

RADIOS COMUNITARIAS Y SU CRIMINALIZACIÓN EN CHILE *Chile's Community Radio Stations and Their Criminalization*

Gustavo Andrés Alfonsi Canales

Defensoría Popular, Chile

Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales. Abogado de la Defensoría Popular e integrante del Grupo de acción para comunicadores en conflicto en Santiago de Chile. gustavo.alfonsi@gmail.com

Javier García García

Defensoría Popular, Chile

Graduado en Derecho y Magíster en Derechos Fundamentales, Universidad Nacional de Educación a Distancia, España. Actualmente desarrolla estudios de Doctorado en Derecho en la Universidad de Castilla y La Mancha, España. Forma parte del Grupo de acción para comunicadores en conflicto de la Defensoría Popular en Santiago de Chile. javgarcia@ucm.es

RESUMEN

El artículo realiza un análisis de la aplicación de sanciones penales a la radiodifusión sin autorización en Chile. Esta situación comenzó en 1991 al incluirse en la Ley general de telecomunicaciones (Ley N° 18.168): la imposición de multa, comiso de equipos e incluso pena privativa de libertad, sanciones que se mantienen en la actualidad a pesar de las críticas realizadas a Chile por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en sus informes anuales. En 2010 es promulgada una ley de radios comunitarias y ciudadanas (Ley N° 20.433) para dar respuesta a la demanda de mejores condiciones para estas emisoras sustituyendo la normativa de radios de mínima cobertura precedente. Sin embargo, el análisis de los datos existentes permite concluir que a cinco años de su aprobación es más alto el número de sanciones penales aplicadas que las concesiones otorgadas a nuevas emisoras. Esta situación provocó las protestas de las organizaciones del sector que contribuyeron a que el poder legislativo esté discutiendo actualmente la modificación del artículo 36B letra a) de la Ley N° 18.168.

La incompatibilidad de esta normativa con los tratados internacionales acerca de derechos humanos se ha puesto de manifiesto en las reiteradas menciones a Chile en los Informes de la Relatoría para la Libertad de Expresión de la CIDH en las que pide la sustitución de las sanciones penales por sanciones de carácter administrativo. Los senadores que participan del debate del Proyecto de Ley para modificar el artículo 36B muestran su acuerdo respecto de la eliminación de la pena de presidio, pero existen discrepancias respecto de mantener otras sanciones penales como el comiso. En este artículo proponemos su eliminación por considerarlo una medida desproporcionada y contraria a los estándares interamericanos que consideran la radiodifusión sin autorización como una infracción que debe ser abordada mediante sanciones de carácter administrativo.

PALABRAS CLAVES

Radios comunitarias; libertad de expresión; radiodifusión sin autorización; sanciones penales.

ABSTRACT

The article examines the application of criminal sanctions to unauthorized radio broadcasting in Chile. The origins of the current state of affairs can be dated back to 1991, when fines, seizure of equipment and even imprisonment were incorporated into the General Law of Broadcasting (Bill Number 20.433). These sanctions have remained in effect in spite of the criticism leveled against Chile by the Inter-American Commission of Human Rights in its annual reports. In 2010 a community and citizens radio stations Bill was passed (Law Number 20.433) to address the demand of these broadcasting entities for better broadcasting conditions, thus replacing previous legislation on minimum broadcasting radio stations. However, an analysis of existing data shows that five years after the bill was passed, the number of criminal sanctions applied is greater than the number of licenses issued to new stations. The organisations in the industry have (since then) put forward complaints, which have contributed to current discussions in Congress about the possibility of modifying Article 36 B, Letter a) of the Law Number 18.168.

That there is an incompatibility between this legislation and international human rights treaties is evident given the repeated mentions of Chile in the reports of the Rapporteurship for Freedom of Expression of the Inter-American Commission of Human Rights, which suggests replacing criminal sanctions with administrative ones. The senators who debated the Bill to modify Article 36 B agreed on eliminating imprisonment, but there was a lack of consensus as to whether other criminal sanctions such as equipment seizure should remain in effect. This paper suggests that seizure should be eliminated as it is a disproportionate measure. As such, it also opposes Inter-American standards, which view unauthorized radio broadcasting as an infraction that needs to be addressed with administrative sanctions.

KEY WORDS

Community Radio Stations; freedom of expression; unauthorized broadcasting; criminal sanctions.

INTRODUCCIÓN

Organizaciones como la Red de Medios de los Pueblos o el capítulo chileno de la Asociación Mundial de Radios Comunitarias (AMARC) vienen denunciando los obstáculos y restricciones que encuentran las radios comunitarias en Chile¹. Las mayores críticas se refieren a la aplicación de sanciones penales a las emisoras que carecen de autorización que fueron incluidas en 1991 en la Ley N° 18.168 de 2 de octubre de 1982 que establece la Ley general de telecomunicaciones (artículo 36 B).

El maltrato a las emisoras de radio sin fines de lucro en Chile ha sido constatado también por organismos internacionales siendo reiteradas las menciones a Chile en los Informes de la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). A esto se suma la reciente publicación por la CIDH del Informe de Fondo del caso *Miguel Ángel Millar Silva y otros (Radio Estrella del Mar de Melinka)*². En el citado caso, la CIDH declaró la responsabilidad

¹ LAGOS, Claudia y Raúl RODRÍGUEZ (2014). "Al borde del dial: Radio comunitaria y libertad de expresión en Chile: 2000-2010". *Revista Faro* (10): 30-49. <http://www.revistafaro.cl/index.php/Faro/article/view/313> [consulta: 01.02.2016].

² CIDH. Informe N° 77/15. Caso 12.799 Miguel Ángel Millar Silva y otros, radio Estrella del Mar de Melinka. 28 octubre 2015. OEA/Ser.L/V/II.156. Doc.30. El Estado se comprometió a otorgar una reparación

internacional del Estado de Chile por la violación del derecho a la libertad de expresión y a la igualdad. Chile aceptó las recomendaciones de la CIDH mediante un acuerdo con los peticionarios, el que reconoce la deficiente implementación de la ley de radios comunitarias y se compromete a realizar programas de fomento de la radiodifusión ciudadana³.

I. LA LEGISLACIÓN DE LAS RADIOS COMUNITARIAS EN CHILE

Las radios comunitarias son emisoras de ámbito local sin finalidad lucrativa y con fines informativos, comunitarios, sociales o culturales que se encuentran reguladas en la Ley N° 20.433 de 2010⁴. Esta normativa supone una mejora respecto de la precedente regulación de servicios de radiodifusión de mínima cobertura⁵, por lo que generó una expectativa en la sociedad chilena que animó a muchos grupos sociales a crear sus propias emisoras de radio. Pero la lenta y deficiente implementación de la ley ha contribuido a que estas iniciativas quedaran al margen de la legalidad al no poder acceder a concesiones mientras se procedía al despeje del segmento especial del espectro radioeléctrico destinado a radios comunitarias⁶.

No ha sido hasta el primer cuatrimestre de 2013 cuando se ha comenzado a realizar los primeros llamados a concursos⁷. Hasta enero de 2016 solo constaba la otorgación de apenas dieciocho nuevas concesiones de radiodifusión comunitaria⁸.

La siguiente tabla muestra una correlación entre el número de denuncias y el número de concesiones: mientras no se asignaron concesiones, hubo un número creciente de denuncias por emisión sin autorización.

pecuniaria, a favor de cada una de las víctimas; garantías de no repetición mediante la implementación de la Ley N° 20.433, "Creación de los Servicios de Radiodifusión Comunitaria", con la implementación de programas de fomento de la radiodifusión ciudadana en las Regiones X y XI (con énfasis en Chiloé y Guaitecas); realización de un seminario sobre aspectos de la implementación de dicha ley a la luz de los estándares internacionales de acceso a una radiodifusión libre e incluyente, a cargo de la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y con la participación de la Subsecretaría de Comunicaciones del Gobierno de Chile, el Instituto Nacional de Derechos Humanos.

³ CIDH. Informe N° 77/15.

⁴ Ley N° 20.433 de 2010, que crea los Servicios de Radiodifusión Comunitaria Ciudadana, de 4 de mayo de 2010.

⁵ Ley N° 19.277 de 1994, que introduce modificaciones que indica a la Ley N° 18.168, general de telecomunicaciones, de 20 de enero de 1995. Art. 2: Los servicios de radiodifusión de mínima cobertura están constituidos por una estación de radiodifusión cuya potencia radiada no exceda de 1 watt como máximo, dentro de la banda de los 88 a 108 MHz.

⁶ Ley N° 20.433 (2010), artículo 3.

⁷ Hasta esa fecha, las concesiones de radiodifusión comunitarias se limitaron a la transformación de la concesión de 238 de las 287 radios de mínima cobertura existentes previamente a la Ley N° 20.433.

⁸ Orden N° 1405 del Subsecretario de Telecomunicaciones de Chile, de 12 de febrero de 2016.

Tabla 1. Número de denuncias y nuevas concesiones comunitarias (2010-2015)

| 36 B, apartado a) | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 | Total |
|---|-------------|-------------|-------------|-------------|----------------|-------------|------------------|
| Denuncias ingresadas por SUBTEL en Ministerio Público | 14 | 13 | 15 | 22 | 30 | 11 | 105 |
| Nuevas concesiones de Radio Comunitaria | 0 | 0 | 0 | 0 | 5 ⁹ | 13 | 18 ¹⁰ |

Fuente: Elaboración propia a partir de datos Subsecretaría de Telecomunicaciones.

II. SANCIONES PENALES A LA RADIODIFUSIÓN SIN AUTORIZACIÓN

1. *La radiodifusión sin autorización como un delito*

La Ley General de Telecomunicaciones recoge las distintas infracciones y sanciones derivadas del incumplimiento de la normativa de radiodifusión (artículos 36 a 39 bis). Este régimen sancionador incluye medidas de carácter administrativo (amonestación, multas, suspensión de transmisiones y caducidad de la concesión) y de carácter penal, en el caso de infracciones de mayor gravedad (artículo 36 B). Entre estas últimas encontramos el artículo 36B letra a) que tipifica como delito la radiodifusión sin autorización y establece penas de presidio menor en su grado mínimo a medio (61 días a 3 años), multa de 5 a 300 unidades tributarias y comiso de equipos. La conducta es perseguible independientemente de que existan terceros perjudicados o la actividad se realice sin fines lucrativos o maliciosos.

Al tratarse de un delito de acción pública cualquier persona está legitimada para realizar una denuncia ante el Ministerio Público, si bien lo habitual es la participación de la Subsecretaría de Telecomunicaciones del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones para verificar que la emisora denunciada carece de concesión.

La policía es la encargada de realizar la investigación del delito, de personarse en la emisora de radio para proceder a la incautación de sus equipos y proceder a la detención de las personas que se encuentren en ese momento operando la emisora para conducir las a la unidad policial respectiva donde se les toman los datos. Si los detenidos son formalizados por la Fiscalía se iniciará un juicio penal en el Juzgado de Garantía correspondiente.

En los procesos judiciales a los cuales se ha tenido acceso no se ha encontrado ninguna condena de presidio, ya sea, en algunos casos, (i) por el archivo provisional del procedimiento, en otros, (ii) por la suspensión condicional y, en otros, (iii) por la aplicación del principio de oportunidad, ya que el delito no compromete gravemente el interés

⁹ Resoluciones exentas N^{os} 4.496, 4.497, 4.498, 4.715 y 4.716, todas de la Subsecretaría de Telecomunicaciones.

¹⁰ Orden N^o 1405.

público¹¹. Por tanto, si no hay sanción penal efectiva, el 36B, letra a), es una forma de criminalización y castigo por medio de su procedimiento, que además tiene una duración prolongada.

2. El origen de la criminalización a las radios comunitarias

Tras el fin de la dictadura comenzaron a operar en Chile pequeñas emisoras de radio que carecían de concesión al no estar este tipo de emisoras previstas en la normativa de telecomunicaciones. En enero de 1990 se constituye la Agrupación Nacional de Radio Popular (ANARAP) y en abril de 1990 comienza sus emisiones Radio Villa Francia. Meses después ANARAP llega a contabilizar 58 experiencias radiales, 32 pertenecen a la Región Metropolitana y 26 a regiones¹².

Ante esta situación la Asociación de Radiodifusores (ARCHI) presionó al gobierno para que procediera a la clausura de estas emisoras, especialmente a partir del asalto sufrido a su sede en octubre de 1990 por parte de un grupo subversivo que realizó pintadas con alusiones a las emisoras sin autorización¹³.

Desde la Unión Demócrata Independiente (UDI) se refirieron a las radios comunitarias como “emisoras clandestinas ligadas al Partido Comunista” y como “caballos de Troya del PC”, llegando a vincular a algunos de sus promotores con Sendero Luminoso¹⁴. En mayo de 1991 diez Diputados de Renovación Nacional presentaron una Acusación Constitucional¹⁵ contra el Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, Germán Correa, por permitir la existencia y proliferación de las emisoras ilegales. La acusación fue rechazada el 11 de junio de 1991 al mismo tiempo que ingresó en el Senado el Proyecto de Ley cuyo objeto era impedir la existencia de radios sin autorización.

La penalización de la explotación de servicios de radiodifusión sin autorización fue introducida poco después, en agosto de 1991¹⁶, en la Ley General de Telecomunicaciones junto con otros delitos de muy distinta naturaleza, como sean la interferencia, la interceptación o la interrupción maliciosa de servicios de telecomunicaciones. Paralelamente, el 9 de julio de 1991 el gobierno presentó un Proyecto de Ley para que las radios comunitarias puedan acceder a concesiones, pero no fue hasta 1994 cuando se aprobó la norma que permitió la existencia de servicios de radio de mínima cobertura¹⁷.

¹¹ En 2011, en el caso N° RUC 1100758696-7, en XIV Región, el Fiscal del Ministerio Público resolvió aplicar el principio de oportunidad por considerar que no existe compromiso grave del interés público. Esta medida implicó que la Fiscalía haya determinado finalizar la investigación en la causa por no comprometer gravemente la seguridad pública y por las bajas penalidades que contempla el delito.

¹² AGUILERA, Oscar (1998). *Radios Comunitarias 1990-1996: origen y proceso de legalización*. Santiago de Chile: Programa Comunicación Social de Base. ECO, Educación y Comunicaciones. Disponible en: <http://www.ongeco.cl/wp-content/uploads/2015/04/estudio_ley_minima_cobertura.pdf> [consulta: 01.03.2016].

¹³ HERRERA, Jaime (1997). *Estatuto jurídico de la radiodifusión*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, pp. 217 ss.

¹⁴ AGUILERA, 1998: 8.

¹⁵ Cámara de Diputados, Sesión 6ª 11 de junio de 2011. Oficio 348.

¹⁶ Ley N° 19.091, que modifica título VIII de la Ley 18.168, Ley general de telecomunicaciones, de 7 de noviembre de 1991, artículo único.

¹⁷ Ley N° 19.277 (1994), artículo 2.

III. EL DEBATE SOBRE LA DESPENALIZACIÓN DE LA RADIODIFUSIÓN SIN AUTORIZACIÓN

1. *Incompatibilidad con el Derecho internacional*

Tanto desde la doctrina como desde las organizaciones de derechos humanos se ha considerado la improcedencia de la penalización de la radiodifusión sin autorización por su incompatibilidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos¹⁸.

La Relatoría Especial para la libertad de expresión de la CIDH ha señalado en diferentes oportunidades que “la utilización del derecho penal para sancionar violaciones del régimen de radiodifusión puede resultar problemática a la luz de la Convención Americana¹⁹”.

La citada Relatoría se ha referido en varios de sus informes a la aplicación de sanciones penales a la radiodifusión sin autorización en Chile. En su Informe anual de 2011 manifestó que “toda restricción impuesta a la libertad de expresión por las normas sobre radiodifusión debe ser proporcionada, en el sentido que no exista una alternativa menos restrictiva del derecho a la libertad de expresión para lograr el fin legítimo perseguido. Así, el establecimiento de sanciones penales ante casos de violaciones a la legislación sobre radiodifusión no parece ser una restricción necesaria”²⁰. Cuestión que reiteró en su Informe de 2012 en el que se hizo eco del allanamiento de emisoras de radio en las comunas de Paine y de Puquiñe Lumaco e insistió en que “las leyes en materia de radiodifusión deben adecuarse a los estándares internacionales y deben hacerse cumplir mediante el uso de sanciones administrativas proporcionales y no mediante el empleo del derecho penal”. Asimismo, recordó “que no es suficiente el reconocimiento legal de la radiodifusión comunitaria si existen normas que establecen condiciones discriminatorias para su operación o sanciones desproporcionadas como el uso del derecho penal”²¹. En su último Informe la Relatoría se hace eco de los allanamientos realizados contra Radio 1, de Concón; Radio La Victoria, de Pedro Aguirre Cerda; Radio La Voz de Nueva Braunau, de Puerto Varas; y Radio Manque, de Rancagua y reitera que “el establecimiento de sanciones de tipo penal para la radiodifusión comercial o comunitaria, que pueda verse enfrentada a una falta por la inexistencia o el mal uso de la licencia, es una reacción desproporcionada”²².

2. *Propuestas legislativas y el debate sobre la despenalización*

En los últimos años se han producido intentos para modificar las penas incluidas en el artículo 36B letra a) de la Ley General de Telecomunicaciones. En 2012, dentro de la tramitación del Proyecto de Ley que crea la Superintendencia de Telecomunicaciones, se

¹⁸ LORETI, Damián (2006). *Razones jurídicas que determinan la improcedencia de la penalización de la radiodifusión sin autorización*. Asociación Mundial de Radios Comunitarias, pp. 18-19.

¹⁹ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, adoptada el 22 de noviembre de 1969.

²⁰ CIDH. *Informe anual de la Relatoría para la libertad de expresión*, de 30 de diciembre de 2011. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 69.

²¹ CIDH. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 69.

²² CIDH. *Informe anual de la Relatoría para la libertad de expresión*, de 31 de diciembre de 2015. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 48/15.

propuso una disminución de las multas y la eliminación de la pena privativa de libertad a quienes operen servicios de telecomunicaciones o de radiodifusión sin autorización²³. Sin embargo, en las indicaciones presentadas se mantenía la pena de comiso y la tipificación como delito o como falta, por lo que no se producía una despenalización total.

Ante la paralización en 2014 del Proyecto de Ley de la Superintendencia de Telecomunicaciones y la sucesiva aplicación de lo dispuesto en el artículo 36B a emisoras comunitarias el senador Alejandro Navarro presentó en diciembre de 2015 una moción para modificar la pena por la radiodifusión no autorizada. El texto inicial del Proyecto de Ley, que se encuentra en discusión, indica que “Comete falta el que opere o explote servicios o instalaciones de radiodifusión sin autorización de la autoridad correspondiente, y el que permita que en su domicilio, residencia, morada o medio de transporte, operen tales servicios o instalaciones. La multa en estos casos será de 1 a 3 UTM²⁴”.

3. Argumentos para la eliminación de toda sanción penal y su sustitución por sanciones administrativas

Sin duda, la correcta administración del espectro radioeléctrico es un bien jurídico que amerita protección por parte del Estado. El espectro o espacio radioeléctrico es un bien escaso, y su naturaleza es la de ser un bien nacional, cuyo dominio pertenece a toda la Nación. El correcto uso del espacio radioeléctrico busca facilitar el uso y goce de este bien por parte de la mayor cantidad de agentes posibles, en condiciones de libertad e igualdad (artículo 2 de la Ley General de Telecomunicaciones).

No obstante lo señalado, hoy existen evidencias de que en Chile no se cumple a cabalidad con este objetivo, situación que a nuestro juicio ha comenzado a deslegitimar el sistema de regulación de medios existente hoy en el país.

Una primera evidencia apunta al sistema de concesiones y permisos establecido en la Ley General de Telecomunicaciones, así como también a la Ley N° 20.433 que crea los servicios de radiodifusión comunitaria ciudadana.

Por un lado, la Ley General de Telecomunicaciones si bien en su artículo 3 reconoce diferentes tipos de servicios de radiodifusión, al momento de asignar los permisos utiliza solo parámetros estrictamente técnicos²⁵, y al privilegiar estos criterios omite otros posibles, como por ejemplo tomar en cuenta la concentración de propiedad que hay detrás de cada permiso o la pluralidad de contenido necesaria para evitar la formación de un discurso comercial hegemónico en los medios de radiodifusión.

Por su parte, la Ley N° 20.433 de radios comunitarias en su artículo tercero limita el acceso de este tipo de radios a solo el 10% del espectro radioeléctrico. Esta limitación trae como consecuencia la competencia entre radios comunitarias por un espacio ínfimo en el dial, provocando situaciones de arbitrariedad como la señalada en el artículo

²³ Boletín N° 8.034-15, sobre Informe de la Comisión de Ciencia y Tecnología recaído en el proyecto de Ley que crea la Superintendencia de telecomunicaciones, de 01 de agosto de 2012.

²⁴ SENADO DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Boletín N° 10.456-15, que modifica la pena para la radiodifusión no autorizada, de 21 de diciembre de 2015.

²⁵ Al respecto véanse los artículos 12 y 13 inciso 5 de la Ley General de Telecomunicaciones.

octavo de dicha ley, que señala que “En el caso de que dos o más concursantes estén en condiciones similares y no teniendo ninguno de ellos la calidad de anterior concesionario, el concurso se resolverá por sorteo público”.

Un segundo indicio de que en Chile no se accede en condiciones de libertad e igualdad al espectro radioeléctrico, es la preocupante concentración de medios de comunicación que existe en el país. Esta tendencia se debe en parte a una política de desregulación que el Estado chileno ha seguido desde comienzos de los años noventa²⁶. Hoy en el mundo de la radiodifusión chilena podemos encontrar seis grandes grupos económicos que abarcan el 70% de las radios a nivel nacional, tres de estos grupos abarcan el 50%²⁷. De esta manera, las radios comerciales ajenas a los grandes grupos económicos solo pueden acceder al 20% del espacio radioeléctrico, y las radios sin fines de lucro, como las radios comunitarias, solo pueden obtener licencias dentro del 10% del espacio radioeléctrico.

Un tercer indicio de esta falta de legitimidad en el uso del espacio radioeléctrico es la norma del artículo 36B letra a) de la Ley General de Telecomunicaciones. En la práctica esta norma permite perseguir y sancionar penalmente a las radios comunitarias que transmitan sin la autorización de la autoridad, la que en los últimos 5 años ha tenido un bajo índice de otorgamiento de licencia a radios comunitarias, afectando desmedidamente su derecho a la libertad de expresión e información, bajo el pretexto del resguardo del correcto uso del espectro radioeléctrico²⁸.

De todo lo precedentemente expuesto, es posible advertir que hoy muchas radios comerciales y no comerciales encuentran serios problemas para acceder en condiciones de libertad e igualdad al espectro radioeléctrico. Debido a lo anterior, es sensato cuestionar la legitimidad del sistema de sanciones establecidos en la Ley General de Telecomunicaciones, así como también la real necesidad de que este sistema sea tutelado mediante el uso del derecho penal, no solo porque mediante él se puede estar defendiendo situaciones injustas en un contexto de democracia moderna y plural, sino también porque está empíricamente comprobado que no existe una correlación significativa entre la severidad de las penas y la disminución de la criminalidad, por lo que dicha norma termina apareciendo como poco idónea e innecesaria²⁹.

²⁶ Pedro Anguita expresa que “los gobiernos de la Concertación se basaron en un principio formulado hace mucho tiempo por la cultura anglosajona, que ha sostenido que la mejor política legislativa relativa a los medios de comunicación es no tenerla. Con ello se dejó el campo abierto a los agentes del mercado, sin una mínima regulación”. UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES (2011). *Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile 2010*. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales. Disponible en: <<http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/index.php/publicaciones/func-startdown/535/>> [consulta: 30.05.2016].

²⁷ RED DE MEDIOS DE LOS PUEBLOS (2009). *Radiodifusión en Chile: Informe sobre la penalización de la transmisión sin licencia y cierre de radios comunitarias en Chile*. Santiago de Chile: ECO Comunicaciones.

²⁸ Es importante señalar que estas radios que operan sin licencia lo hacen debido a que los concursos de adjudicación de concesiones no comenzaron hasta 2013 y han sido limitados en número, por lo que en muchas comunas ni siquiera se han efectuado llamados a concurso como muestran los datos de la SUBTEL disponibles en: <<http://www.subtel.gob.cl/inicio-concesionario/llamados-a-concurso/radiodifusion-sonora/>> [consulta: 30.05.2016].

²⁹ En los Estados Unidos el uso de la pena de muerte en los distintos estados en los que está vigente no ha significado un descenso en las tasas de criminalidad. Véase ZÚÑIGA, Laura (2001). *Política Criminal*. Madrid: Editorial Colex, p. 41.

A mayor abundamiento, y en estricta relación con lo ya señalado, es importante destacar que la aplicación del artículo 36B letra a) se ha llevado a cabo en clara contravención con los principios de proporcionalidad penal y *ultima ratio* del derecho penal, y de las recomendaciones de la CIDH que ha condenado enérgicamente el uso del derecho penal en materias de derecho a la comunicación y libertad de expresión³⁰.

A nuestro juicio el artículo 36B letra a) de la Ley General de Telecomunicaciones soslaya un principio penal propio de un Estado de Derecho moderno como lo es el principio de proporcionalidad en materia penal, el que como lo ha entendido la doctrina alemana y española, abarca los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto³¹. Si analizamos cada uno de estos subprincipios encontraremos que ninguno de ellos es satisfecho íntegramente por el artículo 36B letra a).

El principio de idoneidad, en términos generales, ordena que el derecho penal intervenga solo cuando sea eficaz e idóneo para prevenir el delito. En este sentido la aplicación del artículo 36B letra a) no ha sido apta para prevenir que las radios operen sin la debida autorización ni tampoco ha evitado la proliferación de este tipo de radios. Al contrario, desde el 2010 hasta el 2014 se evidenció un sustancial aumento de estos casos en parte debido a la mala implementación de la Ley N° 20.433³².

Tampoco ha sido idóneo por cuanto en la práctica no se ha logrado una generalizada aplicación efectiva de las penas, la mayoría de los casos se resolvieron mediante salidas alternativas a la pena o por aplicación del principio de oportunidad por parte de los fiscales³³.

En cuanto al principio de necesidad o de la exclusiva protección de bienes jurídicos, consistente en que solo se deben atacar penalmente las ofensas *más graves* a bienes jurídicos en un tiempo y sociedad determinada, creemos que tampoco se cumple. Hoy no puede sostenerse seriamente que las radios comunitarias con una mínima cobertura y ejerciendo actividades de servicio a la comunidad representen una grave amenaza a bienes jurídicos tales como el orden público, la legalidad y menos aún a la libertad de expresión de las radios comerciales, las que como ya señalamos, gozan del 90% del espectro radioeléctrico, de una variada oferta comercial y de una potencia suficiente para emitir sus señales a lo largo de todo el país.

³⁰ CIDH (2010). *Estándares de libertad de expresión para una radiodifusión libre e incluyente*, párr. 41: “establecimiento de sanciones penales ante casos de violaciones a la legislación sobre radiodifusión no parece ser una restricción necesaria. En tal sentido, resulta relevante mencionar que tanto la CIDH como la Corte Interamericana han considerado, en todos los casos concretos que han sido objeto de su estudio y decisión, que la protección de ciertos derechos vulnerados por el ejercicio de la libertad de expresión por medio de sanciones penales resultaba desproporcionada e innecesaria en una sociedad democrática”.

³¹ AGUADO, Teresa (1999). *El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal*. Madrid: Edersa, p. 67.

³² El propio Estado de Chile ha reconocido ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la deficiente implementación de la Ley N° 20.433 de 2010 y se ha comprometido a realizar programas de fomento de la radiodifusión ciudadana. CIDH (2015). Informe N° 77/15. Caso 12.799 Miguel Ángel Millar Silva y otros (Radio Estrella del Mar de Melinka).

³³ SENADO DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Boletín N° 10.456-15. *Informe de la Comisión de Transportes y Telecomunicaciones del Senado*, de 9 de abril 2016. Luis Pardo, Presidente de la Asociación de Radiodifusores de Chile (ARCHI) señala que “Durante los diez años que la entidad que representa se ha involucrado en este ámbito, jamás se ha verificado la aplicación efectiva de una pena privativa de libertad o de una multa, no obstante contemplarse en la legislación actual”.

Respecto del subprincipio de proporcionalidad de las penas en sentido estricto, implícito en nuestra legislación y directamente vinculado con el concepto de justicia y de igualdad ante la ley, debemos señalar que a nuestro juicio este principio tampoco es respetado al aplicarse el artículo 36B letra a), ya obliga al Estado a una adecuada justicia penal, que no puede ser sobredimensionada. Así, debe existir una adecuada proporción entre la amenaza penal y el daño social del hecho. Esta adecuación, que a nuestro juicio no se da en la especie, ya que no hay un riesgo efectivo de vulneración de la libertad de expresión de los medios de comunicación comerciales producto de la actividad de radios sin licencia, sino más bien situaciones marginales que si bien requieren cierto control, no justifica la aplicación del derecho penal sobre ellas.

De esta forma, el artículo 36B letra a) resulta desproporcionado, pues en muchos de los casos en que este se aplica, resulta tanto desmerecido como no necesario. Así, bajo el pretexto de la protección al correcto uso del espectro radioeléctrico, se sanciona de la misma forma tanto al que opera una estación de televisión clandestina de gran alcance, que incluso pueda difundir contenidos contrarios al orden o salud pública, como al que opera a una radio comunitaria de extensión muy restringida y local, que divulgue noticias de interés público para la comunidad³⁴. Entonces, es evidente que la gravedad de la pena en la mayoría de los casos no se condice con la gravedad del delito.

Otro argumento para la eliminación de todo tipo de sanción penal respecto de actividades de radios comunitarias que operan sin licencia, resulta al utilizar el test de la CIDH, específicamente los dos más pertinentes a la afectación de la libertad de expresión. El primero informa que debe haber un juicio de razonabilidad calificada (adecuada relación entre fines legítimos y medios legales, necesarios e idóneos) para tener por válida una restricción de derechos fundamentales; y el segundo llama a elaborar un juicio de ponderación estricto, para habilitar, de modo excepcional, la aplicación de medidas penales³⁵.

Respecto del primer test, creemos que no hay evidencia clara de que con la actividad de las radios comunitarias sin licencia se pongan gravemente en peligro bienes jurídicos relevantes que justifiquen los medios actualmente utilizados para protegerlos. Las radios comerciales están en una ventajosa posición respecto de las no comerciales, con una legislación y una capacidad económica a su favor. Por tanto, pese a existir un eventual fin legítimo a proteger, la utilización del derecho penal como medio no logra satisfacer las exigencias de ser idóneo y necesario, máxime si se toma en cuenta que el derecho administrativo chileno cuenta con una amplia gama de potestades sancionatorias, algunas de ellas presentes en la Ley General de Telecomunicaciones³⁶.

En cuanto al llamado juicio de ponderación, podemos señalar que obliga a realizar un breve análisis desde tres perspectivas del problema del conflicto de principios: (i) El

³⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE (TC). Rol N° 2022-2011-INA. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Claudio Rafael Segovia respecto del artículo 36 B letra a) de la Ley N° 18.168, de Telecomunicaciones. Sentencia de 29 de marzo de 2012. pp. 25 y ss.

³⁵ ARAUJO, Jaime (2006). "Los métodos Judiciales de Ponderación y Coexistencia entre derechos fundamentales". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano II*: 853-877.

³⁶ Título VII de la Ley N° 18.168, de Telecomunicaciones, artículos 36, 36B y 38.

grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada. Debido a la baja intensidad con la que pueden transmitir las radios comunitarias sin licencia³⁷ y sus fines no comerciales, parece difícil argumentar en favor de una importante afectación al derecho de libre expresión de las radios comerciales, por lo que solo habría una afectación moderada de esos derechos; (ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario. En este caso debemos señalar que ante un escenario adverso a las radios comunitarias, debido a la baja cantidad de llamados a concursos en los últimos años –particularmente en la Región Metropolitana, producto de la deficiente implementación de la Ley N° 20.433³⁸–, resulta atendible la necesidad de suavizar el control de las radios sin licencia que no buscan cometer daño alguno, sino más bien ejercer su legítimo derecho a la libertad de expresión y comunicación y (iii) que la satisfacción del bien contrario justifique la restricción del derecho a la libertad de expresión. Desde nuestra perspectiva, la noción actual del “correcto uso del espectro radioeléctrico” no ha hecho más que transformarse en instrumento de mantención de un sistema desregulado, que favorece a un solo segmento de la radiodifusión, por lo que no creemos que su resguardo mediante sanciones penales justifique la aplicación del derecho penal³⁹. Más aún, no creemos que esté en serio riesgo el orden público o los derechos de terceros, por lo que solo se justifica el uso de sanciones administrativas, por resultar menos gravoso para la libertad de expresión de las radios comunitarias sin licencia.

En conclusión, creemos que existen importantes razones doctrinarias y de hecho para considerar seriamente la eliminación de toda sanción penal que pudiese afectar el derecho a la libertad de expresión e información, no solo de las radios comunitarias sino de cualquier actividad que importe el ejercicio de este derecho. Considerando la importancia del respeto al Estado de Derecho, la eliminación de sanciones penales debe en la práctica dar paso a una sustitución de estas penas por sanciones de carácter administrativo, las que a nuestro juicio son más proporcionales e idóneas para avenir el conflicto entre las regulaciones de bienes escasos y las libertades civiles de quienes los utilizan.

³⁷ Ley N° 20.433 (2010), art. 4: “los servicios estarán conformados por una estación de radiodifusión cuya potencia radial mínima será de 1watt y máxima de 25 watts...”.

³⁸ Senado de la República de Chile, boletín N° 10.456-15. Informe de la Comisión de Transportes y Telecomunicaciones del Senado. 9 de abril 2016. Chiara Sáez, Académica del Instituto de la Comunicación e Imagen de la Universidad de Chile. “con la aprobación en el año 2010 de la Ley N° 20.433, que crea los servicios de radiodifusión comunitaria ciudadana, que define a tales radios como emisoras sin ánimo de lucro con fines informativos, comunitarios, sociales o culturales, se dejaron sin efecto alrededor de ciento cincuenta llamados a concurso para todo tipo de radios, lo que generó una verdadera congestión en las asignaciones posteriormente efectuadas (...). Muestra de ello, explicó, ha sido el lento avance de los concursos en este contexto, siendo adjudicados los primeros de ellos solo a finales del año 2013, más de tres años luego de la publicación de la mencionada ley, existiendo a la fecha solo 15 nuevas radios comunitarias”, pp. 7-8.

³⁹ Corte IDH (2011). Caso *Kimel vs. Argentina*, párr. 76. “El derecho penal es el más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita. En una sociedad democrática el poder punitivo solo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado”.

4. Argumentos a favor de la eliminación del comiso como sanción penal o administrativa en la Ley General de Telecomunicaciones

Sin ánimo de profundizar en el concepto mismo, señalamos que su definición generalmente aceptada es la de ser “una pena accesoria y pecuniaria, pues afecta el patrimonio del sentenciado y consiste en ‘la pérdida de los instrumentos y efectos del delito’”⁴⁰.

El comiso como sanción se manifiesta tanto en el derecho penal como en el derecho administrativo. De hecho, el artículo 38 de la Ley General de Telecomunicaciones otorga a la Subsecretaría de Telecomunicaciones, la facultad de utilizarlo para sancionar las infracciones a dicha ley⁴¹.

El Código Penal chileno señala en su artículo 31 que “[t]oda pena que se imponga por un crimen o un simple delito, lleva consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los instrumentos con que se ejecutó, a menos que pertenezcan a un tercero no responsable del crimen o simple delito”. La doctrina ha señalado que de esta norma es posible distinguir dos tipos de comiso: por una parte, el comiso de instrumentos, que corresponden a los medios directos con los que se ejecutó el delito, y por otra, el comiso de efectos, que corresponde a los objetos o el dinero de que se apropió el infractor o delincuente⁴², cuyo fundamento se encontraría en el enriquecimiento ilícito o injusto de aquel⁴³.

En el contexto de la actual discusión en el Senado sobre la moción del senador Navarro⁴⁴, respecto de la reforma al artículo 36B letra a) de la Ley General de Telecomunicaciones, pretendemos generar un espacio de discusión crítica en torno a la idea de eliminación del comiso como forma de sanción en contra de actividades que impliquen el legítimo ejercicio de la libertad de expresión. Esto porque, sin duda, la parte menos aceptada de dicho proyecto por parte de los parlamentarios es la eliminación del comiso.

Con esa intención creemos importante aportar ideas que favorezcan esta discusión, las que a continuación presentamos:

a) Ineficacia del uso del comiso para evitar la proliferación de radios sin licencia

Durante los más de 25 años de la aplicación del artículo 36B letra a)⁴⁵ de la Ley General de Telecomunicaciones, ni la pena de cárcel ni la de comiso han sido eficientes para prevenir la proliferación de radios sin licencia.

⁴⁰ GARRIDO MONTT, Mario (2001). *Derecho Penal, Parte General*, tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 300.

⁴¹ Ley N° 18.168, art. 38. “Además, los equipos y medios de transmisión de telecomunicaciones instalados, operados y explotados sin la debida autorización, caerán en comiso y deberán ser destinados a institutos profesionales, industriales o universidades que impartan enseñanza sobre telecomunicaciones, con prohibición de ser usados en alguna forma de radiodifusión pública”.

⁴² ANANÍAS, Ignacio (2014). “El comiso de Ganancias”. *Revista de Estudios de la Justicia* (21): 153-196.

⁴³ ANANÍAS, 2014: 188.

⁴⁴ Boletín 10.456-15. Modifica la pena para la radiodifusión no autorizada. Moción para modificar la Ley general de telecomunicaciones, con el objeto de sustituir la sanción penal por sanciones de carácter administrativo.

⁴⁵ Ley N° 19.091, que modifica título VIII de la Ley N° 18.168, Ley general de telecomunicaciones, de 7 de noviembre de 1991, artículo único.

Debido a la deficiente implementación de la Ley N° 20.433 y a otras barreras de acceso, muchas radios sin fines de lucro se han visto impedidas de acceder a concursos con el fin de obtener el permiso de la autoridad para poder funcionar dentro de la legalidad⁴⁶, provocando lógicamente que muchas de estas radios, en vez de esperar años para obtener una licencia, opten por transmitir sin autorización a la espera de su regularización.

A mayor abundamiento y como ya hemos señalado, en muchos de los casos judicializados solo ha habido *incautaciones* de bienes, no lográndose por parte del sistema judicial una efectiva aplicación de la pena de comiso, lo que ha implicado un considerable gasto de tiempo y recursos por parte del Estado.

La evidencia empírica ha demostrado que no hay una relación causal entre el aumento de la intensidad de las penas y la disminución de los actos ilícitos⁴⁷. Por lo mismo, insistir en aplicar penas tan gravosas para las radios comunitarias, como el comiso de especies, ha dejado de tener sentido; este camino solo evade la solución de fondo, que implicaría diseñar una nueva política relativa al acceso al espacio radioeléctrico y mejorar el proceso de obtención de permisos para poder transmitir.

b) *Desproporcionalidad del comiso como sanción*

El proyecto de ley que busca eliminar las sanciones penales en contra de las actividades de radiodifusión sin licencia, en general, ha tenido una gran aceptación entre los parlamentarios de la Comisión de Transportes y Telecomunicaciones del Senado. Sin embargo, algunos sectores sostienen que, si bien eliminar la pena de cárcel es importante para alcanzar los estándares interamericanos de derechos humanos, se justifica la mantención del comiso como sanción⁴⁸. Nosotros, por el contrario, sostenemos que no se justifica en estos casos.

El artículo 13 inciso segundo de la Convención Interamericana de Derechos Humanos señala que “el ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar (...) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o (...) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”⁴⁹. De esta manera, según la Convención, las sanciones a las cuales puede estar sujeto el ejercicio de la libertad de expresión deben cumplir con los requisitos de legalidad, necesidad y fin legítimo.

⁴⁶ SENADO DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Boletín N° 10.456-15. *Informe de la Comisión de Transportes y Telecomunicaciones del Senado*, de 9 de abril de 2016. Chiara Sáez, Académica del Instituto de la Comunicación e Imagen de la Universidad de Chile.

⁴⁷ ZÚÑIGA, 2001: 41.

⁴⁸ SENADO DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Boletín N° 10.456-15. *Informe de la Comisión de Transportes y Telecomunicaciones del Senado*, de 9 de abril 2016. José Manuel Ossandón: “En su opinión, no son correctos los argumentos que vinculan las sanciones establecidas con vulneraciones a la libertad de expresión, en tanto se trata de un ámbito en donde la propia ley ha regulado los aspectos lícitos e ilícitos de su ejercicio. Finalmente, propuso mantener la pena de comiso para desincentivar la realización de este tipo de actividades, sin perjuicio de sugerir que tal sanción solo sea aplicada en caso de reincidencia”.

⁴⁹ OEA. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, adoptada el 22 de noviembre de 1969.

La correcta interpretación del valor de la “necesidad” es la de la “necesidad social imperiosa”⁵⁰. De esta manera, y según el sistema interamericano, el término “necesario”, en el contexto del artículo 13.2, debe considerarse como algo más que “útil”, “razonable” o “conveniente”. Para que una limitación sea necesaria, debe demostrar que el fin legítimo que se persigue no pueda alcanzarse razonablemente por un medio menos restrictivo de la libertad de expresión⁵¹.

A la luz de estas definiciones concluimos que se debe establecer que la necesidad de la medida se oriente a la protección de un bien jurídico valorado y que se encuentra en un efectivo peligro ante las transmisiones sin licencia de radios sin fines de lucro y particularmente de las radios comunitarias⁵².

Según Loreti, el ejercicio de la radiodifusión sin autorización, a menos que exista interferencia dolosa contra una emisión, no afecta derechos de terceros y por tal motivo no sería un fin legítimo a proteger. Por cierto, de generar interferencia a sus contenidos, este sería una afectación menor atendida la baja capacidad para transmitir que tienen estas radios, que varía entre 1 y 20 *watts*.

Para dicho autor tampoco afectaría la honra y reputación de terceros. Así también sostiene que respecto del orden público, al menos en el caso del soporte técnico mediante el que se efectúa, no habría una mayor afectación, sobre todo si atendemos a que el problema del 36B letra a) apunta a la interferencia de los medios de comunicación electrónicos y no a la protección de la inviolabilidad de las comunicaciones⁵³. Asimismo, Loreti advierte que tampoco estaría afectado de manera significativa el orden público, ya que si de lo que se trata es la protección de la navegación aérea, no habría necesidad de protección, porque esta puede ser afectada por radios con o sin licencia, y más importante aún, los Estados ya suelen incorporar medidas en sus legislaciones penales para evitar este problema. Finalmente, señala que si es por la afectación del derecho de propiedad del espectro radioeléctrico, este no reconoce propiedad individual, por lo que no habría una situación de hurto que justificara una sanción tan gravosa.

En resumen, la actividad de transmisión sin licencia, cuando no media dolo⁵⁴, no afecta gravemente bienes jurídicos, como los derechos de terceros consagrados en la

⁵⁰ CIDH. *Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, de 17 febrero 1995. OEA/Ser.L/V/II.88, Doc. 9.

⁵¹ CIDH. OEA/Ser.L/V/II.88, Doc. 9. Véase también Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (artículos 13 y 29 de Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A N°5, párr. 46: “La necesidad, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas en el artículo 13.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido... es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo”.

⁵² Según la convención, estos bienes o fines legítimos serían el respeto a los derechos o a la reputación de los demás y la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

⁵³ La interceptación de comunicaciones está prevista en el artículo 36 B letra b) de la Ley General de Telecomunicaciones, situación que escapa completamente del problema jurídico tratado en este informe.

⁵⁴ El artículo 36 b letra a) es un delito de resultado, por lo que para su cometido no requiere de la existencia de dolo o culpa.

Convención Americana, la honra e imagen de las personas o el orden público. Por ello, las medidas de responsabilidad ulteriores deben ser proporcionales a la baja necesidad de protección de estos bienes jurídicos.

Lo señalado por Loreti parece evidente respecto de las penas de cárcel, pero no lo parece tanto respecto del comiso, que puede incluso aplicarse administrativamente. Por lo mismo, debemos preguntarnos si el comiso en el caso concreto de las radios comunitarias es o no una sanción desproporcionada. Para obtener una respuesta debemos entender el contexto en que estas radios actúan.

Las radios comunitarias son organizaciones sociales sin fines de lucro, conformadas por miembros de comunidades o intereses colectivos, tales como organizaciones vecinales, clubes deportivos, comunidades originarias o simplemente grupos afines; por lo general, el pago de sus costos de operación depende solo de la solidaridad y capacidad económica de sus miembros. Esta situación de precariedad económica se acentúa aún más ante el hecho de que estas radios, por ley, no pueden realizar publicidad, limitándose solo a “menciones” publicitarias en un espacio territorial no superior a tres kilómetros. Es esta fragilidad económica la que las hace especialmente vulnerables ante la aplicación del comiso de especies en contra de ellas.

La mantención del comiso no solo significa seguir exponiendo estos grupos al actuar de las policías⁵⁵, provocando un efecto intimidatorio entre las radios comunitarias, sino que además imponerles un alto menoscabo económico⁵⁶.

De esta manera, creemos que es importante oponerse a la mantención del comiso como sanción, por cuanto su aplicación no solo implica intimidar a los miembros de las radios comunitarias, sino que además provocar un desequilibrio económico devastador, el que termina siendo un medio indirecto de naturaleza económica en contra de la libertad de expresión.

c) Alternativas al comiso y eficiencia en su aplicación

Desde nuestra posición, creemos que el único sistema de sanciones en contra de las radios sin licencia debe ser uno basado en la aplicación progresiva de multas —que podrían variar de 1 a 10 U.T.M.—, y cuya aplicación y repetición dependa de la reiteración de la conducta antijurídica y el carácter lucrativo o no de la radio sancionada, toda vez que no es lo mismo castigar a una radio sin fines de lucro que a una con fines de lucro.

A favor de este sistema sancionatorio, argumentamos que es común encontrar leyes donde la sanción para evitar conductas que requieren el previo permiso de una autoridad se solucionan mediante la sola aplicación de multas, como por ejemplo, en el caso de la Ley del Tránsito, en la que situaciones como el manejo en condiciones físicas o psicológicas inadecuadas —sin causar lesiones o daños—, circular con la revisión técnica pendiente o rechazada, andar sin licencia de conducir o con una cédula vencida, son

⁵⁵ Por cuanto para hacer efectivo el comiso se requeriría allanar el domicilio con el uso de la fuerza pública.

⁵⁶ El artículo 36B letra a) de la Ley general de telecomunicaciones señala de manera general que la sanción consistirá en el “comiso de los equipos e instalaciones” sin especificar qué se debe entender por “equipos” o “instalaciones”.

sancionadas solo con multas. Así también, en el caso de la Ley de Municipalidades, se autoriza a la autoridad para cobrar patente municipal para el funcionamiento del comercio; su infracción es sancionada solo con multas y sanciones civiles, mas no comiso de bienes ni menos aún prisión.

La crítica usual a este tipo de sistemas es la poca eficacia de las multas para disuadir conductas antijurídicas y la dificultad de su aplicación efectiva. Respecto del primer cuestionamiento, esto es, si las multas pueden o no disuadir a las radios de operar sin licencia, es posible señalar que tal y como se intentó mostrar anteriormente, la experiencia señala que el legislador, en muchos casos relativamente similares al de la Ley General de Telecomunicaciones, confía en la aplicación de multas para prevenir actos de mínima o mediana lesividad, reservando la aplicación de sanciones penales y comiso solo a los casos más graves.

Respecto del segundo punto, esto es, la viabilidad del cobro de dichas multas, la doctrina ha sugerido la utilización de métodos que no atenten contra garantías constitucionales como la igualdad o la libertad de expresión. Por ejemplo, condonar la deuda en caso de no pago por causas ajenas a la voluntad del condenado, embargar la remuneración, sus bienes o devoluciones de impuestos hasta cierto límite, imponer trabajos en beneficio de la comunidad o la retención de los equipos de manera momentánea, y no definitiva, como en el caso del comiso⁵⁷.

De esta forma, creemos que es perfectamente posible regular la situación de las radios comunitarias sin licencia mediante la aplicación de multas en concurso con sanciones civiles, ya que existe evidencia en la legislación de que, en casos aún más graves, las multas logran evitar la comisión de infracciones.

d) *Afectación a terceros derivadas de la aplicación del comiso*

La aplicación del comiso afecta a terceros ajenos al ilícito e implica gastos innecesarios tanto para terceros como para el Estado.

En los allanamientos realizados por las policías en contra de radios comunitarias, algunos de los bienes son incautados por error, solo por estar en posesión de los detenidos o en el lugar donde se asienta la radio⁵⁸.

Esta situación ha provocado que terceros ajenos a los hechos tengan que iniciar acciones legales mediante la interposición de tercerías, cuyo objetivo es la devolución de las especies incautadas, debiendo contratar abogados y buscar testigos y documentos para poder probar el dominio o posesión de estas especies.

Luego de lo señalado precedentemente, solo queda preguntarse si vale o no la pena tal gasto de tiempo, recursos y energías en la persecución de radios comunitarias.

⁵⁷ MUÑOZ, Nicolás y Germán WELSCH, (2012). "La pena de multa en Chile y su efecto en la población penal". *Revista Conceptos* (25): 1-20.

⁵⁸ En ocasiones, durante los allanamientos, las policías incautan bienes que no son de propiedad de los imputados; esto se produce porque dichos bienes se encontraban en manos de los detenidos en virtud de préstamos o de la mera tolerancia de terceros.

CONCLUSIÓN

Es urgente la eliminación de toda sanción penal en contra de la actividad de las radios comunitarias en Chile. La incompatibilidad del artículo 36B letra a) de la Ley General de Telecomunicaciones con los tratados internacionales sobre derechos humanos se ha puesto de manifiesto en las reiteradas menciones a Chile en los Informes de la Relatoría para la Libertad de Expresión de la CIDH respecto del trato a las radios sin autorización y a la existencia de condiciones discriminatorias en el acceso a concesiones.

Atendiendo a los estándares interamericanos sobre libertad de expresión, la radiodifusión sin autorización no puede ser considerada como un delito, sino como una infracción de la normativa de telecomunicaciones, debiéndose proceder a sustituir las sanciones penales por sanciones administrativas.

La despenalización no debe limitarse a la eliminación de toda sanción privativa de libertad, sino que debe conllevar la supresión del comiso como pena accesoria a alguna sanción administrativa, como las multas. No solo porque de esta manera no se lograría alejar al derecho penal de actividades que implican el ejercicio de la libertad de expresión, sino porque a nuestro juicio importaría una violación al principio de proporcionalidad de las penas.

La aplicación del régimen sancionador por parte de la autoridad de telecomunicaciones puede contar con el auxilio policial, pero este debe ser de carácter subsidiario y aplicarse solo en caso de obstrucción a la labor de la autoridad de telecomunicaciones o por el incumplimiento reiterado de las sanciones. La sustitución de las sanciones penales por sanciones administrativas supone no solo que el procedimiento sancionador resulte más proporcionado, sino que sea además más simple, rápido y eficiente, resultando en una mejor utilización y un menor gasto de los recursos públicos destinados a la protección del correcto uso del espectro radioeléctrico.

El cumplimiento de la normativa de radiodifusión no solo se promueve mediante la imposición de sanciones por su incumplimiento, se requiere intervenir sobre las causas que propician la existencia de radios sin autorización. Hemos comprobado que existe una relación entre la proliferación de radios sin autorización y la persistencia de barreras de acceso a las concesiones de radiodifusión, que en el caso de las radios comunitarias se ha visto agravada por la deficiente implementación de la Ley N° 20.433 de 2010, que crea los servicios de radiodifusión comunitaria ciudadanas. Por ello, junto con la existencia de sanciones proporcionadas, deberían revisarse algunas de las normativas existentes en el sector de la radiodifusión.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO CORREA, Teresa (1999). *El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal*. Madrid: Edersa.
- AGUILERA, Oscar. (1998). *Radios comunitarias 1990-1996: origen y proceso de legalización*. Santiago: Programa Comunicación Social de Base. ECO, Educación y Comunicaciones. Disponible en: <http://www.ongeco.cl/wp-content/uploads/2015/04/estudio_ley_minima_cobertura.pdf> [consulta: 01.03.2016].
- ANANÍAS, Ignacio (2014). "El comiso de Ganancias". *Revista de Estudios de la Justicia* (21): 153-196.

- ARAUJO, Jaime (2006). “Los métodos Judiciales de Ponderación y Coexistencia entre derechos fundamentales”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* II: 853-877.
- GARRIDO MONTT, Mario (2001). *Derecho Penal. Parte General*, tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- HERRERA, Jaime (1997). *Estatuto jurídico de la radiodifusión*. Santiago: Editorial jurídica de Chile.
- LAGOS, Claudia y Raúl RODRÍGUEZ (2014). “Al borde del dial: Radio comunitaria y libertad de expresión en Chile: 2000-2010”. *Revista Faro* (19): 30-49. <<http://www.revistafaro.cl/index.php/Faro/article/view/313>> [consulta: 01.02.2016].
- LORETI, Damián (2006). *Razones jurídicas que determinan la improcedencia de la penalización de la radiodifusión sin autorización*. Asociación Mundial de Radios Comunitarias: Buenos Aires.
- MUÑOZ, Nicolás y Germán WELSCH (2012). “La pena de multa en Chile y su efecto en la población penal”. *Revista Conceptos* (25): 1-20.
- RED DE MEDIOS DE LOS PUEBLOS (2009). Radiodifusión en Chile: Informe sobre la penalización de la transmisión sin licencia y cierre de radios comunitarias en Chile. Santiago de Chile: ECO Comunicaciones.
- UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES (2011). *Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile 2010*. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales. Disponible en: <<http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/index.php/publicaciones/funcstartdown/535/>> [consulta: 30.05.2016].
- ZÚÑIGA, Laura (2001). *Política Criminal*. Madrid: Editorial Colex.

LEGISLACIÓN

- Boletín N° 10.456-15, que modifica la pena para la radiodifusión no autorizada, de 21 de diciembre de 2015.
- Ley N° 18.168, sobre Ley general de comunicaciones, 2 de octubre de 1982.
- Ley N° 19.091, que modifica título VIII de la Ley N° 18.168, Ley general de telecomunicaciones, de 7 de noviembre de 1991.
- Ley N° 20.433 de 2010, que crea los Servicios de Radiodifusión Comunitaria Ciudadana, de 25 de abril de 2010.
- Orden N° 1405 del Subsecretario de Telecomunicaciones de Chile, de 12 de febrero de 2016.

TRATADOS INTERNACIONALES

- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Americana sobre Derechos Humanos* adoptada el 22 de noviembre de 1969.

INFORMES DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe anual de la Relatoría para la libertad de expresión*, de 30 de diciembre de 2011. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 69.

—. *Informe N° 77/15. Caso 12.799 Miguel Ángel Millar Silva y otros, radio Estrella del Mar de Melinka*, de 28 de octubre 2015. OEA/Ser.L/V/II.156. Doc.30.

—. *Informe anual de la Relatoría para la libertad de expresión*, de 31 de diciembre de 2015. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 48/15.

JURISPRUDENCIA

CORTE INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A N° 5.

—. *Caso Kimel vs Argentina* (fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 2 de mayo de 2008. Serie C N° 177.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Rol N° 2022-2011-INA. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Claudio Rafael Segovia respecto del artículo 36 B letra a) de la Ley N° 18.168, de Telecomunicaciones. Sentencia de 29 de marzo de 2012.

Recibido: 29 de marzo de 2016
Aceptado: 1 de junio de 2016