la Dirección General de Protección de Menores, la Caja de Colonización Agrícola, el Jardín Zoológico Nacional, la Comisión de Control de Operaciones de Cambio, el Ministerio de Agricultura, el Departamento de Bienes Nacionales y el Departamento de Minas y Petróleo. Al respecto, ver Urzúa (1970).

¹⁷ Nunca se materializó, pero fue notable el esfuerzo de Ibáñez por crear una radioemisora estatal. En mayo de 1931, dictó el DFL 220, Crea el Servicio Nacional de Radiodifusión, dependiente del Ministerio del Interior. Entre las razones de esta iniciativa, se reconoció explícitamente que la radio “constituye también uno de los elementos más eficaces y seguros de propaganda...” Esta norma se dictó, pero la radio no fue establecida. De hecho, Ibáñez tuvo que dejar el poder un par de meses después y ese DFL fue derogado en noviembre de 1931 por la Ley 5.003. Durante muchos años no hubo en Chile una radio estatal. Esta sólo se creó en 1974 por el Régimen Militar, a partir de la confiscación que hizo de las radios vinculadas a la Unidad Popular. Se trató de la Radio Nacional de Chile. Ver, más adelante.

la Ley 1665 como el DL 252 de 1925 se refirieron a “instalaciones” eléctricas. El DFL 244 de 1931, en cambio, lo hizo a “servicios” eléctricos. Este cambio es interesante, pues de algún modo refleja el intento por transitar desde el carácter estático de la infraestructura que representan las instalaciones, hacia el carácter más dinámico que representan los servicios que se prestan mediante esa infraestructura. Este cambio, sin embargo, no alteró el carácter divergente de la regulación, ya que se siguió profundizando la distinción entre distintos “servicios” de telecomunicaciones.

La estructura de este DFL 244 de 1931 fue parecida a la del DL 252 de 1925, vista más arriba.¹⁸ Su texto se dividió en los siguientes títulos:

- I. Disposiciones generales.
- II. De las concesiones y permisos.
- III. De las servidumbres.
- IV. De los gravámenes.
- V. De la explotación de los servicios.
- VI. De las tarifas.
- VII. De la Dirección General de Servicios Eléctricos.

Si bien su estructura fue parecida a la de su antecesora, esta ley de telecomunicaciones que dictó Ibáñez tuvo algunas innovaciones. En primer lugar, la legislación usó por primera vez el concepto de “servicio público”

eléctrico, distinguiéndolo de un “servicio privado” eléctrico. Por servicio “público” eléctrico se entendió: “la distribución de energía para alumbrado y usos industriales de poblaciones, la comunicación telegráfica entre poblaciones, la comunicación telefónica entre y dentro de poblaciones, la radiocomunicación entre poblaciones y la radiodifusión”. Por servicio “privado” eléctrico se entendió “la distribución de energía para usos industriales y la comunicación telegráfica, telefónica o inalámbrica para uso exclusivo de los consumidores y suscriptores enumerados en la concesión”. Adoptando luego formas un tanto diferentes, en lo básico esta distinción entre servicio “público” y “privado” perdura hasta el día de hoy. Asimismo, se consideraron públicos los servicios de telegrafía, telefonía y los inalámbricos, que destinaran al público, al Estado o a las municipalidades más del 20% de su tráfico total, definido por el número total de despachos transmitidos o por el total de aparatos telefónicos instalados.

El servicio que fue considerado público por definición en 1931, entonces, fue la radiodifusión y los servicios cuyo tráfico estuviera dedicado al público, al Estado o a las municipalidades en más de un 20%. Respecto de los demás servicios de telecomunicaciones, su carácter público o privado dependía de criterios

geográficos y de la indefinición ex ante de sus usuarios. Así, se consideraron servicios públicos la telegrafía, telefonía y radiocomunicación “entre” poblaciones. Ahora bien, si estos servicios se ofrecían “dentro” de las poblaciones, o si sus usuarios estaban predefinidos en la concesión otorgada, se consideraban “privados”.

Este DFL 244, además, innovó sobre el régimen de autorizaciones. Por primera vez se introdujo una distinción entre “concesiones” y “permisos”. Los primeros estaban sometidos a una intensidad regulatoria mayor que los segundos. Así, por ejemplo, las concesiones las otorgaba el Presidente de la República, mientras que los segundos eran dados por la Dirección General de Servicios Eléctricos. Los servicios calificados como públicos se otorgaban por concesión. Lo mismo los privados, a excepción del “establecimiento de estaciones de radiocomunicaciones de experimentación y de radioaficionados”, que sólo requerían permisos. Estas distinciones tenían importancia respecto a los plazos: el de las concesiones de servicio público era fijado por el Presidente de la República dentro de una banda de 30 y 90 años definida por ley, el de las concesiones de servicio privado era indefinido, y el de los permisos no excedía los 10 años.

¹⁸ Ver título II.1

El “derecho de compra” que la legislación anterior, el DL 252 de 1925, había establecido a favor del Estado, fue reemplazado por un mecanismo de expropiación por ley que podía activar, en cualquier tiempo, el Presidente de la República. La tasación correspondiente se hacía de una forma similar a la prevista en el DL 252: por una comisión integrada por tres peritos nombrados uno por el Gobierno, otro por el concesionario a ser expropiado, y el tercero por el Presidente de la Corte Suprema. El DFL 244 agregó, sin embargo, el requisito de que los peritos fueran “ingenieros”.

Otra innovación de este DFL 244 fue el establecimiento explícito de obligaciones que hoy comprendemos en la noción de “servicio universal”: “Los concesionarios de servicio público están obligados a dar servicio a los que lo soliciten en conformidad a los reglamentos, en las zonas que el Presidente de la República declare obligatorias y que estén comprendidas dentro el territorio de la concesión, siempre que estos consumos sean compatibles con la capacidad y seguridad de sus instalaciones. La contravención a este artículo será penada con multa en la forma que dispongan los reglamentos”.

Por su parte, y como se enunció más arriba, este DFL de Ibáñez profundizó el proceso de centralización a la hora de regular las telecomunicaciones. Lo hizo en dos pasos. Primero, trasladó la Dirección de Servicios Eléctricos desde el Ministerio de Obras y Vías Públicas al Ministerio del Interior. Con esto puso la regulación de telecomunicaciones en el centro político del Gobierno. Segundo, eliminó el Consejo de Servicios Eléctricos que había creado el DL 252 en 1925. Todo quedó radicado, entonces, en la Dirección de Servicios Eléctricos y en una línea vertical bajo el mando del Presidente de la República. El diseño orgánico quedó así:

GRÁFICO 2

Diseño Orgánico Regulador de Telecomunicaciones DF 244 (30/05/1931)



Este diseño aumentó la influencia de la Presidencia de la República en todos los aspectos de la regulación, pero, fundamentalmente, en aspectos especialmente sensibles como las tarifas que las empresas de “servicio público” podían

cobrar al público. Bajo el DL 252 de 1925, la opinión colegiada del Consejo de Servicios Eléctricos tenía algo que decir respecto de ellas. Bajo el DFL 244, en cambio, todo quedó en manos de la Presidencia: “Los concesionarios de servicios pú-

blicos sólo podrán cobrar como máximo por sus servicios los precios que resulten de las tarifas y condiciones de aplicación autorizadas por el Gobierno”.

Muy atrás había quedado el principio de libertad tarifaria

observado durante el siglo XIX. El DFL 244 lo reconocía sólo de una forma excepcional: “Los concesionarios podrán contratar libremente con sus consumidores el precio de sus servicios cuando concurrieren las circunstancias siguientes o una de ellas: 1º) que se tratase de servicio por menos de un mes; y 2º) que se tratase de condiciones especiales de suministro y en ello conviniere libremente el consumidor”. Pero, incluso en estas excepcionales hipótesis, se expresaba la lógica centralista de esta legislación: “Estos contratos deberán ser puestos en conocimiento de la Dirección, quien deberá aprobarlos”, ordenaba la ley.

El DFL 244 de 1931 continuó la lógica divergente de la regulación, distinguiendo entre distintos servicios de telecomunicaciones. Además, hizo una distinción mucho más explícita que el DL 252 entre la infraestructura asociada a estos servicios y los servicios propiamente tales. Esto, pues distinguió entre concesiones para el “establecimiento” de centrales y estaciones, por una parte, y para “hacer el servicio público con” esas instalaciones. Y, tal como el DL 252, este DFL 244 subdistinguió los servicios provistos a través del espectro, que llamó de “radiocomunicaciones”, en varios específicos: “comerciales internacionales”,

de “servicio interior”, de “radiodifusión”, “de experimentación” y de “aficionados”.

El DFL 244 tuvo una vida relativamente larga, pues estuvo vigente hasta 1959, año en que fue reemplazado por la quinta y penúltima legislación de telecomunicaciones: el DFL 4, dictado por Jorge Alessandri. Antes de dirigirnos hacia esta legislación, sin embargo, hay que referirse a la otra decisión importante que Ibáñez tomó en materia de telecomunicaciones, esto es, el especial estatuto de la principal compañía telefónica del país.

II.4 La Chile Telephone Company Limited

En 1927, el mismo año en que Ibáñez ascendió al poder, la norteamericana ITT compró en Londres la Chile Telephone Company que, como se vio más arriba, estaba en manos de capitales ingleses. Como Presidente, Ibáñez impulsó el establecimiento de la ITT en Chile. Con este objeto, en 1929 propuso al Congreso un proyecto de ley para definir su estatuto jurídico. Este se basaba en el estudio que sobre la compañía una comisión gubernativa preparó para la Presidencia, y era un verdadero acuerdo entre el Gobierno y la compañía. El pro-

yecto fue aprobado por el Congreso y se transformó en la Ley 4.791, Aprueba los contratos celebrados entre el Gobierno y la Chile Telephone Company Limited. Fue publicada en enero de 1930, configurando típicamente un “contrato-ley”, es decir, un acuerdo entre el Estado de Chile y un particular al que se le da un carácter legislativo.

Esta Ley 4.791 de 1930 consagraba un estatuto especial para la compañía, distinto al general que para las telecomunicaciones establecía el DL 252, vigente cuando se dictó; y distinto

también al que un año después consagró el DFL 244. Las principales diferencias con el régimen general fueron:

- El Gobierno se obligó a conceder a la compañía el uso de los bienes nacionales, los derechos y franquicias que necesitara.
- Tres representantes del Estado integraban el directorio de la compañía.
- La compañía podía obtener al año una “utilidad líquida” del 10% de la “inver-

sión neta". Por otra parte, la compañía se obligó a conceder al Fisco un derecho de 4% sobre sus entradas brutas.

- La concesión duraba 90 años y se concedió mediante un acto legislativo, no administrativo como las restantes concesiones de telecomunicaciones. Sólo una vez cumplidos 50 años de concesión, nacía el derecho de compra a favor del Fisco.

En 1931, la Chile Telephone Company Limited se transformó en la Compañía de Teléfonos de Chile. El capital inicial estaba dividido en 600.000 acciones, de las cuales 800 (0,13%) estaban en manos chilenas y 599.200 (99,87%) en manos de la ITT.¹⁹ Desde ese momento, la Compañía de Teléfonos de Chile se transformó en un actor protagónico en el escenario de las telecomunicaciones en Chile y, en muchos sentidos, sigue siéndolo. Este

papel relevante no sólo se limitó a las telecomunicaciones, sino que también se extendió al escenario más amplio de la política, en especial durante el Gobierno de Salvador Allende y su caída. Pero todavía falta para llegar a esos años.

II.5 El Estado activo

Al Gobierno de Ibáñez siguió una nueva etapa de breve, pero intensa, volatilidad política. Las autoridades se sucedieron con velocidad y se llegó a erigir una "República Socialista". Los efectos de la crisis económica mundial de fines de los años 20 y principios de los 30 golpearon a la economía chilena con fuerza. Esto reforzó la idea, que ya se venía incubando, de confiar el orden social y económico en el Estado antes que en el mercado. Como consecuencia de esta idea, el Estado experimenta una expansión que dura hasta los años 1980, aproximadamente. Esta expansión ocurrió de la mano de un proceso de creciente centralismo, de reforzamiento de la potestad administrativa del Gobierno central.

La regulación de las telecomunicaciones refleja bien esto. Acabamos de ver el diseño institucional dejado por Ibáñez en 1931. Fue súper centralizado: sobre las telecomunicaciones se levantó una línea de autoridad vertical que, pasando por el Ministerio del Interior, llegaba directamente al Presidente de la República. Esto produjo un reforzamiento de la potestad administrativa, esto es, del poder de regular las telecomunicaciones por decreto. Esta es una característica de nuestra regulación que, en algún sentido, perdura hasta hoy.

Una norma administrativa que en octubre de 1949 dictó el Presidente Gabriel González Videla es un ejemplo elocuente de este creciente protagonismo del Gobierno central. Fue el Decreto

4.581, Fija el texto definitivo del Reglamento de Transmisiones de Radiodifusión. Se refería a la radiodifusión sonora, a las radios, y decía que las regulaba "en todos los aspectos de dichas transmisiones que no constituyan cuestiones técnico-eléctricas". Como vimos más arriba, en Chile había radios funcionando desde 1922.

El poder de intervención que esta norma dio al Gobierno central sobre las radios hoy resulta sorprendente, pero no tanto si se le examina a la luz de la Guerra Fría que se estaba incubando en la época, la que, entre otras cosas, explica la Ley de Defensa Permanente de la Democracia (o Ley Maldita), que se había dictado un año antes de este decreto sobre radiodifusión. Mediante esta nor-

¹⁹ Para estos datos y, en general, el proceso de constitución de la Compañía de Teléfonos de Chile, ver Donoso (2000).

ma dictada en el ejercicio de la potestad administrativa, el Gobierno se atribuyó un poder de “supervigilancia respecto del contenido y realización de las transmisiones que efectúen las radiodifusoras del país, dar normas sobre la composición de los programas, impartir instrucciones relativas a la clase y calidad de los números a los cuales debe darse preferencia, los que no puedan ser incluidos o los que deban ser suprimidos en algunos de los programas mencionados, y, en general, dar todas las directivas necesarias para el mejoramiento de la calidad artístico-cultural de las transmisiones”. Y el Gobierno podía, por sí y ante sí, “ordenar la suspensión, hasta por seis días, de las transmisiones de las radiodifusoras que no den cumplimiento a las normas o resoluciones adoptadas”. Para facilitar este monitoreo sobre las radios, esta norma las obligaba a comunicar sus “horarios de transmisiones, como asimismo cualquier cambio que en ellos se efectúe”. También disponía la instalación de “puestos de escucha”.

Además, no se podían, sin autorización previa del Gobierno, “transmitir los espectáculos que

se realicen en las boites, cabarets, quintas de recreo u otros locales de entretenimientos públicos similares”. Obligaba a que las transmisiones fueran “en castellano, exceptuándose las canciones, poesías, obras teatrales y lecciones, las que podrán transmitirse en idioma extranjero siempre que sean anunciadas en castellano”. Eso sí, el Gobierno podía autorizar, “en casos calificados” y “ocasionalmente”, transmisiones “en idiomas extranjeros”. Esta norma también facultaba minuciosamente al Gobierno para fijar “la proporción de números vivos y de música chilena que las radiodifusoras deberán presentar en sus programas. Los números vivos deberán ser ejecutados con un 80%, a lo menos, de artistas chilenos. Los conjuntos se considerarán para estos efectos como un todo indivisible y su nacionalidad se determinará por la del 80% de sus componentes”.

Las noticias que se podían dar debían provenir de “agencias noticiosas establecidas en el país”. Esta norma, además, consagró las “cadenas” nacionales: “Las estaciones de radiodifusión estarán obligadas a destinar el tiempo que para

el servicio del Estado se haya establecido en el respectivo decreto de concesión. Estas transmisiones podrán ser en cadena nacional, cadena parcial o individuales”.

El Gobierno podía regular la forma en que se daban los avisos comerciales y, no sólo esto, podía también ordenar la eliminación transitoria o definitiva de algunos. También exigía que las personas “que se desempeñen, intervengan o anuncien en los programas de las radiodifusoras deberán estar en posesión de un permiso de locutor que acreditará su identidad y competencia”²⁰ El propio Gobierno otorgaba estos permisos de locutor. Los “locutores extranjeros” estaban prohibidos, salvo, claro, autorización del Gobierno. Y este enorme poder del Gobierno se sellaba con una notable regla de clausura, que lo autorizaba a “fijar normas en los casos que se presenten y que no estén expresamente contemplados”.

²⁰ Los permisos de locutor se otorgaban a los “interesados que acrediten ser chilenos, mayores de 18 años, que hayan rendido satisfactoriamente los exámenes de cuarto año de Humanidades, o comprueben estudios equivalentes, que no tengan anotaciones desfavorables en su prontuario, que presenten certificados de honorabilidad otorgados por dos chilenos responsables (que no sean funcionarios de la Administración Pública) y que sean aprobados en un examen”, cuyas preguntas definía y administraba el Gobierno.

II.6 La televisión por decreto

El papel protagónico de la potestad administrativa quedó de nuevo en evidencia algunos años después. En octubre de 1958, y a punto de dejar su segundo período en el poder, Carlos Ibáñez dictó el Decreto 7.039, Aprueba reglamento de estaciones de radiocomunicaciones que utilicen frecuencias superiores a 29,7 megaciclos por segundo. Esta norma ordenaba el uso del espectro radioeléctrico y tuvo una característica especial: fue la primera norma jurídica que en Chile reguló la radiodifusión televisiva, un año después de la primera transmisión experimental de televisión realizada en Chile.²¹ Y fue una norma de carácter administrativo.

Este Decreto 7.039 de 1958 reguló la televisión de un modo similar a la radio. Las concesiones de radio y televisión se dividían en dos tipos: de radiodifusión industrial o comercial, por una parte; y de radiodifusión educacional, por la otra. Las primeras eran la regla general, estaban abiertas a cualquier persona, no tenían exigencias en cuanto a su programación y ninguna restricción para transmitir propaganda.

Las segundas, en cambio, eran pocas y excepcionales, estaban reservadas a las universidades, y su programación debía ser “de indiscutido valor educativo, con exclusión absoluta de propaganda comercial, religiosa, política sindical, sea gratuita o pagada”.

El Decreto 7.039 fue muy interesante, pues hizo con la televisión algo parecido a lo que existía respecto de la radio: la abrió a emisoras comerciales. La realidad que siguió a esta norma, sin embargo, fue distinta. A pesar de la generosidad de este decreto con la posibilidad de televisión comercial, ésta sólo fue autorizada 31 años después, en 1989. Por 21 años sólo se permitió el funcionamiento de tres canales universitarios y uno del Estado.

La primera transmisión experimental de televisión en Chile tuvo lugar un año antes que el Decreto. El 5 de octubre de 1957, la Universidad Católica de Valparaíso inauguró unos laboratorios y, para celebrar la ocasión, transmitió desde la plaza Victoria a un receptor en su Casa Central. Luego, en Santiago, las universidades de Chile y

Católica también comenzaron a transmitir. En 1969 se les sumó el canal del Estado: TVN. Este se fundó como una sociedad de responsabilidad limitada, cuyos socios fueron tres empresas públicas: Corfo, Chile Films y Entel. Sólo con la primera ley de televisión, dictada en 1970, TVN adquirió estatuto público. Nació, sin embargo, como una sociedad comercial privada.

Durante las décadas de 1950 y 1960 hubo distintos privados, chilenos y extranjeros, que solicitaron a la Dirección de Servicios Eléctricos autorizaciones para transmitir televisión, pero no se las dieron. Como hemos visto, esa Dirección podía darlas o negarlas discrecionalmente, y los Gobiernos de Jorge Alessandri y Frei Montalva las negaron de modo sistemático. Alessandri miraba con desconfianza generalizada a los medios de comunicación y temía que la masificación de este nuevo medio generara fuga de divisas²². El Gobierno de Frei Montalva, en cambio, apuntó desde su inicio al objetivo de crear una red estatal, por lo que descartó cualquier paso que no apuntara en esa dirección. Poco después de asumir Frei el

²¹ Las referencias a la regulación de la televisión que sigue están basadas en Sierra (2001) y en Sierra (2006).

²² Para comprobar la relativamente tensa relación que hubo entre Jorge Alessandri y los medios de comunicación, basta recordar que fue su Gobierno el que diseñó e impulsó la Ley 15.476, más conocida como Ley Mordaza. También es revelador a este respecto su influencia, desde el Consejo de Estado, en las disposiciones sobre honor e intimidad contenidas en el art. 19 n. 4 de la Constitución de 1980, que incorporaron en el texto constitucional el ilícito de difamación. En cuanto a su preocupación por el efecto de la televisión en la balanza de pagos, esta declaración aparecida en la revista Ercilla de mayo de 1961 es elocuente: “Somos un país pobre. La televisión es un derroche de ricos, una válvula de escape de las divisas”.

poder, en 1965, nombró una comisión gubernamental a fin de proponer criterios y políticas para el futuro de la televisión. Ella definió cinco conclusiones básicas:

- Debía establecerse una red estatal de televisión de alcance nacional, que fuera recibida por la mayor cantidad de habitantes que fuera posible.
- No debían aceptarse operadores privados de televisión.
- Se debía dar un reconocimiento formal a los tres canales universitarios que ya existían.

- Debía establecerse un organismo regulador especial para la televisión.
- La propaganda comercial se permitiría, pero limitada, pues el grueso de los ingresos de los canales debería venir del fisco.²³

Las conclusiones de la comisión tuvieron gran influencia en la regulación que siguió después y, en varios sentidos, permanecen hasta hoy. La televisión ha sido objeto de una regulación que ha exacerbado el carácter divergente de la regulación general de telecomunicaciones. A partir de la Ley 17.377 de 1970, la primera ley de televisión,

ésta ha tenido una ley especial dedicada a ella, distinta de la legislación general de telecomunicaciones. Y, también, un regulador especial dedicado a ella, el Consejo Nacional de Televisión (CNTV), distinto y complementario del regulador general de las telecomunicaciones. Volveremos sobre la regulación televisiva más tarde. Antes, revisaremos el Decreto con Fuerza de Ley 4 de 1959, que fija el texto definitivo de la ley General de Servicios Eléctricos. Esta norma legislativa estuvo vigente hasta 1982 y fue el antecedente directo de la actual Ley de Telecomunicaciones.

II.7 El DFL 4 de 1959 fija el texto definitivo de la Ley General de Servicios Eléctricos. Quinta regulación sistemática de las telecomunicaciones

Al poco tiempo de asumir como Presidente, Jorge Alessandri fue autorizado por el Congreso a dictar normas legislativas destinadas a mejorar la situación económica de la época. Lo hizo mediante la Ley 13.305 de abril de 1959, mediante la cual se le delegó el ejercicio de la potestad legislativa. Esa ley creó, además, el primer mecanismo de defensa de la competencia, antecedente directo de la legislación que hoy existe en esta materia. Haciendo

uso de las facultades que se le delegaron en 1959, entonces, Alessandri dictó para las telecomunicaciones y la electricidad el DFL 4, a fines del mes de agosto. El título de este DFL fue el mismo que el del DFL 244 de 1931, "Servicios Eléctricos"

Desde el punto de vista de su estructura, la del DFL 4 de 1959 fue relativamente parecida a las de las dos legislaciones anteriores, de 1931 y 1925:

- I. Disposiciones generales.
- II. De las concesiones y permisos.
- III. De las servidumbres.
- IV. De los gravámenes.
- V. De la explotación de los servicios eléctricos y del suministro.
- VI. De las tarifas.
- VII. De la Dirección General de Servicios Eléctricos.
- VIII. Disposiciones penales.
- IX. Disposiciones varias.

²³ Sobre esta Comisión y sus conclusiones, véase Hamilton (1987), Munizaga (1981) y, también, Hurtado (1989).

Conceptualmente, sin embargo, fue distinta. No sólo se autodefinió como una regulación de “servicios”, no de “instalaciones” ni de “líneas”, sino que por primera vez se habló de “sistemas de telecomunicaciones”. Estos fueron definidos como: “todo sistema que permita la transmisión de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos, etc., ya sea por medio de conductores, radio, sistemas ópticos u otros sistemas electromagnéticos”. Esta definición es parecida a la que contempla la ley vigente.

No obstante, esta reforma de 1959 mantuvo la tendencia divergente a la hora de la regulación. Así, sometió a sus disposiciones: las “concesiones para establecer, operar y explotar:

- a) Centrales telefónicas.
- b) Oficinas telegráficas.
- c) Oficinas cablegráficas.
- d) Centrales teleimpresores.
- e) Líneas físicas u otros sistemas de telecomunicaciones

para servicio urbano o interurbano, entendiéndose por tales todo sistema que permita la transmisión de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos, etc., ya sea por medio de conductores, radio, sistemas ópticos u otros sistemas electromagnéticos.

- f) Estaciones de radiocomunicaciones y de radiodifusión, incluyendo en estas últimas las de televisión”.

Como se ve, junto a la abstracción que envolvía el concepto de “sistemas de telecomunicaciones”, el DFL 4 de 1959 mantuvo la referencia a la infraestructura de las telecomunicaciones al hablar de “centrales” y “oficinas”, y profundizó el carácter divergente de la regulación no sólo distinguiendo entre telefonía y telegrafía, sino que agregó la cablegrafía, la teleimpresión y, por último, la televisión como especie de radiodifusión. Cabe notar que esta es la primera regulación

de telecomunicaciones que alude a la televisión.

Desde un punto de vista más orgánico ahora, el DFL 4 de 1959 fue centralista de una forma parecida al DFL 244 de 1931, su antecesor: la Presidencia de la República es la protagonista de la regulación, a través de una “Dirección de Servicios Eléctricos” bajo el Ministerio del Interior. La Presidencia debía otorgar las concesiones y permisos, y también imponía las servidumbres. En materia tarifaria, sin embargo, el DFL 4 de 1959 fue algo menos vertical que su antecesor, pues creó una “Comisión de Tarifas”. Al respecto, decía la ley: “La Comisión de Tarifas fijará las tarifas de las empresas eléctricas de servicio público, de modo que ellas produzcan a las empresas una utilidad neta anual de 10% sobre el capital inmovilizado”. De este modo, el diseño orgánico quedó así en 1959:

GRÁFICO 3

Diseño Orgánico del Regulador de Telecomunicaciones DFL 4 Ley General de Servicios Eléctricos (31/08/1959)



En esta verticalidad poco más atenuada, el DFL 4 de 1959 algo se diferenció de su antecesor, el DFL 244 de 1931, asemejándose un tanto al antecesor de éste: el DL 252 de 1925. Como se vio más arriba, el diseño institucional bosquejado por esta norma legislativa contempló un “Consejo de Servicios Eléctricos”, asesor del Gobierno en materias de fijación tarifaria. La “Comisión de Tarifas”²⁴ de 1959, sin embargo, exhibió más autonomía que ese Consejo, tanto respecto de su competencia, pues su tarea no fue asesora o consultiva, sino resolutive, como de su integración, pues la Presidencia de la República tuvo una influencia más limitada en el nombramiento de sus miembros. De acuerdo a la ley, estos miembros eran: “El Director General de Servicios Eléctricos y de Gas, que la presidirá; un representante de la Corporación de Fomento de la Producción, designado por el Consejo de la Corporación; un representante del Instituto de Ingenieros de Chile, designado por el Directorio del Instituto; un representante de la Confederación de la Producción y del Comercio, designado por su Consejo General, y un miembro de libre designación por el Presidente de la República.” De estos cinco miembros, sólo dos eran nombrados por la Presidencia. En cambio, todos los miembros del “Consejo de Servicios Eléctricos” de 1925 eran

nombrados por ésta. Llama la atención, con todo, el carácter corporativista del diseño de 1959. Los sectores de la economía y los gremios tenían su representación en el proceso regulatorio. Parece un ejemplo bastante acabado de lo que se ha denominado “Estado de Compromiso” para caracterizar el arreglo político-social vigente en Chile entre 1932 y 1973, arreglo mediante el cual los sectores mesocráticos de la sociedad arbitraban el poder.

Además de la “Comisión de Tarifas” y de una definición más abstracta de “sistemas de telecomunicaciones”, el DFL 4 de 1959 incorporó otra novedad sobre una materia que hoy tiene gran actualidad: el deber de interconexión. Ordenaba la ley: “Los concesionarios están obligados a llevar a cabo la interconexión de sus instalaciones cuando el Presidente de la República, con informe de la Dirección, la considere conveniente para la mejor explotación de sus respectivas concesiones o de cualquiera de ellas. En caso de falta de acuerdo entre los concesionarios sobre la forma de realizar la interconexión y de efectuar el transporte o transferencia de la energía o sobre la forma de realizar las telecomunicaciones combinadas, la Dirección oír a los concesionarios y resolverá al respecto. En ningún caso la interconexión podrá significar

gastos perjudiciales para los concesionarios”. El principio que envolvía esta disposición está presente en la legislación vigente hoy y la lógica que subyacía a este principio atraviesa la discusión en curso sobre la desagregación de redes.

Aparte de estas tres novedades importantes (la definición de “sistemas de telecomunicaciones”, la “Comisión de Tarifas”, y el deber de “interconexión”), el DFL 4 de 1959 fue bastante parecido a la legislación anterior. Así, por ejemplo, la distinción entre servicio público y privado, y el régimen de autorizaciones y sus plazos, fueron muy similares a los del DFL 244 de 1931. También lo fue la competencia del Ministerio del Interior, el énfasis puesto en la potestad administrativa para llevar adelante esta regulación, y la extensa e intensa competencia que se le dio a esta potestad sobre las telecomunicaciones. Lo mismo puede decirse de la obligación que pesaba sobre los concesionarios de servicio público para prestar sus postes a fin de que otros concesionarios pudieran tender sus líneas.

Sí hubo, con todo, algunas diferencias menores que vale la pena destacar. Por ejemplo, el DFL 4 de 1959 acentuó el monopolio estatal sobre el telégrafo como servicio público, al punto que autorizó el servicio privado de telecomunicacio-

24 Para el “Consejo de Servicios Eléctricos” y las tarifas en el DL 252 de 1925, ver título II.1.

nes entre dos puntos del territorio sólo “cuando entre ellos no exista servicio de la misma clase proporcionado por el Telégrafo del Estado u otra empresa de servicio público de telecomunicaciones”. Por otra parte, sin embargo, consagró explícitamente el carácter no monopolístico de las concesiones de servicio público otorgadas a particulares: “Las concesiones de servicio público eléctrico, no

constituyen monopolio. El Presidente de la República podrá, en consecuencia, otorgar una segunda concesión de servicio público eléctrico en el mismo territorio o población y entre las mismas poblaciones señaladas a una primera empresa concesionaria, siempre que se impongan al segundo concesionario iguales obligaciones de calidad y extensión de las instalaciones y servicios que al

anterior”. Por último, el DFL 4 de 1959 trazó una distinción entre las telecomunicaciones civiles y militares que la legislación actual mantiene: “No necesitarán concesión las instalaciones de radiocomunicaciones de barcos, de estaciones costeras, de aeronaves y de estaciones, aeronáuticas, militares y de policía, fijas o móviles”.

II.8 La época de las “planificaciones globales”

El DFL 4 de 1959 nos ha dejado en la puerta de una época de la historia de Chile que Góngora ha llamado “de las planificaciones globales”. Fue la década de 1960 y 1970. El autor también incluye al Régimen Militar, de la década de 1980.

Fue una época en que se entendió el Estado como un proyecto de “modernización”, como un plan deliberado para alcanzar el desarrollo, con una forma “estructural” de pensar. Dice al respecto:

“Mientras que los políticos de Derecha atribuían la inflación chilena a fenómenos monetarios y financieros, surgió en la década del 1950 toda una serie de economistas y sociólogos que piensan en términos estructurales y globales. Para

ellos, la inflación era una manifestación de deficiencias estructurales básicas en la sociedad chilena, entre las cuales el alza más rápida de los precios que el alza de los salarios era solamente un síntoma, pero el más sensible para la masa de los consumidores, con las consecuencias políticas que se sabe”. (246)

Es la época de la CEPAL y de la “Alianza para el Progreso” impulsada por la administración Kennedy en Estados Unidos. Es un período caracterizado por un pensamiento económico-social maximalista. Sobre esto, sigue Góngora:

“Si contemplamos en una mirada de conjunto el período que en Chile pensamos que se inicia en 1964, se percibe una

diferencia muy fuerte con las décadas anteriores. A la política más empírica, a las combinaciones partidarias, a las tentativas de tratar el problema de la inflación desde puntos de vista puramente monetarios y fiscales, incluso a la tentativa de industrialización marcada por la Corfo –de largo alcance, pero parcial–, sucede otro momento histórico, que denominamos “de las planificaciones globales”. El espíritu del tiempo tiende en todo el mundo a proponer utopías (o sea, grandes planificaciones) y a modelar conforme a ellas el futuro. Se quiere partir de cero, sin hacerse cargo ni de la idiosincrasia de los pueblos ni de sus tradiciones nacionales o universales; la noción misma de tradición parece abolida por la utopía”. (270)

Se podrá discutir la intensidad con que Góngora propone esta interpretación, pero hay algo lúcido en ella. Hubo una especie de ingeniería de Estado, que pudo tener su origen en la creación de la CORFO en la década de 1930. Las nociones de “Estado empresario”, “desarrollo hacia adentro” y “sustitución de importaciones” provienen de ese período. La regulación de las telecomunicaciones algo dice respecto de esto. En junio de 1960, el Presidente Alessandri dictó una nueva norma legislativa: el DFL 315, creando una “Comisión Nacional de Telecomunicaciones”.

El Preámbulo de esta norma aludía a la “necesidad de obtener una coordinación en la administración, control y fomento de las telecomunicaciones del país...”. Para satisfacer esa necesidad, estableció una “Comisión Nacional”, definida en la legislación como un organismo “técnico-consultivo”. Una de las tareas que se le encomendaron fue proponer al Gobierno “la política nacional de telecomunicaciones”. Nunca antes se había hablado de una “política nacional” para las telecomunicaciones. Esto algo dice del espíritu planificador y maximalista con que Góngora caracteriza esa época.

Integraban esta Comisión el ministro del Interior -que la presidía- el Director General de Servicios Eléctricos, el Subsecretario de Comercio e In-

dustrias del Ministerio de Economía, un representante de la Dirección del Tránsito Aéreo, un representante de la Dirección del Litoral y de Marina Mercante, un representante del Ministerio de Defensa Nacional, uno del Servicio de Correos y Telégrafos, uno de la CORFO, y otro designado por el Presidente de la República. Como se puede ver por su composición, este órgano era de un carácter enteramente gubernamental y no mixto, como la Comisión de Tarifas creada por el DFL 4 de 1959, en la que había representantes de los sectores industriales y del comercio.

Otro ejemplo del espíritu de la época que Góngora intenta retratar, fue otra comisión: la “Comisión de Televisión” creada al inicio del Gobierno de Frei Montalva, estudiada más arriba.²⁵ Estas comisiones parecieron encarnar una forma de enfrentar el futuro mediante una estrategia, mediante un plan. Se trató de intentos deliberados y sistemáticos del Estado por traer el futuro al presente. Esta forma de encauzar la acción estatal y de diseñar las regulaciones, anticipándose al futuro por medio de comisiones “técnicas”, no parece haberse dado en Chile sino que desde los años 1960 en adelante.

Hay también otros dos ejemplos de esta época de planificaciones globales en el área de las telecomunicaciones. No se trata de comisiones sino que

de dos empresas del Estado, las que reflejaron en esta área el proyecto desarrollista de la CORFO. Una fue la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (ENTEL) y Televisión Nacional de Chile (TVN). La primera fue fundada en 1964 y la segunda en 1969, durante el Gobierno de Frei Montalva. Ambas se fundaron en ejercicio de la potestad administrativa.

ENTEL fue creada mediante el decreto supremo 5.487 del 30 de diciembre de 1964. Desde hacía tiempo existía en el país una cierta preocupación por la precariedad de la comunicación a través del territorio nacional. Durante la década de 1950, el Instituto de Ingenieros propuso que el Estado se hiciera cargo de una red de comunicación de larga distancia. Al parecer, el terremoto que asoló el sur de Chile en mayo de 1960 evidenció con fuerza la necesidad de contar con red semejante, que proveyera comunicación inmediata y confiable a lo largo del país. La Comisión Nacional de Telecomunicaciones que se creó en junio de ese año 1960, la propuso formalmente. La idea fue una red entre Arica y Punta Arenas que fuera capaz de portar distintos servicios de telecomunicación: telefonía, telegrafía, teletextos, radio, televisión, etc. En 1963, el Gobierno de Alessandri propuso a la CORFO llevar adelante este proyecto, la que lo hace a través de una nueva filial con carácter de sociedad anónima. A ella se le

25 Ver, título II.6

encomendó la tarea de montar la Red Troncal Nacional.

El esfuerzo se materializó cuando Frei Montalva ya era Presidente de la República: nació ENTEL CHILE S.A., cuyo capital fue suscrito, en mayoritaria proporción, por la CORFO y, en menores proporciones, por otras empresas CORFO, como la CAP y ENDESA. Paralelamente a la construcción de esta red nacional, ENTEL se preocupó de la comunicación internacional. La empresa representó a Chile en el Consorcio Internacional de Comunicaciones por Satélites (INTELSAT), lo que dio origen a la construcción de un sistema que permitiera la comunicación internacional mediante satélites controlados por ese consorcio. En Longovilo, cerca de Melipilla, se instaló una estación receptora-transmisora que se unía mediante enlaces de microondas con el Centro Internacional de Comunicaciones en Santiago. Este, a su vez, se conectó a la red nacional. El sistema entró en operaciones a mediados de 1968. En 1974, el Centro Internacional de Comunicaciones se transformó en la emblemática torre que hoy marca la intersección de Alameda y Amunátegui. Es interesante el hecho de que la red de ENTEL se pensara también como una red para transportar señales de televisión.²⁶ Esto estuvo asociado al nacimiento de la otra empresa estatal que aquí interesa: Televisión Nacional de Chile (TVN).

Como se vio más arriba, TVN también fue propuesta por una comisión, la de Televisión de 1965. En 1969, se dieron dos pasos para materializar las propuestas de esa comisión: el Gobierno fundó Televisión Nacional de Chile (TVN) como sociedad de responsabilidad limitada el 31 de enero, y el partido gobernante presentó un proyecto de ley para la televisión el 2 de diciembre. Para fundar TVN como sociedad de responsabilidad limitada, concurren la CORFO, CHILE FILMS y ENTEL. La participación de esta última es aquí relevante, pues el propósito era que TVN se sirviera de la red troncal de microondas que ENTEL había recientemente instalado.

Ese proyecto de ley se transformó, finalmente, en la Ley 17.377, la primera Ley de Televisión dictada en Chile. Fue discutida con apuro entre la elección de Salvador Allende y la ratificación de éste por el Congreso Pleno en octubre de 1970. Esta norma legislativa configuró el especial estatuto jurídico que aún tiene la televisión en Chile. En primer lugar, entregó sólo concesiones a los cuatro operadores que ya existían, a nadie más, y por tiempo indefinido. Las concesiones televisivas, en consecuencia, fueron de carácter legislativo y no administrativo, como las de la radio y demás servicios inalámbricos. A diferencia también de la radio, los cuatro operadores elegidos eran personas de dere-

cho público: dos universidades de la Iglesia Católica y una del Estado, más una empresa estatal. Además, la Ley 17.377 creó un órgano regulador especial para los cuatro canales, el Consejo Nacional de TV (CNTV), con una competencia variada, aunque primordialmente centrada en el contenido de la programación. Nunca había habido un órgano semejante para la radio, ni para ningún otro servicio “eléctrico”, los que estaban únicamente sometidos a la regulación general y más bien “técnica” de la Dirección de Servicios Eléctricos. Los canales de televisión quedaron sometidos a esta dirección, pero se les impuso, además, el CNTV.

La primera Ley de Televisión de 1970 volvió a profundizar el carácter divergente de la regulación de las telecomunicaciones, al crear un régimen regulatorio especial para ella, con una legislación propia y específica e, incluso, con un regulador propio y específico. Este régimen regulatorio especial alcanzó jerarquía constitucional en 1980, se reprodujo en la segunda Ley de Televisión de 1989 y también en la tercera Ley de Televisión de 1992, hoy vigente. Este régimen constituye un elemento central de la divergencia que determina a nuestra regulación de telecomunicaciones.

²⁶ Agradezco estos datos sobre ENTEL a Diego Gil, quien hizo una investigación al respecto como alumno de mi curso en 2004.

Al gobierno de Frei Montalva siguió el de Salvador Allende, y a la promesa de “revolución en libertad” asociada al primero, siguió la de una “revolución con empanadas y vino tinto” asociada al segundo. La regulación de las telecomunicaciones no escapó a estos tiempos de progresiva estatización de la economía y de creciente volatilidad política. Un buen ejemplo de esto fue la Ley 17.910 de febrero de 1973, que declaró “extinguidos los contratos aprobados por la Ley 4.791, las disposiciones legales de excepción que menciona y la concesión otorgada por el Estado a la Compañía de Teléfonos de Chile para explotar el servicio telefónico en el país”

Con la simple fórmula “por exigirle el interés nacional”, se dejó sin efecto el régimen regulatorio

excepcional concedido a la Chile Telephone Company Limited en 1930, durante la primera administración de Ibáñez, y que heredó su sucesora, la Compañía de Teléfonos de Chile (CTC). Esta ley reflejó una tendencia que se venía desarrollando desde fines de la década de 1940, en el sentido de que el Gobierno podía alterar o revertir a su arbitrio actos o contratos administrativos en curso. Esto se vinculaba a la idea de que en el derecho público no existirían derechos adquiridos. Al respecto, comenta Aróstica (2002:193) “...en 1971, llegamos al extremo de degradar el derecho constitucional de propiedad, estampando que la mera invocación del ‘interés nacional’ bastaba para que el legislador pudiera modificar o extinguir estos acuerdos de voluntad (ley de reforma constitucional 17.450)”

En virtud de esta Ley 17.910, la CTC fue obligada a seguir prestando sus servicios intervenida por la Superintendencia de Servicios Eléctricos, de Gas y de Telecomunicaciones (que había reemplazado a la Dirección General de Servicios Eléctricos y de Gas en los años 1960) y se le sometió en todo al marco regulatorio general que establecía el DFL 4 de 1959. Como muchos recordarán, hubo un trasfondo político importante tras esta ley. La propietaria de la CTC, la norteamericana ITT, tuvo activos contactos con la CIA con el propósito de impedir la llegada de Salvador Allende al poder y, luego, de desestabilizar su gobierno.²⁷ Finalmente, éste fue derrocado por el Golpe de Estado de septiembre de 1973.

II.9 El Régimen Militar

Durante el Régimen Militar que se inauguró con ese Golpe, las telecomunicaciones experimentaron intensas reformas normativas. En muchos sentidos, el marco regulatorio que hoy nos rige proviene directamente de ellas. Esas reformas pueden ser ordenadas de acuerdo a una distinción que está bien establecida a la hora de analizar las medidas adoptadas por el Régimen Militar du-

rante el tiempo que detentó el poder. Hubo medidas reactivas, más frecuentes en sus inicios, aunque presentes durante todo el período; y medidas reorganizadoras.²⁸

Un claro ejemplo de medida reactiva en materia de telecomunicaciones fue el Decreto Ley 229, Crea el Registro Nacional de Telecomunicaciones, dictado en 1974. Los considerandos

de esa norma legislativa hablaban de su carácter reactivo: “La necesidad de tener un control a nivel nacional de los equipos de telecomunicaciones existentes en el país”. A estos efectos se creó un “Registro Nacional de Telecomunicaciones”, en el que debían inscribirse todas las instalaciones y equipos. En caso contrario, el equipo o instalación se consideraba ilegal y se generaban responsabilida-

²⁷ Al respecto puede consultarse, entre otras fuentes, el Church Report en

<http://foia.state.gov/Reports/ChurchReport.asp>

²⁸ Esta distinción es de Garretón (1986).

des penales. Además, esta norma suspendió la recepción de solicitudes relativas a nuevas concesiones y permisos, y declaró provisionales, por un período de seis meses, todas las que se encontraban vigentes.

Otra medida adoptada corto tiempo después del Golpe fue el Decreto Ley 258 de 1974, Crea una persona jurídica de derecho público denominada “Radio Nacional de Chile”, que tuvo un carácter en parte reactivo y, en parte también, reorganizador. Reactivo, pues esta radio estatal se creó sobre la base del conjunto de radios que habían estado vinculadas a los partidos de la derrocada Unidad Popular y que fueron confiscadas por las nuevas autoridades. Organizadora, pues creó un arreglo institucional que duró 20 años, hasta 1994, año en que fue privatizada mediante la Ley 19.315. Su objeto fue la “instalación, montaje, operación y explotación de estaciones de radiodifusión en cualquier parte del territorio nacional, pudiendo realizar todas las operaciones de difusión, culturales y comerciales que determine el reglamento”. La dirección de la radio correspondía a un Consejo de cinco miembros: el Director de Informaciones del Gobierno, quien lo presidía, y un miembro de cada una de las ramas de la FFAA. y de Carabineros. Nun-

ca antes había habido en Chile una radio en manos del Estado. Como se vio más arriba, Carlos Ibáñez quiso montar una en 1931, pero este esfuerzo nunca se materializó.²⁹

Pero el primer ejemplo claro y categórico de una medida reorganizadora sobre las telecomunicaciones llegó en abril de 1977, con el Decreto Ley 1.762, Crea la Subsecretaría de Telecomunicaciones dependiente del Ministerio de Transportes. Este Ministerio pasó a llamarse, entonces, “Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones”. Vale la pena reproducir los considerandos de esta norma legislativa: “Considerando: 1° La necesidad de crear un organismo superior que dirija, oriente, controle, coordine, fomente y desarrolle las Telecomunicaciones en Chile; 2° La necesidad de que este organismo superior sea de alto nivel técnico profesional, específico para las Telecomunicaciones y suficientemente dinámico y ejecutivo para cumplir sus funciones; y 3° La importancia de las Telecomunicaciones como factor para el desarrollo socioeconómico del país”.

La creación de la Subtel puede ser vista como un gesto orientado a “tecnificar” la regulación de las telecomunicaciones. El hecho de sacarla del Ministerio del Interior –del núcleo político

del Gobierno– y ponerla junto a Transportes, es reflejo de esta intención. También la declaración explícita en los considerandos por la necesidad de un órgano de “alto nivel técnico profesional específico” para las telecomunicaciones. Por otra parte, la creación de la Subtel eliminó la Superintendencia de Servicios Eléctricos, de Gas y de Telecomunicaciones.

Una de las primeras tareas encomendadas a la Subtel fue, en ejercicio de su potestad administrativa, el diseño de un “Política Nacional de Telecomunicaciones”. Como en 1960, otra vez el Estado se embarca en un “plan” para el sector, esto es, en una estrategia global de desarrollo, en un diseño holístico del futuro. Esto demuestra que Mario Góngora no estaba desencaminado al calificar también al Régimen Militar –sobre todo en su primera etapa, en la segunda mitad de los años 1970– como exponente de la época de las “planificaciones globales”.

Esta Política Nacional se materializó por Decreto Supremo 423, publicado en el Diario Oficial el 21 de octubre de 1978. Se advierten en ella ciertos principios que luego recogería la legislación.

²⁹ Ver nota 17.

³⁰ Respecto a la heterogeneidad normativa que se genera en esta época relativa a los órganos reguladores de actividades de utilidad pública o relevantes, el caso de la Subtel ha sido sintetizado de esta forma: “Así, por ejemplo, en el caso de las telecomunicaciones, el legislador optó por asignar la labor regulatoria a un departamento ministerial, el Ministerio de Transportes y de Telecomunicaciones, cometido que cumple a través de la Subsecretaría de Telecomunicaciones... de este modo, esta Subsecretaría colabora con el Gobierno en la definición y aplicación de las políticas, planes y normas del sector, jugando un papel clave en la interpretación administrativa de las normas reglamentarias y técnicas, en la resolución de los concursos públicos convocados para conceder dichos servicios de telecomunicaciones, fija las tarifas del servicio de telefonía local y de larga distancia nacional e internacional, cuando corresponda, y resuelve los conflictos que se presenten entre los usuarios-clientes y las empresas concesionarias. Además, fiscaliza el cumplimiento de las leyes, tratados y acuerdos internacionales, reglamentos y normas técnicas del sector. Así, en el sector de telecomunicaciones, un órgano de eminente naturaleza política tiene asignadas las funciones de dirección, reglamentación, resolución y fiscalización administrativas propias de los órganos reguladores” Ferrada (2003: 278-279).

Por ejemplo, el principio de no discriminación: “Las Tcs. estarán al servicio de todos los habitantes de Chile, sin privilegios, discriminaciones o excepciones, ni para las empresas, ni para los usuarios”. También se avizora la futura clasificación de los distintos servicios de telecomunicaciones: “El Sector de Tcs. se agrupará en los siguientes Subsectores o servicios: a) Servicios Públicos de Tcs. (bidireccionales): Son aquellos destinados a satisfacer las necesidades de Telecomunicaciones del público en general, sin discriminaciones o preferencias de ninguna especie. b) Servicios de radiodifusión sonora y televisiva (unidireccionales): Son aquellos que están destinados a proveer de los medios de Tcs. que sirvan para emisión y/o transmisión de las actividades de comunicación social. c) Actividades de Apoyo: Son aquellas actividades orientadas a satisfacer los requerimientos de investigación y entrenamiento del Sector Telecomunicaciones”.

La Política Nacional estableció, asimismo, el principio general sobre el papel del Estado en la regulación: “Dentro del territorio nacional, los Servicios de Telecomunicaciones antes señalados, estarán sujetos a la tuición reguladora general

del Estado”. Planteó la interconexión como objetivo de primer orden: “A largo plazo, se tenderá a la interconexión de las redes de Servicios de Tcs. en general con las del Servicio Público de Telecomunicaciones. La interconexión de los sistemas de servicios públicos de Tcs. tanto para el servicio interior como para el servicio internacional, será obligatoria y toda discriminación, restricción o impedimento injustificado, será prohibido y penado por la ley”. Y, marcando un quiebre con la tradición regulatoria del siglo XX en materia tarifaria, avanzó el principio general de libertad tarifaria, y de fijación tarifaria excepcional, que iba a consagrar luego la legislación: “En los servicios públicos de telecomunicaciones, el régimen de precios dentro del territorio nacional y con el exterior, será pactado libremente entre los proveedores del servicio y los usuarios. Lo anterior será también aplicable a los servicios intermedios que se presten entre sí las distintas empresas, entidades o personas que intervengan en su establecimiento. Sin embargo, si las condiciones y regulaciones del mercado fueren insuficientes para asegurar un régimen de libre competencia o se dan situaciones monopólicas, u otras distorsiones de semejante naturaleza, la auto-

ridad pública estará facultada por la ley para fijar el precio o tarifa de los servicios públicos de telecomunicaciones que se prestan a los usuarios, como asimismo, los que se prestan entre sí las distintas entidades que intervengan en su establecimiento, pudiendo regular las participaciones que les correspondan a cada una de ellas, en el precio total del suministro”.

Además de la Política Nacional, a la Subtel se le encomendó proponer al Gobierno un proyecto de Ley de Telecomunicaciones. Este proyecto desembocó, finalmente, en la Ley 18.168, General de Telecomunicaciones, dictada en 1982 y todavía vigente. En esta legislación se consagraron los principios avanzados por la Política Nacional de 1978.

III. Desde 1982 a la fecha: un esquema complejo de potestades normativas

III.1 Ley 18.168, General de Telecomunicaciones. Sexta y última regulación sistemática de las telecomunicaciones

El análisis de esta legislación debe partir por su nombre. Se trata de una ley “general de telecomunicaciones”. Es primera vez que la legislación se refiere a sí misma de esta manera. Dos cuestiones hay tras este nombre. La primera, representa el último paso de un proceso de creciente abstracción a la hora de definir la regulación su objeto. El primer paso de este proceso fue el Decreto de 1888 de Balmaceda, que asociaba la regulación a la infraestructura física de las telecomunicaciones, a las “líneas” de telégrafo y teléfono. Luego, durante buena parte del siglo XX, se le asoció a las “instalaciones eléctricas” y, después, a los “servicios eléctricos”. Se trata de una abstracción continua, que se va alejando de la dimensión más física de las telecomunicaciones, de los “fierros”, hasta llegar a la denominación más neutra y genérica de “telecomunicaciones”. La segunda cuestión tras este cambio de nombre es el fin de la regulación promiscua de telecomunicaciones y electricidad, que fue la tendencia histórica desde la Ley 1.665 de 1904. En 1982 esta regulación se separó: una ley específica para las telecomunicaciones y otra específica para la electricidad (DFL 1 de 1982).

Desde el punto de vista de su estructura, la Ley 18.168 es algo más sintética que las legislaciones que la antecedieron, aunque su contenido es tanto o más enjundioso. Cinco partes dividen su estructura:

- I. Disposiciones generales.
- II. De las concesiones y permisos.
- III. De las explotación y funcionamiento de los servicios de telecomunicaciones.
- IV. De las infracciones y sanciones.
- V. Final.

El contenido de la ley parte con una definición de telecomunicación: “Para los efectos de esta ley, se entenderá por telecomunicación toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos e informaciones de cualquier naturaleza, por línea física, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos”.³¹ A diferencia de las legislaciones anteriores, y en coherencia con la mayor abstracción de su nombre, esta ley no se refiere ya a “centrales” u “oficinas”

para especificar su objeto. En cambio, y por primera vez en esta historia regulatoria, la ley habla sólo de “servicios” y los ordena así:

- Servicios de telecomunicaciones de libre recepción o de 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.

³¹ Esta definición es parecida a la de “sistemas de telecomunicaciones” que hizo el DFL 4 de 1959 (ver, título II.7), y muy parecida a la que propuso la Comisión Nacional de Telecomunicaciones de 1960: “Toda transmisión, emisión o recepción de signos, escritos, imágenes, señales o información de cualquiera naturaleza, por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos”.

- Servicios públicos de telecomunicaciones, destinados a satisfacer las necesidades de telecomunicaciones de la comunidad en general. Estos deberán estar diseñados para interconectarse con otros servicios públicos de telecomunicaciones.
- Servicios limitados de telecomunicaciones, cuyo objeto es satisfacer necesidades específicas de telecomunicaciones de determinadas empresas, entidades o personas previamente convenidas con éstas.
- Servicios de aficionados a las radiocomunicaciones, cuya finalidad es la intercomunicación radial y la experimentación técnica y científica, llevadas a cabo a título personal y sin fines de lucro.

Esta forma de caracterizar las telecomunicaciones puede ser entendida como un paso hacia una regulación con un carácter más convergente. Esto, pues los “servicios” listados por la ley son más genéricos que la fórmula utilizada por las legislaciones anteriores, en el sentido de que éstas regulaban “líneas” y “centrales” telegráficas o telefónicas. Sin embargo, si bien este paso dado en 1982 fue un avance, fue más bien modesto, ya que la distinción en servicios sigue reflejando

un alto grado de divergencia. Así, por ejemplo, la radiodifusión sigue separada de los demás servicios públicos de telecomunicaciones. Además, esta persistente divergencia fue profundizada algunos años después, con la incorporación de nuevos “servicios” específicos, con regulaciones propias para cada uno. Sobre esto se volverá más adelante.

Por primera vez en esta historia regulatoria, la Ley 18.168 estableció un principio general para orientar al conjunto de la regulación: “Todos los habitantes de la República tendrán libre e igualitario acceso a las telecomunicaciones y cualquier persona podrá optar a las concesiones y permisos que establece la ley, salvo en los casos de excepción que las leyes expresamente señalen”. Las ideas de igualdad de trato y no discriminación que envuelve este principio general se extendieron por toda la legislación de telecomunicaciones. Por ejemplo: “El otorgamiento de las concesiones y permisos no estará sometido a restricciones ni limitaciones en cuanto a cantidad y tipo de servicio o a su ubicación geográfica, pudiendo existir más de una concesión o permiso de igual tipo de servicio en la misma área geográfica”. O bien, la incorporación del concurso público como mecanismo para materializar un escenario parejo para el juego de

los actores: “Cuando concurren varios interesados respecto de una misma concesión o permiso, que por razones técnicas no pudiera otorgarse a todos ellos, se llamará a concurso público y se asignará a quien o quienes ofrezcan las mejores condiciones técnicas y de financiamiento del proyecto”. Esto puede ser entendido como una positiva reacción a la enorme discrecionalidad que caracterizó históricamente a esta regulación. La experiencia de las concesiones de radiodifusión televisiva hasta 1989, vista más arriba, es un ejemplo elocuente de esa discrecionalidad.

La Ley 18.168 intensifica la búsqueda de un objetivo que ya había fijado la legislación anterior, en especial el DFL 4 de 1959: la formación de una red de telecomunicaciones. A esto se apunta obligando a los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones a establecer y aceptar interconexiones, y dando la posibilidad a estos mismos concesionarios de ofrecer sus servicios usando los sistemas “de otras empresas”.

Una innovación fundamental de esta ley fue el intento de volver a los principios de libertad tarifaria y contractual que caracterizaron a regulación de las comunicaciones electrónicas durante la segunda mitad de siglo XIX, y que fueron luego abandonados durante buena

parte del Siglo XX.³² Conforme al principio general establecido por la Política Nacional diseñada en 1978 –y que fue revisada más arriba–, la ley indicó: “Los precios o tarifas de los servicios públicos de telecomunicaciones, dentro del territorio nacional y hacia el exterior, serán libremente convenidos entre los proveedores del servicio y los usuarios. Lo anterior será también aplicable a los servicios intermedios que contraten entre sí las distintas empresas, entidades o personas que intervengan en su prestación.” Y la misma lógica para las interconexiones: “las partes interesadas pactarán libremente las interconexiones”.

La libertad tarifaria es la regla general. Sin embargo, se considera la posibilidad excepcional de fijación tarifaria: “Si las condiciones o regulaciones del mercado fueren insuficientes para asegurar un régimen de libre competencia o se dieran situaciones monopólicas u otras distorsiones de semejante naturaleza, según calificaciones que de oficio o a petición de parte haga la Fiscalía Nacional Económica, los Ministros de Transportes y Telecomunicaciones y de Economía, Fomento y Reconstrucción podrán fijar, sobre la base de tal pronunciamiento, también de oficio o a

petición de parte, mediante resolución conjunta, los precios o tarifas máximas de los servicios que se encuentren en tal situación”.

Respecto del modelo usado en esta fijación, la ley introduce una nueva innovación: se abandona el modelo de “tasa de retorno”, usado sistemáticamente por las regulaciones anteriores, y se le reemplaza por uno que se aproxima al de “empresa eficiente”: “Los precios o tarifas que se fijen deberán determinarse de acuerdo a los costos directos y necesarios para producir el servicio y el margen de rentabilidad que señalen los Ministerios antes mencionados”. Según Aróstica (2000: 75), hasta 1982 la normativa tarifaria estaba mal diseñada y mal aplicada: “Lo uno, porque desde la Ley de Servicios Eléctricos de 1925, las tarifas se habían venido fijando sobre la base de cálculos contables: supuestamente se garantizaba un cierto retorno al capital invertido usando criterios de ‘costo medio’, lo que, desde el punto de vista económico y social, distaba mucho de ser el procedimiento más adecuado. Lo otro, porque al momento de su aprobación la autoridad comenzó a privilegiar la ponderación de aspectos políticos, en desmedro de los criterios téc-

nico-económicos que debían presidir el cálculo de las tarifas: al poner énfasis en que se trataba de un ‘servicio público’, se creyó que necesariamente las tarifas resultantes, o tenían que ser redistributivas, o tenían que sufrir reajustes inferiores al alza del costo de la vida. Fueron estos factores externos al quehacer de las empresas los que inhibieron la eficiencia y desincentivaron las inversiones. Y como esas condiciones no estimulaban, precisamente, a las compañías proveedoras a mejorar la calidad del servicio o a implementar nuevos planes de expansión, es que a la postre se provocó un déficit crónico del servicio telefónico local.”³³

En 1987, hacia el final del Régimen Militar, se dictó el DFL 1, con algunas reformas a la Ley 18.168. Modificó ciertos aspectos del mecanismo de fijación tarifaria. Además, agregó a la lista de “servicios” de telecomunicaciones dos nuevos: los servicios “intermedios” y los “complementarios”. Los primeros son los que “se prestan a los servicios de telecomunicaciones” de libre recepción o de radiodifusión, a los servicios limitados de televisión, a los servicios públicos de telecomunicaciones, y a los servicios limitados de telecomunicaciones. Los segundos consisten en

32 Sobre libertad tarifaria en el siglo XIX, ver I.4.

33 Otro comentario pertinente aquí es el de Breyer (2000:32): “Hay un sistema para fijar tarifas que en los Estados Unidos se llama ‘costo de servicio’. Es un sistema fantástico que evolucionó en el tiempo y que es interesante enseñar a los alumnos. Lo que normalmente hago, después de haberles enseñado el sistema y cómo evolucionó durante treinta o cuarenta años, es preguntarles lo siguiente: imaginemos que tenemos tanta suerte que Dios mismo se interesa por el tema y quiere fijar la tarifa perfecta. La tarifa perfecta, según este sistema, sería igual al costo de producción, incluyendo el costo del capital invertido (es decir, incluida una ganancia razonable). Imaginemos también que podemos poner toda la información en una computadora que ajusta la tarifa minuto a minuto. ¿Habría algún problema? Luego, después de algunos minutos, siempre hay algunos alumnos que preguntan, ¿y qué estímulo existiría para que esa empresa fuera eficiente? ¿Qué estímulo para que baje sus gastos? La respuesta es, por supuesto, que ninguno. Si la empresa está regulada y la tarifa resulta perfecta, no habría ningún estímulo para reducir los costos.”

“prestaciones adicionales” que proveen los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones, o terceros que contraten con ellos; prestaciones que se proveen mediante la conexión de equipos complementarios a las redes públicas. Estos dos nuevos servicios específicos, sometidos cada uno a reglas particulares, intensificaron el carácter divergente de la regulación.

Respecto a la fijación tarifaria, el DFL 1 de 1987 consolidó el modelo de “empresa eficiente”, formalizó más el proceso de fijación tarifaria, excluyó de la posibilidad de ésta a la telefonía móvil e hizo un cambio orgánico, reemplazando a la Fiscalía Nacional Económica por la Comisión Resolutiva a la hora de calificar las condiciones del mercado. Así lo dispuso: “Los precios o tarifas de los servicios públicos de telecomunicaciones y de los servicios intermedios que contraten entre sí las distintas empresas, entidades o personas que intervengan en su prestación, serán libremente establecidos por los proveedores del servicio respectivo sin perjuicio de los acuerdos que puedan convenirse entre éstos y los usuarios. No obstante, si en el caso de servicios públicos telefónicos local y de larga distancia nacional e internacional –excluida la telefonía móvil y los servicios de conmutación y/o transmisión de señales previstas como servicio intermedio

o bien como circuitos privados– existiere una calificación expresa por parte de la Comisión Resolutiva (creada por el Decreto Ley N° 211 de 1973) en cuanto a que las condiciones existentes en el mercado no son suficientes para garantizar un régimen de libertad tarifaria, los precios o tarifas del servicio calificado serán fijados de acuerdo a las bases y procedimientos que se indican en este Título. En todo caso, si las condiciones se modificaren y existiere pronunciamiento en tal sentido por parte de dicha Comisión Resolutiva, el servicio dejará de estar afecto a la fijación de tarifas.”

Sobre el modelo de fijación tarifaria, se estableció: “La estructura, nivel y mecanismo de indexación de las tarifas de los servicios afectos serán fijados por los Ministerios de Transportes y Telecomunicaciones y de Economía, Fomento y Reconstrucción cada cinco años sobre la base de los costos incrementales de desarrollo del servicio respectivo, considerando los planes de expansión de las empresas a implementarse en un período no inferior a los siguientes cinco años de acuerdo a la demanda prevista. Para estos efectos, el costo incremental de desarrollo se definirá como aquel monto equivalente a la recaudación promedio anual que, de acuerdo a los

costos de inversión y de explotación, y en consideración a la vida útil de los activos asociados a la expansión, las tasas de tributación y de costo de capital, sea consistente con un valor actualizado neto del proyecto de expansión igual a cero”

Y se consagró explícitamente el modelo de empresa eficiente: “Para efectos de las determinaciones de costos indicados en este Título, se considerará en cada caso una empresa eficiente que ofrezca sólo los servicios sujetos a fijación tarifaria, y se determinarán los costos de inversión y explotación incluyendo los de capital, de cada servicio en dicha empresa eficiente. Los costos a considerar se limitarán a aquellos indispensables para que la correspondiente empresa eficiente pueda proveer los servicios de telecomunicaciones sujetos a regulación tarifaria, de acuerdo a la tecnología disponible y manteniendo la calidad establecida para dichos servicios”.

El cambio que en materias tarifarias introdujeron el texto original de la Ley 18.168 y las modificaciones del DFL 1 de 1987, es significativo. Esto, pues restableció como regla general la libertad tarifaria y contractual. También porque la excepción a esa regla general se actualiza de un modo casuístico, empíri-

camente cercano y, por tanto, mutable en el tiempo. A la vez fue significativo desde el punto de vista del diseño institucional, pues se hizo más complejo el esquema de potestades normativas que interviene en la regulación de las telecomunicaciones. Históricamente, esta regulación estuvo entregada básicamente a dos potestades: la legislativa y, más coti-

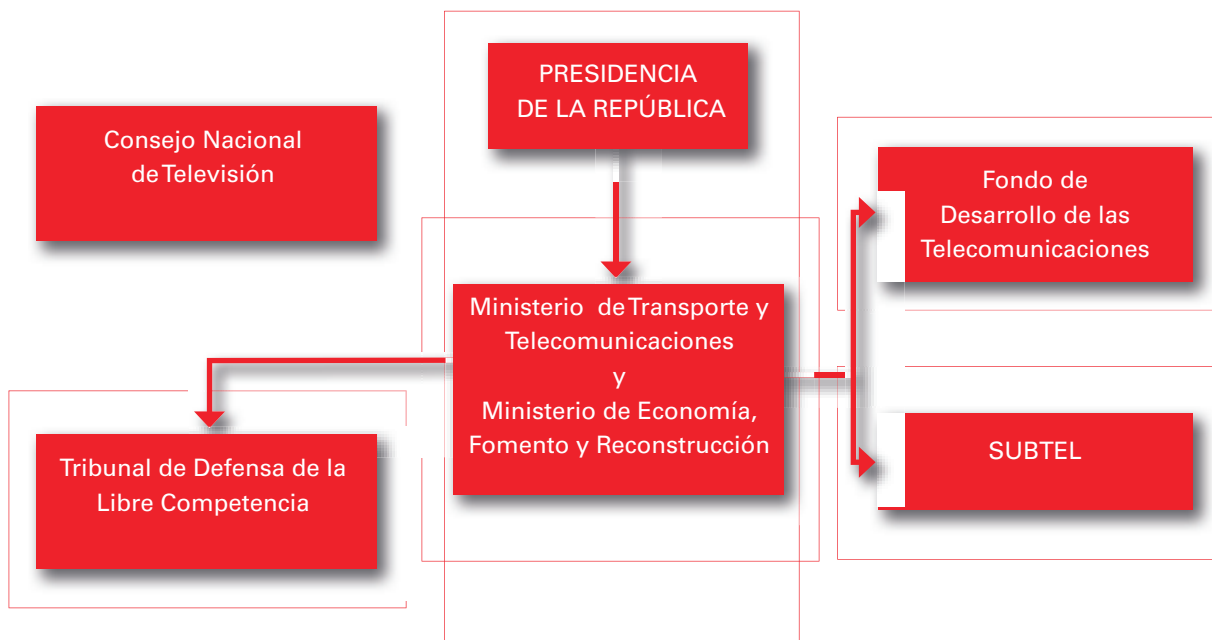
dianamente, la administrativa, además, claro, de la potestad constituyente, aunque ésta es la más general y abstracta, de un ejercicio mucho más esporádico y con una presencia más bien "atmosférica" sobre la regulación.

Así, los cambios legislativos de 1982 y 1987 incorporaron a las potestades legislativa y admi-

nistrativa una tercera potestad normativa: la jurisdiccional, representada por el organismo antimonopolio. Como se verá más adelante, este organismo ha venido adquiriendo un papel crecientemente protagónico sobre las telecomunicaciones. El diseño orgánico dibujado esos años, y todavía en pie, es así:

GRÁFICO 4

Diseño Orgánico del Regulador de Telecomunicaciones Ley 16.168 General de Telecomunicaciones



Al tiempo que se configuraba este diseño institucional, el Régimen Militar se embarcaba en un proceso de privatización de algunas de sus empresas de telecomunicaciones. Este proceso había empezado en 1981, con la Ley 18.016, que autorizó al Gobierno para transformar el Servicio de Correos Telégrafos. En virtud de esta autorización, se dictó el DFL 10 de 1981 que, poniendo término a ese servicio, creó la “Empresa de Correos de Chile” y constituyó “Telex Chile Comunicaciones Telegráficas S.A.” Esta última se privatizó en 1986. Entel, por su parte, se privatizó entre 1986 y 1989. La Compañía de Teléfonos de Chile entre 1988 y 1990. Por último, la Radio Nacional de Chile fue privatizada ya en democracia, en 1994. El Estado, sin embargo, aún no se desprende de la Empresa de Correos de Chile ni de TVN.

Después de perder el plebiscito de 1988, el Régimen Militar siguió la costumbre de sus antecesores y reguló la televisión poco antes de abandonar el poder. En septiembre de 1989, pocos meses antes de la elección presidencial que ganó Patricio Aylwin, se dictó la Ley 18.838, Crea el Consejo Nacional de Televisión. Nueve años después, esta ley materializó las disposiciones sobre televisión de la reforma constitucional de 1980. Es decir, dio alguna definición a la idea de

“correcto funcionamiento” al que debían someterse los concesionarios de radiodifusión televisiva, definió la organización y funciones del nuevo Consejo Nacional de Televisión y, lo más importante, derogó el duopolio Estado-universidades que por tantos años caracterizó a nuestra televisión.

El “correcto funcionamiento” por el que debía velar el CNTV fue definido como: “la constante afirmación, a través de la programación, de la dignidad de las personas y de la familia, y de los valores morales, culturales, nacionales y educacionales, especialmente la formación espiritual e intelectual de la niñez y la juventud” (Art. 1). Para velar por su cumplimiento, el CNTV fue dotado de una potestad normativa general y, además, del poder de aplicar el Derecho a fin de sancionar a los infractores.³⁴ También se le encomendó la tarea de financiar programas de calidad mediante un fondo. Por último, se le confirió el poder de otorgar, modificar y declarar el término de las concesiones televisivas.

Como se apuntó más arriba, la gran modificación introducida por el régimen militar a la regulación televisiva tuvo que ver con las concesiones. Hasta 1989, las concesiones eran sólo cuatro, todas otorgadas por ley. A partir de la Ley 18.838, el derecho de transmitir televisión

se extendió a todo el que así lo solicite y cumpla ciertos requisitos legales. De acuerdo a esa ley, todas las concesiones serían otorgadas por el CNTV y tendrían una duración indefinida. Esto valía tanto para las cuatro concesiones existentes a la fecha de su entrada en vigencia (TVN, UC-TV, UCH-TV y UCV-TV), como para las nuevas que se otorgaran (Art. 4 transitorio).³⁵ En este sentido, la Ley 18.838 intentó acercar el régimen de propiedad de la televisión a la tendencia histórica que existía respecto de la radiodifusión, es decir, concesiones administrativas y de postulación abierta. Sólo una diferencia mantuvo la especialidad de la televisión: la duración indefinida de las concesiones. Esta ley, sin embargo, tuvo una corta vida. Tan pronto cambió el régimen político en marzo de 1990, el nuevo Gobierno buscó una nueva regulación televisiva. Esta se materializó en 1992 mediante las Leyes 19.131, Crea el Consejo Nacional de Televisión, y 19.132, Crea Empresa Televisión Nacional de Chile. Ambas conforman la legislación televisiva, hoy vigente. Volveremos a ellas más adelante.

34 A la obligación de “correcto funcionamiento” fue sometida tanto la televisión abierta o radiodifusión televisiva, como los “servicios limitados” de televisión.
35 Dos nuevas se constituyeron rápidamente: Megavisión y La Red-TV. Ambas compraron frecuencias que poseía TVN (frecuencias 9 y 4, respectivamente).
Luego, una vez cambiado el régimen político, se incorporó el canal Rock & Pop (frecuencia 2 en Santiago).

III.2 Cambio de régimen político

La reinstalación del régimen democrático en 1990 fue seguida de un relativamente intenso ejercicio de la potestad legislativa en torno a las telecomunicaciones. Estas reformas tuvieron distinta relevancia. Algunas tuvieron mucha importancia, como las modificaciones experimentadas por la regulación televisiva y, poco después, la introducción del multicarrier. Otras tuvieron una preponderancia menor, como la Ley 19.091, de noviembre de 1991, la primera modificación legislativa de las telecomunicaciones en el nuevo régimen político.

El año 1992 fue el de reforma de la televisión. Se dictaron la Ley 19.131, que modificó la Ley 18.838 sobre el CNTV y sobre el sistema televisivo en general; y la Ley 19.132, que creó la empresa Televisión Nacional de Chile. Por primera vez, TVN tiene una legislación propia. Estas dos leyes conforman el marco regulatorio de la televisión vigente en la actualidad. Este esquema regulatorio preserva el carácter altamente excepcional que ha caracterizado a la regulación televisiva desde que fue por primera vez esbozada en 1965.

La preocupación por los contenidos televisivos continúa, al punto que el CNTV se mantiene como órgano regulador especial para la televisión, con todas sus potestades normativas y fiscalizadoras, tanto frente a la televisión abierta como a la televisión por cable. La Ley 19.131 sólo cambió la forma en que se designan los miembros del CNTV. Esta ley, además, modificó el concepto de “correcto funcionamiento” en dos sentidos. Primero, exigió de los canales una actitud algo menos proactiva, al cambiar el verbo rector de la “constante afirmación” de ciertos valores, a su “permanente respeto”. Segundo, amplió aún más el ámbito del concepto, para abarcar el “permanente respeto, a través de su programación, a los valores morales y culturales propios de la Nación; a la dignidad de las personas; a la protección de la familia; al pluralismo; a la democracia; a la paz; a la protección del medio ambiente, y a la formación espiritual e intelectual de la niñez y la juventud dentro de dicho marco valórico”.

Respecto de las concesiones televisivas, la Ley 19.131 mantuvo en lo básico la reforma

del régimen militar, en el sentido de que ellas están abiertas a quienes las soliciten. Pero, en cierto modo, esta ley volvió atrás, a los primeros orígenes de la regulación. Como vimos, la Ley 18.838 dispuso que todas las concesiones, existentes y nuevas, durarían indefinidamente. La Ley 19.131, en cambio, dispone que únicamente las concesiones vigentes a la fecha de su entrada en vigencia tienen una duración indefinida: las nuevas, sometidas al régimen común y general, sólo duran 25 años (Arts. 25 y 3 transitorio). Esto fue una discriminación en favor de los cuatro operadores “históricos” (TVN, UC-TV, UCH-TV y UCV-TV) y, en algún sentido, también en favor de los tres que se incorporaron tras la Ley 18.838 (Megavisión, La Red-TV y Rock & Pop).³⁶ Esta ley de 1992 fue un paso atrás, pues volvió a consagrar un trato privilegiado para algunos operadores. Este régimen diferenciado de concesiones televisivas plantea ahora un problema para el tránsito hacia la TV digital, sobre todo si se quiere aprovechar este avance tecnológico para un uso más racional y eficiente del espectro radioeléctrico.³⁷

³⁶ Megavisión y La Red-TV configuran aquí un caso más complejo, pues ellos compraron sus concesiones a TVN por lo que podría decirse que ellos “pagaron” por concesiones indefinidas en el tiempo, concesiones que, en todo caso, fueron regaladas en su momento a TVN. Rock & Pop es un caso más claro, pues a éste, como a los canales históricos, le fue otorgada una concesión por la que no pagó.

³⁷ Sobre este punto, ver Sierra (2006).

Conviene apuntar también que esta regulación televisiva configurada en 1992 continúa la antigua tradición de subsidio a la industria, y la profundiza con un mecanismo doble de subsidios a las concesionarias, con subsidios a la cobertura y a subsidios a los contenidos televisivos. Con los primeros el Fisco ayuda a expandir geográficamente el alcance de los canales. Con los segundos, el Fisco apoya la producción y transmisión de programas que se estiman valiosos. Los primeros se materializan a través del “Fondo Antena” establecido en la Ley 19.131 y administrado por el CNTV; y a través del subsidio concedido por la Ley 19.178, de diciembre de 1992. Los segundos se materializan a través del “Fondo CNTV”; también establecido por la Ley 19.131 y administrado por el CNTV; del “Fondo de Fomento Audiovisual”; que administra el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes; y del “Concurso Nacional de Proyectos para TV”; que administra la CORFO. Todo esto exacerba el carácter divergente que refleja la regulación televisiva en el contexto más general de la regulación de las telecomunicaciones. Así, por ejemplo, estos fondos para la televisión son distintos e independientes del Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones. Este carácter divergente se ve, además, en el diseño institucional: el CNTV ejerce una

potestad normativa especial –la potestad autónoma– para regular exclusivamente a la televisión. Dejemos ahora la regulación televisiva y volvamos a la de telecomunicaciones.

En 1994, la Ley 18.168 experimentó dos importantes reformas. Una fue la Ley 19.277, del mes de enero, y la otra fue la Ley 19.302, del mes de marzo. A continuación se revisan ambas.

La Ley 19.277 abarcó tres tipos de cuestiones. La primera se refirió al régimen de autorizaciones. La segunda, al procedimiento de entrega de las autorizaciones, que se hizo algo más jurisdiccional, en el sentido que pasó a ser considerado más como un proceso ante una instancia jurisdiccional, que ante una administrativa que posteriormente pueda ser controvertible judicialmente, como lo entendió el Tribunal Constitucional, según veremos más adelante. Finalmente la tercera consistió en una ampliación de las potestades sancionadoras del ministro de Transportes y Telecomunicaciones, y una nueva tipificación de delitos asociados a las telecomunicaciones. Adicionalmente, esta reforma amplió el sentido del principio de acceso universal que había consagrado el texto original de la Ley 18.168, al espectro radioeléctrico: “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, especialmente temporales, otorgadas por el Estado.”

Con respecto al régimen de autorizaciones, dentro de los servicios de telecomunicaciones de libre recepción se creó una subcategoría de servicios de radiodifusión “de mínima cobertura”, que consisten, por regla general, en estaciones cuya potencia radiada no exceda de 1 watt como máximo dentro de la banda de los 88 a 108 MHz, y cuya cobertura no sobrepase los límites territoriales de la respectiva comuna.³⁸

Ahora bien, respecto de las concesiones de servicios de telecomunicaciones de libre recepción o de radiodifusión, en general, se mantuvo la exigencia de que se otorguen por concurso público, pero se detalló profusamente todo el procedimiento (llamado, plazos, postulaciones, etc.). Y aquí apareció una novedad: los reclamos los conoce el ministro de Transportes y Telecomunicaciones, lo que fue interpretado por el Tribunal Constitucional como una aplicación del principio de doble instancia procesal –propio de órganos jurisdiccionales– a esta instancia administrativa. Esto, por cuanto el fallo que resuelve la reclamación es sus-

38 Sobre la situación y problemas de las radios de mínima cobertura o comunitarias en la Región Metropolitana, véase Rodríguez y Vera (2005).

ceptible de ser apelado ante la Corte de Apelaciones de Santiago.³⁹

En fin, respecto a la nueva tipificación penal, se asignó a quien “maliciosamente interfiera, intercepte o interrumpa un servicio de telecomunicaciones”; una pena de presidio menor en cualquiera de sus grados y el comiso de los equipos e instalaciones. Quizás tenga un interés anecdótico recordar que ella fue consecuencia del bullado “Caso de la grabadora Kyoto” o “Piñeragate”. Como se recordará, en 1992 unos funcionarios del Ejército interceptaron y grabaron una conversación telefónica inalámbrica entre un político y su amigo, que era algo comprometedor para ambos. Esta fue luego reproducida en un canal de televisión abierta, causando gran revuelo público.

Pasemos ahora a la Ley 19.302. Ella introdujo el multicarrier y fue precedida por interesantes antecedentes. Estos tuvieron que ver con una pregunta fundamental que se planteó a fines de los años 1980, cuando avanzaba el proceso de privatización de las empresas de telecomunicaciones: ¿Podía haber integración vertical entre la telefonía

local y la de larga distancia nacional e internacional?

En 1989, esta pregunta fue dirigida por la Subtel a la Comisión Preventiva Central. En octubre de ese año, mediante los Dictámenes 718/763, esa comisión respondió negativamente, pues, a su juicio, la libre competencia se resentiría. Contra esta decisión, una concesionaria de telefonía local recurre ante la Comisión Resolutiva. Entel se hace parte en este procedimiento, con la pretensión de que los Dictámenes recurridos fueran confirmados. La Comisión Resolutiva, mediante Resolución 332 de 1989, revalidó los Dictámenes, señalando que podía haber integración vertical, sujeto, eso sí, a la condición de que se pusiera en práctica un sistema de multicarrier discaado. Ante esta decisión, Entel recurrió de queja ante la Corte Suprema, la cual en mayo de 1990 la dejó sin efecto y ordenó un estudio más acabado del asunto.

Este estudio llegó tres años después, con la interesante Resolución 389 de la Comisión Resolutiva (16/04/1993). Ella es un reflejo de la mayor complejidad que ha venido adquiriendo el esquema de potestades

normativas en torno a la regulación de telecomunicaciones. Esto, pues se trata de una potestad cercana a la jurisdiccional, que, a partir de esa Resolución de 1993, comenzará a tener una influencia creciente en esa regulación. La decisión sobre VoIP, tomada al momento de escribir estas líneas, es un nuevo testimonio de este protagonismo e influencia del órgano antimonopolios respecto de las telecomunicaciones.

La Resolución 389 de 1993 empezó con una advertencia destinada a dejar en claro el verdadero ámbito de competencia del órgano antimonopolios que la dictó: “Es necesario dejar establecido que esta Comisión no entrará a definir la estrategia ni menos la política de desarrollo del sector telecomunicaciones, pues ello compete a otros órganos del Estado. La acción de los organismos antimonopolios está orientada a evitar prácticas monopólicas y a impedir la ocurrencia de conductas que atentan contra la libre competencia, dan origen a ineficiencias, distorsionan la asignación de recursos y perjudican al consumidor final. Es por ello que interesa a este Tribunal que se genere la mayor competencia posible, con

39 Sostuvo el Tribunal Constitucional (1993), en fallo rol 176: “Que la primera modificación a la Ley General de Telecomunicaciones que se somete a control de constitucionalidad, se contiene en el artículo nuevo que se crea con el N° 13 A... [el análisis de] los incisos que conforman el nuevo artículo 13 A del proyecto, conduce inexorablemente a concluir que la actividad y actitud que adopta el Ministro de Transportes y Telecomunicaciones cuando dicta una resolución que otorga o deniega una concesión o un permiso de telecomunicaciones, es la de un funcionario público que está estableciendo o afectando derechos de terceros, es decir, está actuando como una autoridad administrativa que por la vía de la reclamación pasará a ejercer funciones jurisdiccionales, sometida al procedimiento judicial administrativo que la propia disposición le señala... Confirma lo expuesto precedentemente si se tiene en consideración que el artículo 13 A preceptúa que las resoluciones que dicte el Ministro resolviendo una reclamación deducida en contra de la asignación o denegación de una concesión de telecomunicaciones, son revisables por los tribunales ordinarios de justicia mediante la interposición que hace el afectado del recurso de apelación ante la Corte de Apelaciones de Santiago. Es decir, es indudable que se está en presencia de un proceso jurisdiccional, con partes involucradas en la solución de un conflicto de intereses de relevancia jurídica, con una resolución o sentencia que dicta una autoridad en primera instancia, la que es revisada por un tribunal de segunda instancia, que viene a constituirse en el superior jerárquico del que dicta la resolución. Estamos en presencia de aquel concepto que los estudiosos y profesores de derecho procesal denominan el “principio de la doble instancia”, cuyo fundamento esencial es que el mismo asunto sea visto en dos oportunidades por distintos jueces, todo ello a través del recurso de apelación...”

un enfoque dinámico, dentro del marco regulatorio que se establezca y que se desarrolle el mercado en la forma más conveniente para los usuarios y demás agentes económicos, generando un funcionamiento del sector con el mayor nivel de eficiencia viable.”

Hecha esta aclaración, pretendidamente autolimitativa, la Comisión Resolutiva fija el norte hacia el cual debe apuntar la regulación: “Para que exista competencia en la prestación de servicios de telecomunicaciones de larga distancia nacional e internacional, debe ponerse en aplicación un sistema que permita al usuario elegir al portador del servicio. Por ello, solo pueden existir dos opciones en cuanto a la elección de los sistemas hasta ahora conocidos: el llamado multiportador o multicarrier discado o el multiportador o multicarrier contratado, pues ambos dejan en manos del usuario dicha opción que nadie debiera arrogarse en su nombre.”

Y, luego, una referencia implícita al fenómeno de la convergencia tecnológica: “A juicio de esta Comisión, no es conveniente segmentar el mercado de telecomunicaciones en mercados de telefonía y de otros servicios, y en mercados de telecomunicaciones local y de larga distancia nacional e internacional. Lo cierto es que los avances tecnológicos dificultan cada vez más tales distinciones y segmentaciones, las que

quedan o han quedado obsoletas con gran rapidez. Por ello, tampoco es deseable impedir el ingreso de las compañías de telecomunicaciones locales a la larga distancia nacional e internacional, ni el ingreso de las empresas que prestan estos últimos servicios a las telecomunicaciones locales.”

- Adopción de un sistema multicarrier discado, exclusivamente o acompañado del sistema multicarrier contratado, que permiten al usuario la libre elección del portador.
- Accesos equivalentes en calidad a todos los portadores de larga distancia.
- Las empresas que se integren verticalmente deben hacerlo mediante filiales o coligadas constituidas como sociedades anónimas diferentes.
- Las empresas locales que posean enlaces de larga distancia deben transferirlos a una filial en el plazo que se señala.
- La mediación, tasación, facturación y cobranza de los servicios de larga distancia, las efectuará la empresa de telefonía local cobrando tarifas no discriminatorias.
- Todos los portadores de servicios de larga distancia podrán ser seleccionados por los usuarios marcando un

número con igual cantidad de dígitos para todos ellos.

- Las empresas de telefonía local deben dar acceso a todos los portadores de larga distancia.
- Las empresas de telefonía local cobrarán a los portadores de larga distancia cargos de acceso no discriminatorios, fijados por la autoridad sobre la base del costo directo del servicio.

Tras fijar este norte para la regulación, la Comisión Resolutiva pasa la responsabilidad de su materialización a los órganos que tienen la responsabilidad de diseñar políticas: “La Subsecretaría de Telecomunicaciones implementará y velará por el cumplimiento de las condiciones señaladas en las decisiones de este fallo, sin perjuicio de las facultades que a este respecto pertenecen a esta Comisión y al Fiscal Nacional Económico, en su caso”.

Esta decisión puso en movimiento la potestad legislativa y, después, la administrativa. Como legislador, el Gobierno envió el proyecto de ley que se convirtió en la Ley 19.302, modificando algunas disposiciones de la Ley 18.168 para materializar las condiciones impuestas por el órgano antimonopolios. Así, incorporó como “servicio intermedio de telecomunicaciones” a los servicios prestados por terceros destinados a “prestar servicio

telefónico de larga distancia a la comunidad en general”

Tras subsumir al multicarrier en la nomenclatura de “servicios” de telecomunicaciones, la ley siguió a la letra la decisión de la Comisión Resolutiva: “El concesionario de servicio público telefónico deberá establecer un sistema de multiportador discado que permita al suscriptor o usuario del servicio público telefónico seleccionar los servicios de larga distancia, nacional e internacional, del concesionario de servicios intermedios de su preferencia. Este sistema deberá permitir la selección del servicio intermedio en cada llamada de larga distancia, tanto automática como por vía de operadora, marcando el mismo número de dígitos para identificar a cualquier concesionario de servicios intermedios. Los dígitos de identificación de cada concesionario de servicios intermedios serán asignados mediante sorteos efectuados por la Subsecretaría de Telecomunicaciones. El concesionario de servicio público telefónico deberá ofrecer, dar y proporcionar a todo concesionario de servicios intermedios que prevea servicios de larga distancia, igual clase de accesos o conexiones a la red telefónica. Asimismo, no podrá discriminar entre otros, en modo alguno, especialmente, respecto de la calidad, extensión, plazo, valor y precio de los servicios que les preste con motivo o en razón del acceso o uso del sistema multiportador. Los con-

cesionarios de servicios intermedios podrán establecer un sistema de multiportador contratado, opcional, que permita al suscriptor elegir los servicios de larga distancia, nacional o internacional, del concesionario de servicios intermedios de su preferencia, mediante convenio, por un período dado. El concesionario de servicio público telefónico deberá ofrecer, dar y proporcionar a todos los concesionarios de servicios intermedios que presten servicios de larga distancia, en igualdad de condiciones económicas, comerciales, técnicas y de información, las facilidades que sean necesarias para establecer y operar el sistema de multiportador contratado. Las funciones de medición, tasación, facturación y cobranza de los servicios de larga distancia las efectuarán las empresas prestadoras de dichos servicios, sin perjuicio de que éstas puedan realizarlas contratando el todo o parte de tales funciones con el concesionario de servicio público telefónico, quien estará obligado a prestar dicho servicio una vez requerido, según tarifas fijadas de acuerdo con lo establecido en los artículos 30 a 30 J, por los Ministerios de Transportes y Telecomunicaciones y de Economía, Fomento y Reconstrucción, en adelante “los Ministerios”, los cuales también deberán aprobar o fijar el formato, dimensiones y demás detalles de la cuenta única que recibirá el suscriptor”.

Y en junio de 1994, el Gobierno, en ejercicio de su potestad administrativa, dictó el Decreto Supremo 189, Reglamento para el Sistema de Multiportador Discado y Contratado del Servicio Telefónico de Larga Distancia Nacional e Internacional. Esta norma permitió que toda esta nueva regulación se pusiera en práctica, con los conocidos beneficios que ha traído a los usuarios.

Con esta reforma se configuró el esquema de servicios de telecomunicaciones vigente hoy: un esquema diversificado que, de un modo más abstracto que en las legislaciones pasadas, reproduce la inercia divergente que ha caracterizado históricamente a la regulación de las telecomunicaciones. Seis son los tipos de servicios:

- Servicios de telecomunicaciones de libre recepción o de 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. Dentro de estos servicios, constituyen una subcategoría los servicios de radiodifusión de mínima cobertura.
- Servicios públicos de telecomunicaciones, destinados a satisfacer las necesidades de telecomunicaciones de la comunidad en general. Estos deberán estar dise-

ñados para interconectarse con otros servicios públicos de telecomunicaciones.

- Servicios limitados de telecomunicaciones, cuyo objeto es satisfacer necesidades específicas de telecomunicaciones de determinadas empresas, entidades o personas previamente convenidas con éstas.
- Servicios de aficionados a las radiocomunicaciones, cuya finalidad es la intercomunicación radial y la experimentación técnica y científica, llevadas a cabo a título personal y sin fines de lucro.
- Servicios intermedios de telecomunicaciones, constituidos por los servicios prestados por terceros, a través de instalaciones y redes, destinados a satisfacer las necesidades de transmisión o conmutación de los concesionarios o permisionarios de telecomunicacio-

nes en general, o prestar servicio telefónico de larga distancia a la comunidad en general.

- Servicios complementarios, las concesionarias de servicio público de telecomunicaciones o terceros podrán dar prestaciones complementarias por medio de las redes públicas. Estas prestaciones consisten en servicios adicionales que se proporcionan mediante la conexión de equipos a dichas redes, los cuales deberán cumplir con la normativa técnica que establezca la Subsecretaría y no deberán alterar las características técnicas esenciales de las redes, ni el uso que tecnológicamente permitan, ni las modalidades del servicio básico que se preste con ellas.

Esta diversidad de servicios tiene un correlato también divergente en el actual régimen de autorizaciones, que varía según el tipo de servi-

cio de que se trate:

- **Servicios de radiodifusión:** requieren concesión. En el caso de la radiodifusión televisiva, hay concesiones indefinidas y otras que duran 25 años. Las de radiodifusión sonora duran 25 años.
- **Servicios públicos:** requieren concesión, que dura 30 años.
- **Servicios limitados:** requieren permiso, que dura 10 años. Excepto en el caso de la televisión por cable, cuyos permisos son indefinidos.
- **Servicios de aficionados y comunitarios:** requieren licencia, que dura 5 años.
- **Radios de mínima cobertura:** requieren concesión, que dura 3 años.
- **Servicios intermedios:** requieren concesión, que dura 30 años.
- **Servicios complementarios:** no requieren de autorización alguna y son indefinidos.

III.3 No más reformas, sólo evaluaciones

La introducción del multicarrier en 1994 por vía legislativa, y la introducción por vía administrativa de la modalidad “quien llama paga” para la telefonía celular, fueron las últimas reformas significativas al marco regulatorio de las te-

lecomunicaciones.⁴⁰ Tras ellas, se han venido desarrollando distintas evaluaciones de la arquitectura y práctica de este marco regulatorio, con miras a eventuales reformas que aún no se materializan. Estas evaluaciones han venido desde la

academia, las empresas y también desde el Estado.

Por ejemplo, el año 2000 el Ministerio de Economía publicó el libro *Experiencias Regulatorias de una Década. Balance y Propuestas para el Futuro*. Su

⁴⁰ Quizás valga mencionar aquí, como excepción, la Ley 19.724 de 2001, que prorrogó la vigencia del Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones, que se había creado en 1994, hasta el año 2011. Además, amplió su objeto, originalmente centrado en la expansión de la cobertura telefónica, a otros servicios de telecomunicaciones. Es posible que este mecanismo vuelva a ser reformado. Esto, pues el Programa de Gobierno de la Presidenta Bachelet prometió: “Para aquellos sectores de menores ingresos, zonas rurales y zonas apartadas que no puedan tener acceso a servicios de telecomunicaciones en sus hogares, garantiremos una oferta suficiente de teléfonos públicos y centros comunitarios de conectividad en todo el territorio nacional que satisfaga razonablemente las necesidades de los usuarios finales. Sustituiremos el actual Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones por un Fondo de Servicio Universal, que contribuirá al financiamiento de las obligaciones de servicio universal y el desarrollo de proyectos de conectividad”.

preocupación principal respecto de las telecomunicaciones es el hecho de que en el actual regulador se mezclan promiscuamente dos tareas distintas: el diseño de políticas y la regulación propiamente tal. Asimismo, propone radicar en el Ministerio de Economía la regulación de las telecomunicaciones, creando una Superintendencia como “agencia de regulación” y dejando en ese Ministerio la definición de las políticas.

Otro buen ejemplo de la evaluación que se ha hecho del marco regulatorio de las telecomunicaciones es la denominada Carta de Navegación, enjundioso documento publicado en 2002 por la Subtel y en el que participaron, además, otros organismos públicos y empresas de telecomunicaciones.⁴¹ Este documento busca definir una política para el sector hasta el 2006, es decir, hasta el fin del correspondiente período presidencial. Se refiere a cuestiones que son comunes a las distintas evaluaciones que se han hecho. Una de ellas es el diseño institucional del regulador, reconociendo el hecho de que al no existir una superintendencia en este sector, la Subtel desarrolla una tarea doble: diseño de política y regulación propiamente tal, lo que puede ser problemático. Al respecto, señala: “En este marco, surge el tema de la actual diversidad

de funciones agrupadas bajo el regulador y la posible conveniencia o inconveniencia de separar funciones... La Subsecretaría de Telecomunicaciones hoy cumple simultáneamente las funciones de Asesorar al Presidente de la República en la definición de la política de Telecomunicaciones, que hoy no puede ser separada de la de Tecnologías de la Información, las funciones de Regulación o generación de normativa e interpretación de la LGT, Fiscalización, y de Fomento, a través del FDT”.

Hecho este diagnóstico, el documento inmediatamente avanza una nota de cautela: “Si bien dentro del sector es posible identificar planteamientos organizacionales alternativos, se debe hacer notar que no existen estudios profundos que demuestren, sin lugar a discusión, la conveniencia de uno u otro esquema de la estructura institucional del regulador, como tampoco hay demostraciones casuísticas que evidencien restricciones en la institucionalidad actual para cumplir el rol de fomento de desarrollo y regulatorio de la industria”. Con esta misma cautela, el documento toca la posibilidad de una Superintendencia de Telecomunicaciones: “Entre las ideas que se han discutido se destaca la creación de una Superintendencia de Telecomunicaciones, separada de la enti-

dad normativa y de desarrollo, la que se mantendría en la Subsecretaría. Por otra parte, se ha sugerido la idea alternativa de traspasar esta última al Ministerio de Economía, bajo el esquema de un super regulador. Ciertamente las ventajas de una u otra solución son aún materia de estudio y debate, y no existen estudios profundos que demuestren, sin lugar a discusión, la conveniencia de uno u otro esquema. En cualquier caso, los estudios deben considerar que el camino de la regulación se orienta hacia la autorregulación de los participantes en la industria, a medida que la competencia vaya ocupando más espacios en la industria, y que se requerirá de una relativa reducción de la normalización técnica, en la mayor parte de los aspectos, a medida que avance la estandarización”.

Además de esta consideración por la forma del regulador, el documento se ocupa de lo que denomina “mecanismos de participación en la generación de normativa”. Señala: “Actualmente, no existe una metodología formal y obligatoria para la autoridad reguladora en el proceso de generación de la normativa, lo que se ha prestado para malos entendidos, perjuicios innecesarios para algunos operadores e influencias inapropiadas en algunos de los casos, así como una

41 En http://www.subtel.cl/servlet/page?_pageid=58&_dad=portal30&_schema=PORTAL30

innecesaria intervención de terceras instituciones del Estado. Algunas características que debe tener el mecanismo que se diseñe, son: la participación de todos los actores relevantes, la transparencia en la información que circule y en la metodología de análisis y evaluación que utilice la autoridad para la toma de decisiones". A partir del año 2004, se empezaron a poner en práctica estas consideraciones con el lanzamiento de "consultas públicas" sobre potenciales cambios regulatorios propuestos por el regulador. Hoy, esta correcta práctica parece estar asentada.

La resolución de conflictos en el sector son también tratados por el documento: "Se busca identificar e implementar mecanismos orientados a evitar la judicialización y alargamiento innecesarios de conflictos que pueden ser resueltos al interior de la industria... Si se reconoce el hecho que en el futuro, ante el aumento de la competencia, los conflictos deben seguir produciéndose, sobre temas cada vez más complejos, la aplicación de una mecánica explícita y obligatoria de resolución de conflictos será de gran ayuda al desarrollo del sector. Se mencionan herramientas como: (a) Audiencias bilaterales privadas de tipo obligatorio; (b) Arbitrajes obligatorios y/o voluntarios; (c) Registro histórico de situaciones similares al conflicto en cuestión; (d) Instancias formales de coordinación entre instituciones reguladoras; y (e) Creación de una competencia jurisdiccional en lo contencio-

so y administrativo, como instancia superior". También se ha dado aquí un paso concreto. El año 2006, la Subtel lanzó una consulta pública sobre la posible modificación de la Ley 18.168 con el objeto de crear un "Panel de Expertos" destinado a resolver controversias en el sector, de un modo análogo al que contempla la legislación eléctrica.⁴²

Por su parte, la convergencia que la tecnología está impulsando en las telecomunicaciones también es tratada por el documento: "El reconocimiento del fenómeno denominado Convergencia, introduce nuevos e importantes desafíos al regulador, en términos de mantener una organización industrial consistente, eficiente, competitiva y sustentable que transfiera beneficios a los usuarios. La existencia de este fenómeno define un entorno donde las aplicaciones y servicios cada vez dependen menos de la infraestructura que los transporta, basándose en la aplicación común de tecnologías digitales... [se podría] llegar a una situación de alta convergencia, donde las redes tenderán a ser absolutamente independientes de los servicios que se presten".

El documento señala, acertadamente según se vio más arriba, que uno de los desafíos que plantea la convergencia tiene que ver con el régimen de autorizaciones: "Existe consenso en torno a la idea que la estructura concesional consagrada en la legislación vigente se aparta de

los requerimientos presentes y futuros asociados al proceso de convergencia. Sin embargo, también hay acuerdo en el sentido que la industria ha logrado introducir los nuevos servicios que se han desarrollado y los primeros avances de la convergencia al mercado con la estructura concesional vigente, mediante acertadas y adecuadas interpretaciones y asimilaciones de los distintos servicios... [con todo] en un futuro no lejano será necesario introducir sustanciales modificaciones a las estructuras concesionales definidas en la Ley. En particular, a modo de propuesta se sugiere la evaluación del concepto de "Concesión única con registro de servicios", en la cual la concesión está asociada a la red que se construirá y los servicios que se ofrezcan sobre dicha red serán sujetos de registro y/o autorización, enmarcados en normativas particulares emitidas por la autoridad". También es posible que se dé un paso concreto en este sentido, pues el Programa de Gobierno de la Presidenta Bachelet prometió: "Eliminaremos las restricciones burocráticas a la competencia, sustituyendo el régimen concesional por un sistema de registro ex post o de autorización general simplificada. Este nuevo régimen se aplicará a la instalación y operación de infraestructura de telecomunicaciones y/o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas".⁴³

Asimismo, la Carta de Navegación asocia a la convergencia desafíos vinculados al espectro

42 En www.subtel.cl sección Regulación, subsección Consultas Públicas.

43 En http://www.lanacion.cl/prontus_noticias/site/artic/20051018/asocfile/ASOFILE120051018162635.pdf

radioeléctrico: "Se hace necesario modificar parte de las herramientas de administración del recurso escaso espectro RF, para dar cuenta de la convergencia en ese nivel, ya que las actuales herramientas podrían perder vigencia. Dentro de este ámbito se consideran: El mecanismo de concursos públicos, donde se ha discutido la eficiencia económica del método de asignación del espectro por la vía de los llamados "beauty contest" donde los concursantes comprometen la construcción de redes con determinadas coberturas en determinados plazos, en vez de licitar el espectro. Todo esto sugiere la necesidad de hacer estudios especiales de carácter económico y operacional que analicen escenarios alternativos y midan las consecuencias económicas de adoptar una u otra alternativa para la administración de este recurso escaso. Dentro de estos escenarios alternativos se mencionan los remates, asignación por eficiencia (mayor puntaje al que menos espectro solicita), la flexibilización de zonas de servicio a zonas de interés, o monopolios focalizados al acceso universal, y la privatización del espectro".

El mismo año 2002, en el marco de un intento concertado por reactivar la economía, que había sido afectada por la crisis que experimentaron los mercados asiáticos a fines de los años 1990, se elaboró entre el Gobierno y la SOFOFA una Agenda Pro Crecimiento.⁴⁴ Respecto de

las telecomunicaciones, hace varias propuestas. Algunas tienen un carácter más bien orgánico: la propuesta, ya conocida, de separar las funciones de generación de normativas y las de supervisión o regulación propiamente tal; y la creación de un "Sistema de Resolución de Conflictos Especializado". Con esto no se alude, sin embargo, a un panel de expertos para las telecomunicaciones, sino que a "Tribunales Económicos" con una competencia más amplia. Otras propuestas son más procedimentales, y tienen que ver con el proceso de fijación tarifaria. Recomiendan procesos simultáneos, criterios simétricos, un razonamiento de empresa modelo común por área tarifaria, mayor transparencia, información y participación ciudadana. También sugieren imponer costos a los regulados que proceden a través de impugnaciones temerarias. Otras propuestas, en fin, aluden a la conveniencia de simplificar trámites, facilitar el acceso a bienes nacionales de uso público, expandir la penetración y uso de banda ancha, iniciar la introducción de la portabilidad del número y tender a un "sistema de concesión única".

Diversos estudios académicos se han dedicado a evaluar también este marco regulatorio. Por ejemplo, Jadresic (2002) lo analiza desde el punto de vista de la recién citada Agenda Pro Crecimiento. Sugiere, como otros, separar las labores de política sectorial y de regula-

ción. Para las primeras, propone el Ministerio de Economía y, para las segundas, una Superintendencia. Critica, por otra parte, la alta diferenciación que caracteriza al régimen de autorizaciones, lo que, entre otras cosas, hace problemática la provisión de nuevos servicios y el cambio de la forma en que se proveen los existentes. Sugiere la posibilidad y conveniencia de un futuro con libre provisión de los servicios, salvo casos excepcionales; una gestión más racional y cercana al mercado del espectro radioeléctrico, y el refuerzo del principio de libertad tarifaria en la medida de lo posible.

Otro ejemplo es Galetovic y Sanhueza (2002). Vuelven a insistir en la necesidad de separar el diseño de política de la práctica regulatoria. También avanzan algunas críticas sobre el proceso de fijación tarifaria: las conclusiones de los expertos no son vinculantes, lo que consideran grave, especialmente por el hecho de que estos procesos son secretos y porque la autoridad no está obligada a justificar sus decisiones. Además, estos procesos adolecerían de asimetría de información derivada, entre otras cosas, de la inexistencia de modelos estandarizados para recabar la información, y de un sistema de contabilidad regulatoria que permita al regulador confeccionar por sí mismo las bases técnico-económicas.⁴⁵

44 En <http://www.sofofa.cl/sofofa/index.aspx?channel=3588>

45 Hay otros estudios académicos sobre estas materias. Por ejemplo, Melo y Serra (1998), Serra y Fischer (2002). Entre los trabajos jurídicos, puede verse la descripción que se hace en Ovalle (2001).

III.4 Consultas públicas y los desafíos del futuro: el caso VoIP

El año 2004, la Subtel puso en movimiento su potestad administrativa e hizo algunas consultas públicas sobre posibles cambios regulatorios. Una, por ejemplo, fue sobre Marco de Referencia Reglamento para Servicios de Desagregación de Redes.⁴⁶ Esta consulta estuvo precedida por una intensa actividad sobre la materia de la Comisión Resolutiva de la antigua institucionalidad antimonopolios. Esto es otra demostración de la ya apuntada mayor complejidad que bajo la Ley 18.168 ha adquirido el esquema de potestades normativas en torno a la regulación de las telecomunicaciones. De este modo, las Resoluciones N° 394 de 1993 y N° 515 de 1998 dispusieron que la regulación de los servicios de conmutación y/o transmisión de señales provistas como circuitos privados debe tender a facilitar el suministro desagregado de las comodidades de la red local para permitir la introducción de mayor competencia en el servicio telefónico local. También la Resolución N° 611 de 2001, señalando que debería procurarse la remoción oportuna de cualquier obstáculo artificial para la libre competencia, ya sea que éste se origine en el manejo de la numeración telefónica, en la asignación de frecuencias del

espectro radioeléctrico o en el acceso de los operadores de telecomunicaciones a las innovaciones tecnológicas que se incorporen a la red pública telefónica, entre otros factores de entorpecimiento. Y, en fin, la Resolución N° 686 de 2003 que dispuso que, para profundizar la competencia, es fundamental garantizar la efectiva desagregación de redes, imponiéndole al regulador la obligación de corregir las distorsiones que, en relación con esta materia, se han producido en el mercado del servicio telefónico local.

Esta consulta pública generó distintas reacciones de la industria y del público. Tras recibirlas, sin embargo, el Gobierno no ha perseverado, hasta ahora, en este proyecto de nueva reglamentación. Algo distinto es el caso de la materia sobre la que se elevó otra consulta pública el año 2004: Regulación de los Servicios de VoIP.⁴⁷ También ésta generó distintas reacciones. Tras registrarlas, el Gobierno también pareció haber decidido no perseverar en esta nueva reglamentación. Sin embargo, una sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 26 de octubre de 2006, significará, probablemente, que el Gobierno deberá volver sobre la ma-

teria. Aproximándose ya al fin de este trabajo, es necesario detenerse en ella.⁴⁸

En enero de 2005, Voissnet S.A., una empresa prestadora de servicios de voz mediante Internet, demandó a Telefónica CTC Chile. Acusaba a esta última de incurrir en una serie de conductas anticompetitivas facilitadas, argumentó, por “el aprovechamiento de una posición dominante de mercado en la propiedad de redes de telecomunicaciones y banda ancha para controlar el acceso y el uso de Internet. Lo anterior, por la vía de manejar, restringir y controlar a los usuarios de banda ancha, imponiéndoles obstáculos y barreras a la utilización del ancho de banda y acceso a Internet, para impedir la utilización de aplicaciones que la demandada percibe como amenaza de otros negocios que posee. Específicamente, ha impuesto barreras a las aplicaciones de telecomunicaciones por Internet, como la telefonía IP, para proteger su negocio de telefonía pública y de larga distancia, lo que impide al usuario acceder a ciertas aplicaciones y posibilidades tecnológicas que la banda ancha y la Internet posibilitan. También pretende la demandada impedir de paso la competencia de nuevos actores

46 En www.subtel.cl sección Regulación, subsección Consultas Públicas.

47 En www.subtel.cl sección Regulación, subsección Consultas Públicas.

48 La sentencia está en TDLC (2006), en http://www.tdlc.cl/db_imagenes/sentencias/45411f978d854_Sentencia-45-2006.pdf

que, a través de estas novedosas tecnologías, pueden prestar aplicaciones distintas, pero sustitutivas de la telefonía”.

El Fiscal Nacional Económico (FNE) se hizo parte en la causa y, en agosto de 2005, formuló un requerimiento en contra de CTC. Sostuvo que la requerida “habría atentado contra la libre competencia mediante la creación de barreras artificiales a la entrada de nuevos competidores en el mercado de telefonía fija local, con el objeto de mantener su posición de dominio a través de la imposición a sus clientes ISP... [de la obligación] de abstenerse de efectuar prestaciones de telefonía IP; y además, por la realización de conductas de discriminación arbitraria entre clientes monousuarios y multiusuarios; por el impedimento [consagrado en los contratos celebrados entre CTC y los ISP] de instalar equipos tras el módem; y la conexión de banda ancha con módems configurados para impedir el tráfico de voz IP (puertos bloqueados)”. Además, la FNE hizo una referencia al desafío de la convergencia: “Termina la FNE su requerimiento sosteniendo, en relación con la justificación invocada por CTC en el sentido que sus conductas ocurren en un mercado carente de regulación, que la Ley N° 18.168, Ley General de Telecomunicaciones, y sus posteriores modificaciones, posible-

mente no se ajuste en plenitud al proceso de convergencia tecnológica que se ha desarrollado en nuestra sociedad... cabe entonces considerar, por parte de este Tribunal, con una perspectiva que trasciende los hechos que originan el requerimiento, la necesidad de una adaptación de la actual legislación...”

El Tribunal de Defensa de la Competencia acogió la demanda y el requerimiento, “sólo en cuanto se declara que Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. ha incurrido en una práctica restrictiva de la libre competencia, con el objeto de restringir la entrada de la demandante Voissnet S.A. y otros potenciales competidores al mercado de la prestación de servicios de telefonía...” Condenó a la CTC a una multa y le ordenó modificar sus contratos con los ISP, “eliminando de ellos toda prohibición o restricción al uso de la capacidad de ancho de banda para efectuar prestaciones de telefonía IP o para enrutamiento (“ruteo”) de paquetes entre usuarios del servicio de acceso a Internet conectados mediante el servicio Megavía DSL, en cuanto ello obstaculice injustificadamente la prestación de telefonía IP sobre banda ancha”. También, le ordenó “abstenerse en el futuro de restringir o dificultar, de cualquier forma, por vía contractual o de hecho, el uso de la capacidad de ancho de banda

que con ella se contrate para efectuar prestaciones de telefonía IP, así como para enrutamiento (“ruteo”) de paquetes entre usuarios del servicio de acceso a Internet conectados mediante el servicio Megavía DSL, en cuanto ello obstaculice injustificadamente la prestación de telefonía IP sobre banda ancha, así como abstenerse de ejecutar o celebrar cualquier hecho, acto o convención que tienda a producir dichos efectos”. En sentencia de 4 de junio de 2007, al resolver una reclamación interpuesta contra esta resolución, la Corte Suprema confirmó fallo condenatorio del TLDC, aunque rebajó la multa impuesta.

El TDLC avanzó algunas reflexiones sobre el desafío que a la regulación plantea la convergencia, desafíos que el caso de VoIP refleja con nitidez. Parte de este reflejo se desprende de la resistencia que esta tecnología opone a su encasillamiento en alguno de los “servicios” de telecomunicaciones que define la legislación. Si bien los considerandos de la resolución en que el TDLC avanzó estas reflexiones fueron declarados “improcedentes” por la Corte Suprema, siguen siendo interesantes desde el punto de vista de la discusión a que apunta este artículo.⁴⁹ Dijo el TDLC: “Que la Voz sobre Protocolo IP es, indudablemente, un servicio de telefonía, en gran medida susti-

49 La Corte Suprema declaró improcedentes los considerandos 72° al 81°. Esto último, por cuanto consideró que el TDLC “carece de competencia para pronunciarse acerca de la naturaleza jurídica de los servicios de telefonía IP a efectos de la aplicación de la Ley General de Telecomunicaciones.”

tuto de la telefonía tradicional, que es prestado por medio de una tecnología diferente y, en el caso de autos, aprovechando el acceso a Internet por banda ancha. Lo anterior plantea el problema de resolver cómo enmarcarlo en nuestro ordenamiento jurídico, de manera que se desarrolle de manera eficiente, sin encontrar barreras innecesarias que dificulten ese desarrollo y, a la vez, evitando que se generen distorsiones en el mercado que impidan el mayor beneficio social posible. Y en otro pasaje repitió esta idea: "...en opinión de este Tribunal, el debate de autos en torno al régimen jurídico que ha de aplicarse a la telefonía IP sobre banda ancha es expresión de la dificultad de encuadrarla jurídicamente en las distintas categorías de servicios de telecomunicaciones, e incluso de la pertinencia de considerar esta telefonía como un servicio de telecomunicaciones en lugar de reputarla una aplicación de Internet que no debería ser regulada más que cualquier otra. Dicha dificultad ha sido acentuada por la falta de definición al respecto de las autoridades regulatorias, en lo relacionado con la telefonía IP".

En forma más particularizada, dentro de este contexto general caracterizado por las dificultades de la clasificación legal, el Tribunal se refirió y cuestionó la posibilidad de aplicar la especie de "servicio público telefónico": "...este Tribunal ha tenido presente las dificultades e

inconvenientes que plantearía considerar la Telefonía IP sobre banda ancha como un servicio público telefónico, toda vez que, en razón de que hace uso de la conectividad a Internet con el mismo número telefónico en y hasta cualquier lugar, no podría distinguirse el servicio telefónico local del de larga distancia ni del móvil, como exige perentoriamente el Reglamento del Servicio Público Telefónico. En efecto, un usuario de telefonía IP podría hacer llamadas hacia cualquier parte del mundo sin que pueda distinguirse si está haciendo una llamada local o de larga distancia, y desde cualquier sitio, lo que tendría semejanzas con una llamada desde un teléfono móvil".

El Tribunal, por tanto, cuestionó la posibilidad de que VoIP sea calificado como "servicio público telefónico", calificación ésta que fue propuesta por algunas concesionarias establecidas en respuesta a la consulta pública sobre VoIP. Dijo aquí: "...en opinión de estos sentenciadores, aplicar tal regulación [servicio público telefónico] a la telefonía IP sobre banda ancha, no solamente carece de fundamentos jurídicos, según se ha señalado, sino también de fundamentos económicos, pues implicaría imponer cargas públicas innecesarias a una tecnología que puede imprimir un renovado dinamismo en la industria y que, dadas sus características, potencialmente puede darse en un ambiente de competencia, circunstancia

que tendería naturalmente a regular en forma eficiente a lo menos la calidad y el precio del servicio".

Más partidario se mostró frente a una calificación de VoIP más general, como un "servicio público de telecomunicaciones": "Que de los antecedentes que obran en autos, puede concluirse que Voissnet presta un servicio que pretende satisfacer necesidades de telecomunicaciones de la comunidad en general, con la sola restricción de que el usuario de este servicio requiere contar con acceso a banda ancha aunque no necesariamente el destinatario de una llamada. Así, mediante sus servicios es posible la comunicación entre: -Teléfono IP a Teléfono IP, -Teléfono fijo o móvil a Teléfono IP, y viceversa. En el primer caso, ambos usuarios deben disponer del servicio de Internet banda ancha, en cualquiera de sus tecnologías (ADSL, cable coaxial, Will, Wimax, etc.). Cuando el acceso a Internet se presta mediante tecnología ADSL, el servicio requiere el uso del par de cobre telefónico, siendo, desde el punto de vista técnico, indiferente que se utilice sólo para acceso a Internet o también para el servicio VoIP. En el segundo caso, es decir, cuando la comunicación se establece entre un teléfono IP y un teléfono fijo o móvil, en el extremo del usuario de telefonía IP ocurre lo mismo señalado en el párrafo anterior, mientras que en el otro extremo se debe disponer

de un equipo de interconexión a la red de servicio público telefónico (gateway). En este segundo caso, el servicio prestado por la empresa en cuestión está diseñado de forma que requiere la interconexión con la red pública, toda vez que por su intermedio se busca comunicar al usuario de esta compañía con un usuario de telefonía pública prestada por cualquier empresa concesionaria, mediante las distintas tecnologías utilizadas, incluyendo la telefonía local y móvil. Esto es lo que ocurre en el servicio prestado por Voissnet, que implica tráfico desde o hacia usuarios de redes públicas de telecomunicaciones y busca satisfacer necesidades de la comunidad en general y no requerimientos específicos de telecomunicaciones de determinadas personas naturales o jurídicas". El análisis que el Tribunal hace de este segundo caso es compatible con la propuesta que hizo la Subtel en su consulta pública, pues si hay acceso a la red pública telefónica, propuso una concesión de "Servicio Público de Telecomunicaciones de Voz sobre Banda Ancha".

Pero, cualquiera sea la calificación de VoIP como servicio, el Tribunal llamó la atención sobre los desafíos regulatorios que plantea la convergencia, estableciendo la responsabilidad particular que en estas materias cabe a los legisladores y al Gobierno: "...aun cuando se le adjudique la naturaleza de servicio público de teleco-

municaciones a la telefonía IP sobre banda ancha, cosa distinta es el debate en torno a si la regulación legal existente en nuestro país en materia de telecomunicaciones es en general adecuada para resolver los desafíos que plantea la llamada convergencia tecnológica, y si es eficiente, o incluso posible, aplicar las mismas normas a todos los agentes económicos que provean servicios de telecomunicaciones que cumplan similares fines, planteando las mismas exigencias a quienes prestan servicios que persiguen objetivos comunes pero utilicen tecnologías distintas en su prestación. Dilucidar este punto y actuar en consecuencia es algo que deben resolver el legislador y las autoridades sectoriales pertinentes, siempre cuidando que con dicha eventual regulación se promueva y no se impida el desarrollo de una mayor competencia en los mercados involucrados..."

Y una vez advertidos estos desafíos regulatorios, el Tribunal llamó a reglamentar VoIP con una baja intensidad regulatoria, lo que en la experiencia comparada se llama soft touch o light hand: "...la telefonía IP no debiera ser objeto de una intervención estatal importante, toda vez que la competencia en el mercado debiera tender a garantizar estándares apropiados de calidad y a establecer la relación entre los distintos precios y calidades. Lo anterior, de no mediar prácticas restrictivas de la libre competencia"

Y continuó más adelante: "... en el caso de que la telefonía IP prestada sobre banda ancha sea finalmente considerada por la autoridad competente como un servicio público de telecomunicaciones, la regulación que efectivamente se le aplique debe ser la mínima necesaria y deberá limitarse a reglar el régimen concesional que se utilice, a asegurar que los prestadores de este servicio cumplan con estándares técnicos mínimos, con el deber de interconexión con otros servicios públicos de telecomunicaciones del mismo tipo –respetando las normas técnicas pertinentes– y normar lo relativo a los cargos de acceso y la asignación de numeración telefónica, considerando la posibilidad de la portabilidad del número, todo ello para que pueda existir una fluida comunicación entre los usuarios de las concesionarias de telefonía IP y los de las concesionarias del servicio público telefónico y una mayor competencia en el mercado. Finalmente, la regulación que eventualmente se adopte debiera hacerse cargo de la tendencia a la convergencia tecnológica, regulando la industria de modo tal que no se produzcan subsidios cruzados o discriminaciones entre las diversas compañías que prestan servicios de telefonía; que se garantice la mayor libertad posible para ingresar al mercado, y se impidan las conductas que dificulten artificialmente dicha entrada".

IV. Conclusión

Este fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es el lugar adecuado para terminar este largo viaje por la regulación de las telecomunicaciones en Chile. Este se inició en 1794, con la Ordenanza General de Correos, Postas, Caminos y demás Ramos agregados a la Superintendencia General, dictada por los Borbones para el Imperio español. Y termina con un fallo de 2006, que refleja el diseño institucional que, en torno a las telecomunicaciones, se ha venido urdiendo a lo largo de los años, y dice mucho del desafío que la tecnología plantea hoy a esta regulación.

Mirada a través de la historia que aquí se ha desplegado, la regulación de las telecomunicaciones revela, al menos, dos tendencias. Una, como lo muestra el fallo que se acaba de revisar, es el carácter crecientemente complejo del esquema de potestades normativas que tienen competencia sobre ella. Se trata, en otras palabras, de un diseño institucional que se ha venido complicando con los años. En el siglo XIX, la regulación giró básicamente sobre el eje de la potestad legislativa. Durante buena parte del siglo XX, en cambio, ella giró en torno a la potestad administrativa, reflejando un proceso de creciente centralización en el aparato gubernamental.

A partir de 1982, este esquema se hace más complejo: se reduce en parte el enorme poder discrecional que históricamente tuvo la potestad administrativa del Gobierno central, y se incorpora la potestad jurisdiccio-

nal que ejerce la institucionalidad antimonopolio. Asimismo, a partir de 1989, se incorpora la potestad autónoma del Consejo Nacional de Televisión (CNTV).

A diferencia de la incorporación de la institucionalidad antimonopolios –que parece positiva por la imparcialidad que tiene como tribunal y por su capacidad casuística para decretar excepcionalmente la necesidad de fijar tarifas–, la incorporación del CNTV agudizó la lógica divergente que padece la regulación de las telecomunicaciones. Esto, por cuanto la llevó más allá de la clasificación de los “servicios”, con sus correspondientes regulaciones específicas, introduciéndola en el diseño orgánico de toda la regulación. Así, a propósito de la televisión, este diseño quedó bicéfalo: la Subtel, por una parte, y el CNTV, por la otra. Esto es un problema de cara a la convergencia que trae la digitalización de las telecomunicacio-

nes, en general, y de la radiodifusión televisiva, en particular.

La otra tendencia que muestra la historia descrita en este trabajo es el carácter divergente de la regulación, que refleja el estado de la tecnología en su tiempo. Este carácter ha mutado ligeramente a lo largo de los años. Primero, estuvo muy asociado a los medios físicos a través de los cuales se transmitían los mensajes, a la infraestructura de las telecomunicaciones. Así, por ejemplo, el Decreto de 1888 de Balmaceda, que regulaba las “líneas” telegráficas, telefónicas y de cable submarino. Esta idea se repitió en las legislaciones que siguieron, las cuales solían hablar de “centrales” telegráficas y telefónicas. Esto, hasta el DFL 4 de 1959 que, junto con referirse a esta infraestructura física, habló por primera vez de “sistemas de telecomunicaciones”. Con esto, la regulación se hizo un poco más abstracta, separándose de

la materialidad de los medios físicos usados para portar los mensajes. Esta abstracción fue profundizada por la Ley 18.168, vigente, que sólo habla de distintos “servicios” de telecomunicaciones, sin referencia a la infraestructura que usan.

Esta mayor abstracción, sin embargo, no ha disminuido la lógica divergente que atraviesa la regulación desde sus inicios. Los distintos “servicios” de telecomunicaciones se distinguen entre sí, lo mismo que las formas e intensidades regulatorias que se aplican a cada uno de ellos. El caso sobre VoIP fallado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia así lo reconoce y muestra, además, el enorme desafío que la convergencia tecnológica plantea a una regulación que, como la nuestra, adolece de una pesada inercia divergente.

Ha habido avances, sin duda. El actual diseño institucional de las telecomunicaciones representa una evidente mejora respecto del que existió durante buena parte del siglo pasado. Esto, por los principios que lo informan, como el de no discriminación y el de acceso universal, y por su mayor cercanía a la lógica de mercado. La forma de este diseño refleja estos principios. Así, por ejemplo, las ilimitadas facultades discrecionales que tenía la Presidencia de la República en materia de auto-

rizaciones -de las cuales el caso de la televisión en la década de 1960 fue expresión dramática-, hoy no existe. Y mientras no se aplique sin excepciones el principio de libertad tarifaria y contractual a todo el sistema de telecomunicaciones, parece razonable la participación del órgano antimonopolios, con la sensibilidad casuística de su especial potestad normativa. Más pasos hay que dar, sin embargo, para seguir avanzando. Y la práctica de las consultas públicas es el camino correcto para hacerlo.

Un paso sobre el que parece haber suficiente consenso, tiene que ver con la forma del diseño institucional: es conveniente separar las tareas de definición de política y de regulación propiamente tal. Para esto, se debe crear una Superintendencia de Telecomunicaciones.⁵⁰ Otros pasos vienen exigidos por los desafíos de la convergencia. Desde el punto de vista de la forma del diseño institucional, es conveniente concentrar la regulación en un solo órgano, en un regulador convergido.

Para esto, se debe eliminar el Consejo Nacional de Televisión y pasar toda la regulación de la televisión, en tanto medio de telecomunicación, al regulador de telecomunicaciones; y la regulación de los contenidos, en tanto medio de comunicación,

a la judicatura ordinaria; junto al resto de los contenidos de los medios, incluido Internet. Esta reforma se hace tanto más necesaria y conveniente hoy, cuando la televisión está próxima a ser digitalizada y, por tanto, se transformará en una plataforma más para transportar contenidos transportables en una infinidad de otras plataformas.

La convergencia, además, exige reformar el régimen de autorizaciones, no sólo reemplazándolo por un sistema de registro ex post, como probablemente se va a hacer.⁵¹ Lo que aquí parece demandar el futuro es algo más, es avanzar hacia una forma de registro único, homogéneo, que no distinga según tipos de servicios, sino según un criterio común. Por ejemplo: ancho de banda.

50 Al momento de entregarse este trabajo para su publicación, la Subtel levantó una consulta pública para la creación de una superintendencia sectorial. Ver Subtel (2007a).

51 También al momento de ir este texto a su publicación, la Subtel levantó otra consulta pública para establecer dicho sistema de registro ex post. Ver Subtel (2007b).

IV. Referencias

Ackerman, Bruce (1983), "Reconstructing American Law" (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983).

Altamirano, Juan Carlos et al. (1987), "Televisión en Chile: un Desafío Nacional" (Santiago: CED-CENECA).

Aróstica, Iván (2000), "El servicio telefónico: pasado y presente", en *Ius Publicum*, Universidad Santo Tomás, N° 5, pp. 67-88.

Aróstica, Iván (2002), "La estabilidad de los contratos administrativos", en *Revista Actualidad Jurídica* N° 6, Universidad del Desarrollo, Santiago, pp. 191-201.

Bascuñán, Antonio (1998), "Modos de Creación de Normas en el Derecho Chileno". Separata, Escuela de Derecho, Universidad de Chile.

Breyer, Stephen (2000), "Cuándo y cómo regular los servicios de utilidad pública", en *Estudios Públicos* N° 78, Otoño, pp. 27-44.

Corte Suprema, fallo de 31 diciembre de 1917, R., t. 15, sec. 1ª, p. 359.

Corte Suprema, fallo de 23 de mayo de 1934, en *Gaceta de los Tribunales* (1934), 1er semestre, N° 23. Reproducido también en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 31, sección 1ª.

Corte Suprema, fallo de 4 de julio de 2007, en recurso de reclamación Voissnet S.A. con Telefónica CTC Chile S.A.,

De la Fuente, Tomás (1899) Estudio sobre caminos y correos. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Chile (Santiago: Imprenta de El Correo).

Dinamarca, Manuel (1997), "El correo de la historia... O la historia de correos" (Santiago: Museo Postal de Chile).

Donoso, Carlos (2000), "De la Compañía Chilena de Teléfonos de Edison a la Compañía de Teléfonos de Chile: Los primeros 50 años de la telefonía nacional, 1880 -1930", en *Historia* (Santiago), Vol. 33, pp. 101-139.

Ferrada, Juan Carlos (2003), "Los órganos reguladores de actividades económicas relevantes en Chile: Una visión panorámica", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 30 N° 2, pp. 271-286.

Figuroa, María Angélica (1982), "La codificación civil chilena y la estructuración de un sistema jurídico legalista", en *Congreso Internacional Andrés Bello y el Derecho*. Santiago: Universidad de Chile.

Galetovic, Alex y Sanhueza, Ricardo (2002), "Regulaciones de servicios públicos: ¿Hacia dónde debemos ir?", en *Estudios Públicos* N° 85, Verano, pp. 101-137.

Garretón, Manuel Antonio (1986), "The political evolution of the Chilean military regime and problems in the transition to democracy", en O'Donnell, Guillermo, et al., pp. 95-122.

Góngora, Mario (1994), "Ensayo histórico sobre la noción de Estado en Chile en los siglos XIX y XX" (Santiago: Editorial Universitaria), 5ta edición.

Guerra, J. Guillermo (1928), "Temas Constitucionales" (cálamo corriente) (Santiago: Imprenta Universitaria).

Hamilton, Juan, "Comentario"; en Altamirano, Juan Carlos et al. (1987), pp. 36-8.

Hurtado, María de la Luz (1989), "Historia de la TV en Chile" (1958-1973) (Santiago: Documentas-CENECA).

Jadresic, Alejandro (2002), "Agenda pro crecimiento y telecomunicaciones"; en *Perspectivas* v. 6, N°. 1, Santiago: Universidad de Chile, DII, pp. 129-39.

Kelsen, Hans (2002) [1926], "Observaciones sobre la Constitución chilena"; en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, N° 20, pp. 643-647.

Lasagni, María Cristina, Edwards, Paula y Bonney, Josiane (1988), "La Radio en Chile. Historia, modelos y perspectivas" (Santiago: CENECA), 3a edición.

Melo, José Ricardo y Serra, Pablo (1998), "Competencia y regulación en telecomunicaciones: La experiencia chilena"; en *Perspectivas* v. 1, N°. 2 (Santiago: Universidad de Chile, DII), pp. 215-247

Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción (2000), "Experiencias Regulatorias de una Década. Balance y Propuestas para el Futuro" (Santiago: LOM).

Montt, Santiago (2004), "Balmaceda y la Nitrate Railways Company: La primera gran controversia regulatoria en Chile y su impacto en la Guerra Civil de 1891"; en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, Pontificia Universidad Católica, N° 13, pp. 65-122.

Morel, Consuelo, Zegers, Isabel y Vicuña, Ignacio (1974), "Historia de la Radio en Chile" (Santiago: EAC-UC).

Munizaga, Giselle, "Marco Jurídico Legal del Medio Televisivo en Chile" (Santiago: CENECA, 1981).

Neuchterlein, Jonathan E. y Weiser Philip J. (2005), "Digital Crossroads. American Telecommunications Policy in the Internet Age" (Cambridge, Mass.: MIT).

O'Donnell, Guillermo, Schmitter C., Philippe y Withehead, Laurence (eds.) (1986), "Transitions from Authoritarian Rule. Latin America" (Baltimore: The Johns Hopkins University Press).

Ovalle, José Ignacio (2001), "Las Telecomunicaciones en Chile" (Santiago: Conosur Ltda.).

Revista de Derecho y Jurisprudencia (1917), Corte Suprema, 31 diciembre, tomo 15, sección 1ª.

Rodríguez, Raúl y Vera, Marcia (2005), "4 Cuadras a la Redonda. Diagnóstico y perspectivas de las radios comunitarias de la Región Metropolitana" (Santiago: Universidad de Chile, Instituto de Comunicación e Imagen), Documento de Trabajo N°. 1.

Senado de los Estados Unidos, Church Report, "Covert Action in Chile 1963-1973"

Serra, Pablo y Fischer, Ronald (2002), "Evolución de la regulación de telecomunicaciones en Chile", en *Perspectivas*, Vol. 6, N°. 1, pp. 45-77.

Sierra, Lucas (2001), "The Development of Law Governing Television Broadcasting in Chile", 1958-2000, Ph.D. thesis, University of Cambridge.

Sierra, Lucas (2006), "Hacia la TV digital en Chile: Historia y transición", en *Estudios Públicos* N°. 103, Invierno, pp. 111-154.

Subtel (2002), Carta de Navegación.

Subtel (2004a), Documento de Consulta, "Marco de Referencia Reglamento para Servicios de Desagregación de Redes"

Subtel (2004b), Documento de Consulta, "Regulación de los Servicios de VoIP" (Agenda Digital).

Subtel (2006), Documento de Consulta, Creación de Panel de Expertos.

Subtel (2007a), Documento de Consulta, "Anteproyecto de Ley que crea la Superintendencia de Telecomunicaciones"

Subtel (2007b), Documento de Consulta, "Anteproyecto de Ley que modifica el Régimen Concesional"

Thompson, John B., (1998) "Los Media y la Modernidad. Una Teoría de los Medios de Comunicación" (Barcelona: Paidós).

Tribunal Constitucional (1993), Fallo rol 176, del 22 de noviembre.

Urzúa V., Germán (1970), "Evolución de la Administración Pública Chilena (1818-1968)" (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) (2006), sentencia caso Voissnet S.A. con Telefónica CTC Chile S.A., 26/10/2006.

Véliz, Claudio (1984), "La Tradición Centralista de América Latina" (Barcelona: Ariel).