



TV Digital, Pluralismo y Libertad de Expresión

El Tribunal Constitucional ha sentado un precedente negativo desde la perspectiva de la libertad de expresión y de los canales de televisión como cuerpos intermedios, legitimando una serie de intromisiones en la libertad editorial de éstos.

Recientemente, el Tribunal Constitucional (TC) se ha pronunciado en STC Rol N° 2541-13, de 18 de noviembre, rechazando prácticamente la totalidad del requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de 36 diputados, respecto de cuatro preceptos del proyecto de ley que permite la introducción de la televisión digital terrestre (Boletín N° 6190-19), y que dicen relación con (i) el concepto de pluralismo que se establece en el proyecto y el deber de promoverlo; (ii) la obligación de transmitir campañas de utilidad e interés público; (iii) la segunda concesión entregada a TVN; y (iv) el establecimiento del *must-carry*¹.

Libertad y Desarrollo participó en la audiencia pública celebrada ante el TC con fecha 6 de noviembre y en el que participaron 16 instituciones de la sociedad civil, planteando que se acogiera el requerimiento parlamentario, aunque limitando nuestra exposición sólo a los primeros tres temas en controversia².

La importancia del fallo reside en cuestiones tanto formales como materiales. Primero, ha de considerarse la ausencia de la Presidente del TC como decisiva respecto de la votación de los dos asuntos que serán objeto de análisis de este documento –el fallo del TC ante la definición de pluralismo y su promoción, y la obligación de transmitir campañas de utilidad o interés público–, si nos atenemos a lo que ha sido su jurisprudencia en fallos anteriores relativos a libertad de expresión, y que en el grueso de estas dos reglas en juego la votación se resolvió 5-4 contra el requerimiento. Segundo, yendo derechamente al fondo del asunto, y muy bien justificado por el voto disidente, estimamos el



ISSN: 0718-2090

www.lyd.org

Se cuestiona la definición de pluralismo contenida en el proyecto y entendida como el respeto a la diversidad social, cultural étnica, política, religiosa, de género, de orientación sexual e identidad de género, siendo deber de los concesionarios y permisionarios de servicios de televisión, regulados por dicha ley, promover en los contenidos entregados la observancia de estos principios, excluyendo aquellos que atenten contra estos mismos.

TC ha sentado un precedente negativo desde la perspectiva de la libertad de expresión y de los canales de televisión como cuerpos intermedios, legitimando una serie de intromisiones en la libertad editorial de éstos, sobre la base de interpretaciones maximalistas respecto del interés público como justificación regulatoria y del estatuto particularísimo que regiría a la televisión, el que eximiría la aplicación plena del estatuto de libertad de expresión que se garantiza al resto de los diversos medios de comunicación.

1. Requerimiento de constitucionalidad para el control preventivo de proyecto de ley

El artículo 93 de la Constitución Política de la República (CPR) establece en su inciso primero numeral tres que es atribución del Tribunal Constitucional resolver las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley. Asimismo, la referida norma en su inciso cuarto establece que el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, siempre que sea formulado antes de la promulgación de la ley y, en caso alguno, después de quinto día del despacho del proyecto.

2. Argumentos de la requirente

En primer lugar, se cuestiona la definición de pluralismo contenida en el proyecto y entendida como el respeto a la diversidad social, cultural, étnica, política, religiosa, de género, de orientación sexual e identidad de género, siendo deber de los concesionarios y permisionarios de servicios de televisión, regulados por dicha ley, promover en los contenidos entregados la observancia de estos principios, excluyendo aquellos que atenten contra estos mismos. Dicho concepto y la obligación impuesta, a juicio de ésta, vulneraría la igualdad ante la ley (al proteger ciertos aspectos se discriminan arbitrariamente otros); la libertad de opinión (se afecta libertad editorial al habilitar a la autoridad a intervenir en ésta) y la autonomía de los cuerpos intermedios (en este caso, la de los canales de televisión).



En lo que es un precedente extraordinariamente pobre, el TC rechaza la impugnación de los parlamentarios, declarando inconstitucional solamente la frase final de la definición “excluyendo aquellos que atenten contra los mismos”.

En segundo lugar, se cuestiona la constitucionalidad de la obligación de transmisión, gratuita, de campañas públicas o interés público. La norma impugnada establece que será la Secretaria General de Gobierno la que define las campañas y que las aprueba el CNTV; la obligación de transmitir las campañas con subtítulos y lenguaje a señas y se limitan a 60 segundos por emisión con un máximo de 21 minutos a la semana; y un límite de cinco semanas anuales para la duración de las campañas. Lo anterior se extiende a los permisionarios de servicios limitados de televisión (cable) quienes deben cumplir con esta obligación en las señales que les permitan exhibir publicidad nacional. En caso de renovaciones de campaña, deben ser aprobadas por el CNTV y serán pagadas a tarifas comerciales. Para los requirentes, esta norma viola la igualdad ante la ley, la igual repartición de las cargas públicas, la no discriminación arbitraria en materia económica, la libertad de opinión e información y el principio de subsidiariedad, dado que se impone una carga específica solamente a la televisión, sin que se justifique la razón de la diferencia respecto de los demás medios de comunicación, violándose, además el test de proporcionalidad.

3. La sentencia

Tras definir el conflicto de constitucionalidad sometido a su conocimiento, el TC, se refiere a la cuestión del pluralismo. En lo que es un precedente extraordinariamente pobre, que se despacha en sólo tres considerandos –lo que es grave porque es probablemente el punto más relevante de la controversia, y que en algún sentido sólo es subsanado por la prevención realizada por los ministros Vodanovic, Fernández, Carmona, García y Hernández–, el TC rechaza la impugnación de los parlamentarios, declarando inconstitucional solamente la frase final de la definición “*excluyendo aquellos que atenten contra los mismos*”. Ello en función de que estiman contraviene la garantía de la libertad de expresión (considerando 5°), en particular porque ésta, “constituye una manifestación del derecho a la libertad personal y es el fundamento, en una sociedad democrática, del ejercicio de las demás libertades” (considerando 6°).



ISSN: 0718-2090

www.lyd.org

Para el TC, el deber asignado a los concesionarios y permisionarios de servicios de televisión en orden a excluir de los contenidos entregados aquellos que atenten contra ciertos principios que define el legislador, “importa una evidente mutilación al pleno ejercicio de la libertad de emitir opinión y de informar, representando una forma de censura previa.

Para el TC, el deber asignado a los concesionarios y permisionarios de servicios de televisión en orden a excluir de los contenidos entregados aquellos que atenten contra ciertos principios que define el legislador, “importa una evidente mutilación al pleno ejercicio de la libertad de emitir opinión y de informar, representando una forma de censura previa. Las ideas, juicios o noticias que el emisor desea difundir no quedan entregados a su libre albedrío, sino que son juzgados por un poder externo”, afectando el derecho en su esencia (considerando 7°).

En este punto, los ministros Vodanovic, Fernández, Carmona, García y Hernández, sostienen en su prevención que la existencia de dos definiciones del concepto de pluralismo –la vigente en la actual “Ley de Prensa”, N° 19.733, y la establecida en el proyecto– serían compatibles, y en caso alguno puede estimarse que la existente podría operar como parámetro de control de constitucionalidad (2°). Asimismo, se trata de incorporar la regla de pluralismo dentro del macro concepto “correcto funcionamiento de la televisión”, y por tanto el CNTV no opera sobre la base de una realidad nueva (5°).

Respecto de la obligación de promoción, para esta mayoría de ministros se trata, siguiendo la norma, de una promoción “de los contenidos”; ello no implicaría crear contenidos ad hoc que promuevan el pluralismo, sino que “se trata de garantizar ‘en los contenidos’, decididos libremente por el canal, que se respeten reglas básicas de dignidad humana” (7°).

Respecto del segundo punto relevante del fallo, esto es, la obligación de transmitir campañas de utilidad o interés público, tras delinear la impugnación y sostener –de forma algo inquietante– que el reciente veto introducido por el Ejecutivo al proyecto implica “transformar muchas de las objeciones planteadas en cuestiones de mérito, puesto que se solucionan dentro de la dinámica legislativa” y que el TC “tendrá en cuenta esta variable al momento de examinar los reproches” (ambos en considerando 10°), pasa el TC, a establecer los criterios interpretativos que guiarán su decisión en este punto, destacando el que la televisión, a diferencia de los otros medios de comunicación social, está subordinado a un correcto funcionamiento, definido por el legislador; correcto funcionamiento por el cual vela el CNTV; está sujeta a una serie



Aplicando dichos criterios, el TC sostiene que no se afecta la libertad de información pues, respecto de la televisión, no regirían todos los criterios que la doctrina entiende son aplicables en materia de libertad de informar y opinar a los medios de comunicación.

de cargas y obligaciones que no tienen los otros medios; y que la jurisprudencia del TC ha sido estricta al ponderar las cargas personales, no así las reales, pues ha legitimado una serie de ellas (considerando 15°).

Aplicando dichos criterios, el TC sostiene que no se afecta la libertad de información pues, respecto de la televisión, no regirían todos los criterios que la doctrina entiende son aplicables en materia de libertad de informar y opinar a los medios de comunicación. En efecto, el particular estatuto regulatorio de este medio estaría dado porque: la titularidad es restringida; existe un órgano encargado de velar por el correcto funcionamiento de este medio de comunicación; y el legislador ha establecido gravámenes que no tienen los otros medios, por ejemplo, franja gratuita de televisión para ciertas campañas políticas (considerando 19°).

Al enmarcarse las campañas en el correcto funcionamiento de la televisión, “éstas dejan de ser una imposición artificial, pues por mandato constitucional es inherente a este medio de comunicación social actuar enmarcado dentro de esta variable” (considerando 21°). Asimismo, para el TC, estas campañas no son distintas a otra serie de restricciones que tiene este medio de comunicación social como consecuencia de someterse a este correcto funcionamiento (considerando 22°), y no se contraponen a la libertad de información pues su objeto es “proteger a la población y difundir el respeto y promoción de los derechos de las personas” (considerando 23°). En efecto, para el tribunal el propósito de las campañas es la existencia de una ciudadanía informada: “Ese es el fin de la libertad de expresión, pues permite el ejercicio y disfrute de otras libertades (STC 567/2010). Uno es el derecho de informar y de expresarse. Este es un derecho individual, de carácter personal. Pero también hay otro de carácter colectivo, que es el derecho de recibir información, opiniones y expresiones (STC 226/1995). La libertad de opinión y de informar tiene destinatarios reales; por lo mismo, acarrea el derecho a recibir información (STC 226/1995).



ISSN: 0718-2090

www.lyd.org

Desde la perspectiva de si la obligación de la campaña compromete la línea editorial del canal, el TC sostiene que “difícilmente pueden las personas que reciben esa información considerar que ésta emana del medio de comunicación social, porque lleva las señales de advertencia respectivas”.

Es en virtud de esta dimensión del derecho que excepcionalmente, cuando están en juego intereses superiores, se justifica que medios de comunicación social transmitan una información que beneficia a las personas. El titular privilegiado y último de la libertad de información, es la persona que la recibe; el medio es sólo un instrumento” (considerando 23°).

Desde la perspectiva de si la obligación de la campaña compromete la línea editorial del canal, el TC sostiene que “difícilmente pueden las personas que reciben esa información considerar que ésta emana del medio de comunicación social, porque lleva las señales de advertencia respectivas” (considerando 25°). Asimismo, el TC sostiene que el medio puede, legítimamente, “advertir, antes o después del spot, que no comparte el contenido de esa información... sigue teniendo bajo su control la línea editorial, los programas, todo aquello que marque diferencia con la información que entrega la campaña o que reafirme su objetivo de información. El medio sigue disponiendo de prácticamente todo el tiempo de transmisión... La campaña, podernos (sic) decir, no invade sustantivamente el espacio del medio...” (considerando 25°).

Por otra parte, la obligación no afecta ni la autonomía de los cuerpos intermedios, ni la igualdad ante las cargas públicas. Respecto de lo primero, la CPR, para la mayoría, garantiza la “adecuada” autonomía y debe ser ejercida para cumplir los fines específicos, siendo ambos límites “definidos por el legislador” (considerando 29°); la televisión no es un grupo intermedio cualquiera pues la propia Constitución la que convoca a la ley para regular una serie de aspectos (considerandos 30° y 31°); está constitucionalmente estructurada sobre la base de prestar el servicio con un “correcto funcionamiento” (considerando 32°); y a base de éste se ha impuesto una serie de obligaciones a la programación televisiva (considerando 33°).

Respecto de lo segundo, el fundamento que se indicó para gravar a los canales de televisión con esta carga, “es que ocupan con sus transmisiones un bien nacional de uso público” (considerando 42°) y “que de acuerdo al test que este Tribunal ha definido para enjuiciar la arbitrariedad del legislador (STC



La sentencia fue acordada con el importante voto en contra de los ministros Aróstica, Hernández y Brahm, quienes estuvieron por acoger el requerimiento en todas sus partes.

1295/2009), no podemos considerar, entonces, que no haya existido una razón detrás de la imposición de esta medida a los canales” (considerando 43°).

Finalmente, respecto de si la obligación pasa o no el estándar o test de lo medurado y razonable, en atención a que la campaña es definida por un órgano político y carecería de especificidad suficiente –al no hacer referencia a horarios ni límites de renovaciones y al aludir a regulaciones adicionales–, el TC sostiene, respecto de lo primero, que el Ministerio Secretaría General interviene técnica –y no políticamente– en este ámbito (49°). Respecto de lo segundo, establece que “hay que considerar que las campañas no están establecidas para una situación determinada. La ley tiene que emplear fórmulas que permitan abarcar, bajo una misma causal, distintos tipos de campaña. Durante la tramitación legislativa de la iniciativa se dieron distintos ejemplos” (considerando 50°), y que dado que las campañas tienen distintos sujetos como destinatarios “pueden ser emitidas en los horarios en que estos sujetos ven televisión. De ahí que no se pueda establecer en la ley un horario predefinido. Ello restaría flexibilidad y eficacia a la campaña” (considerando 51°).

4. Voto disidente (y prevenciones complementarias)

La sentencia fue acordada con el importante voto en contra de los ministros Aróstica, Hernández y Brahm, quienes estuvieron por acoger el requerimiento en todas sus partes por considerar, en materia de pluralismo, por ejemplo, que “coarta la libertad editorial el hecho que los medios televisivos no puedan seleccionar las noticias o asuntos a los que darán cobertura o descartarán, con entera independencia y conforme a sus propias pautas, al tener que promocionar determinados contenidos impuestos por el Estado...” (1°). Asimismo, sostienen que al reducirse las transmisiones que calificarían como respetuosas de este nuevo estándar de funcionamiento aplicable a la televisión, “se restringe de manera contraproducente la libertad

x



ISSN: 0718-2090

www.lyd.org

Destaca también la prevención del Ministro Romero, que estuvo por acoger el requerimiento respecto de la obligación de promoción, dado que a su juicio constituye una interferencia estatal basada en un contenido no neutral.

de expresión... como quiera que su esencia radica en que todos puedan opinar e informar sin interferencias estatales que obliguen a difundir determinados contenidos en vez de otros, ni aún a pretexto de equilibrar el flujo noticioso. Justamente porque de esta forma los medios de comunicación -en su carácter de cuerpos intermedios de la colectividad- contribuyen a la riqueza de la trama social, sin homogeneizar..." (5°).

Destaca también la prevención del Ministro Romero, que estuvo por acoger el requerimiento respecto de la obligación de promoción, dado que a su juicio constituye una interferencia estatal basada en un contenido no neutral. En efecto, "en virtud de ella se exige proporcionar información (e incluso excluir su entrega) respecto de puntos de vista distintos de los que pueda tener el emisor. Dicho tipo de interferencia no constituye una inconstitucionalidad *per se*, sin embargo, sí implica una limitación intensa y, por ende, sospechosa, al derecho a la libertad de emitir opinión y de informar sin censura previa" (2°).

Asimismo, sostuvo el Ministro, la intensidad de la interferencia estatal resulta incrementada "si se tiene presente que aborda, entre otros temas, asuntos expresivos de carácter político (en sentido amplio), los cuales ameritan especial protección" (3°). A mayor abundamiento, la intensidad de la regulación estatal se hace aún más evidente "si se considera la gravedad de la sanciones ante el incumplimiento de la interferencia objetada, lo cual puede llevar a la caducidad de la concesión y, por consiguiente, al silenciamiento completo de la entidad que emite la opinión o información" (5°).

Finalmente, destaca el que para el Ministro Romero lo relevante es que el sistema o mercado en su conjunto, y no cada emisor en particular, pueda verse como un espacio de deliberación plural (7°). Por lo demás, debe reconocerse que sí existe la posibilidad real de regulaciones que fomenten, subsidien o brinden prerrogativas sin interferencias restrictivas directas de tan elevada intensidad: "Los subsidios monetarios e, incluso, la propiedad pública son formas de intervención estatal menos lesiva y, eventualmente, más efectiva" (8°).



Estamos ante un precedente de la mayor importancia y que inclina la balanza a favor de una mayor injerencia regulatoria sobre la televisión, en un escenario marcado por jurisprudencia contradictoria respecto del estatuto constitucional de la televisión.

Haciendo extensivos algunos de los fundamentos antes mencionados (2°, 3° y 5°), el Ministro Romero pasa asimismo a acoger el requerimiento en lo relativo a la obligación de transmisión de campañas de interés público, por tratarse de una intervención estatal de una intensidad excesiva. Ello se suma, al voto disidente de los ministros Bertelsen, Aróstica, Brahm, y del propio Romero, quienes sostienen que se trata de una imposición arbitraria, a este medio de comunicación de una obligación gravosa y desproporcionada, vulnerando la igualdad ante la ley, la igual repartición de las cargas públicas y la no discriminación arbitraria en materia económica, habida consideración de que no existen antecedentes que justifiquen la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la norma y la vinculen con el logro de los objetivos de las campañas establecidas, sin afectar derechos esenciales (1°).

Asimismo, los disidentes sostienen que las campañas definidas por la autoridad política no admiten espacio a la negativa por parte del concesionario o permisionario de televisión lo que supone un desconocimiento de su libertad y autonomía, particularmente respecto de su línea editorial, infringiendo la libertad de opinar e informar y el principio de subsidiariedad (2°); se está ante una norma que no especifica adecuadamente qué se entiende por campañas de “utilidad” pública, primera de una serie de graves faltas de especificidad (5°), lo que vulnera el ejercicio de la libertad de expresión; y que no sólo se trata de una carga gratuita –citándose jurisprudencia del TC en contrario–, sino que puede implicar una pérdida en la sintonía, repercutiendo en sus ingresos.

5. Conclusión

Estamos ante un precedente de la mayor importancia y que inclina la balanza a favor de una mayor injerencia regulatoria sobre la televisión, en un escenario marcado por jurisprudencia contradictoria respecto del estatuto constitucional de la televisión³. En efecto, con este precedente se establece una definición de pluralismo arbitraria y excluyente, que afecta la libertad editorial de este tipo de medios al habilitar a la autoridad a intervenir en ésta, pudiendo controlar el contenido de su cobertura y las opiniones e informaciones emitidas, afectando la autonomía de estos cuerpos intermedios.



ISSN: 0718-2090

www.lyd.org

Así, bajo este estándar de pluralismo, podría llegarse al extremo, si seguimos ejemplos en el continente, de acusarse de coberturas insuficientes con el único propósito de perseguir y sancionar a un determinado medio, buscando amedrentarlo e inhibirlo de su rol de fiscalización de las autoridades de turno. La democracia y la libertad de expresión quedan a mejor resguardo no bajo un esquema regulatorio como el que el fallo del TC parece animar, sino bajo uno plural y libre.

FICHA*:

Rol N° 2541-13: Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente Subrogante, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, y por sus Ministros señores Hernán Vodanovic Schnacke, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza, y Juan José Romero Guzmán y señora María Luisa Brahm Barril.

¹ El proyecto de ley establece la obligación a los permisionarios de servicios limitados de televisión de difundir, en la región o localidad en que operen, y siempre que sea técnicamente factible, a lo menos cuatro canales regionales, locales o locales de carácter comunitario en sus respectivas grillas o parrillas programáticas. Le corresponderá al CNTV decidir mediante concurso público qué canales deberán ser difundidos por dichos permisionarios.

² La posición de Libertad y Desarrollo respecto de estos temas, junto a la importancia del proyecto, pero también de otras falencias del mismo puede encontrarse en el Tema Público N° 1.312: “Televisión Digital: Avance tecnológico, ¿retroceso en libertad?”. Disponible en: http://www.lyd.org/wp-content/files_mf/tp1.132tvdigitaldcbmlifg.pdf

³ Contrastar sentencia denominada “People Meter I” (STC Rol N° 2358-12, de 9 de enero de 2013) con “Franja de primarias” (STC Rol N° STC Rol N° 2487-13, de 21 de junio de 2013).