



Abril | 37
2014

Serie Informe

Legislativo

Nueva Jurisprudencia Constitucional en Materia de Televisión: Avances y Retrocesos

**Constanza Hube P.
Sergio Verdugo R.**

ISSN 0717-1544

Constanza Hube P. es abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile y alumna del Magíster LLM Derecho Constitucional. Investigador del Programa Legislativo y Constitucional de Libertad y Desarrollo.

Sergio Verdugo R. es licenciado en Ciencias Jurídicas y minor en Ciencias Políticas de la Universidad del Desarrollo. Magíster en Derecho Público de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Es profesor e investigador de la dirección de Investigación de la Universidad del Desarrollo.



Índice

Resumen Ejecutivo	5
I. Prohibición del <i>People Meter</i> y la Censura Previa Indirecta	7
1. Introducción	7
2. Síntesis de los Casos y las Decisiones	8
3. Contexto en que se Debate el Asunto	13
4. Censura Previa Indirecta	15
5. Conclusiones	23
6. Referencias Bibliográficas	23
II. Tribunal Constitucional y el Proyecto de Ley de Televisión Digital. Sus Consecuencias Institucionales	25
1. Introducción	25
2. El Debate en torno al Proyecto de ley de Televisión Digital	28
3. El Fallo del Tribunal Constitucional	31
4. Acerca del Pluralismo y las Campañas de Interés Público. Una Mirada Crítica a la Sentencia del TC	33
5. Problemas del Diseño Institucional del Tribunal Constitucional	43
6. Conclusiones	47
7. Referencias Bibliográficas	48

Resumen Ejecutivo

Durante 2013, el Tribunal Constitucional se pronunció con ocasión del debate en torno a la prohibición del denominado “*people meter*”, como también respecto a la discusión del proyecto que introduce la televisión digital en nuestro país, y sobre algunos temas relevantes vinculados a la televisión desde la perspectiva constitucional y regulatoria.

En este sentido, el primer comentario, de la investigadora de Libertad y Desarrollo Constanza Hube, analiza las sentencias del Tribunal Constitucional (TC) que acogieron en fallo dividido, dos requerimientos de inconstitucionalidad en materia de prohibición de *people meter* (o sistema de medición de audiencia). En su análisis, comparte la decisión del Tribunal Constitucional en cuanto se reconoce que en ambos casos se vulneran una serie de derechos constitucionales, entre ellos: autonomía de los cuerpos intermedios, derecho a operar estaciones de televisión y derecho a la libre iniciativa en materia económica. Sin embargo, no comparte la decisión del Tribunal en cuanto a que no se considera que ambos casos constituían hipótesis de censura previa indirecta.

En efecto, este argumento fue presentado por los requirentes en los dos casos que serán objeto de análisis; sin embargo, fue rechazado por el voto de mayoría. Sin perjuicio de lo anterior, una interesante prevención en la primera sentencia recoge este argumento, señalando que la prohibición de los sistemas de medición de audiencia en línea, sí constituiría censura previa indirecta. La autora comparte dicha prevención, y considera que los argumentos ahí entregados son igualmente aplicables al segundo caso.

Por otra parte, el profesor de la Universidad del Desarrollo Sergio Verdugo critica algunos aspectos de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el proyecto de ley de Televisión Digital. Verdugo argumenta que la misma descansa en una concepción paternalista que desconfía del ciudadano y que limita los alcances de nuestra democracia. El concepto de “pluralismo” y la imposición gratuita de campañas de interés público controladas políticamente, son algunas de las cuestiones donde la sentencia tiene un concepto débil, tanto de la democracia como de la libertad de expresión. En seguida, el autor examina algunas consecuencias institucionales que tuvieron lugar a propósito de la tramitación del proyecto de ley respectivo, sugiriendo los caminos que estima correctos en la solución de los problemas planteados.

Nueva Jurisprudencia Constitucional en Materia de Televisión: Avances y Retrocesos

I. Prohibición del *People Meter* y la Censura Previa Indirecta

Constanza Hube P.

1. Introducción

En los últimos años, el Tribunal Constitucional (TC) ha debido pronunciarse respecto de requerimientos y controles de constitucionalidad en materia de libertad de expresión, algunos de estos específicamente relacionados con un medio de comunicación en particular: la televisión. En este contexto, hubo dos sentencias en 2013 relacionadas con la prohibición del sistema de medición de audiencia en línea, o también llamado *people meter online*¹ que serán objeto de este comentario.

Comentaremos los criterios y posiciones que adoptó el TC en materia de prohibición de los sistemas de medición de audiencia (*People Meter*) en ambos fallos, que fueron acogidos por dicha magistratura constitucional.

En el caso *People Meter 1* la norma impugnada derechamente prohibía la medición de audiencia en línea. En el segundo caso, el precepto impugnado prohibía a los canales de televisión poder tener acceso a la información de esas mediciones de audiencia en tiempo real (*People Meter Overnight*).

Los principales argumentos expuestos por el TC, en ambas sentencias, se refirieron a tres derechos consagrados en la Constitución Política de la República (en adelante CPR): autonomía de los cuerpos intermedios (Artículo 1° inciso tercero CPR), derecho a operar estaciones de televisión (Artículo 19 N° 12 inciso quinto CPR) y libre iniciativa en materia económica (Artículo 19 N° 21 inciso primero CPR). Sin embargo, se analizará y comentará especialmente un aspecto que si bien fue invocado por los requirentes, no fue acogido por el voto de mayoría, cual es la censura previa indirecta. En efecto, se analizará la posibilidad de imponer ciertas obligaciones a la televisión, y que pueden terminar vulnerando la prohibición

¹ STC Rol N° 2358 (en adelante *People Meter 1*) y STC Rol N° 2509-13 (en adelante *People Meter 2*).

constitucional de la censura previa, de manera más sutil, pero igualmente perniciosa.

Dicho punto no fue considerado por parte de la mayoría de los ministros en el TC, ya que se estimó que la medición de audiencia en línea no importa una restricción del derecho de expresión por vía indirecta.² Sin embargo, una interesante prevención de la ministra Marisol Peña en el caso *People Meter 1* da cuenta de que este tema admite más de una lectura, y que es importante analizar qué casos podrían ser considerados bajo la figura de censura previa de un modo indirecto.

Así las cosas, los argumentos expuestos por el TC en estas dos sentencias permiten tener presente que los ámbitos de regulación de la televisión no solo se han concentrado en quiénes pueden ser dueños de canales de televisión, sino que también en el que quizás se presenta como el aspecto más sensible asociado a la libertad de expresión, cual es el contenido. En este sentido, pertinente es recordar que el legislador tiene prohibido establecer mecanismos que supongan una intromisión en la esfera de la debida autonomía propia de los medios de comunicación. Otra cosa supondría no solo afectar el núcleo esencial o contenido esencial de la libertad de opinión e información, sin censura previa (Artículo 19 N° 26 CPR), sino además transgredir el principio de subsidiariedad (Artículo 1° inciso tercero CPR).

2. Síntesis de los Casos y las Decisiones

Mediante presentación de fecha 28 de noviembre de 2012, 31 diputados solicitaron al Tribunal Constitucional que declare la inconstitucionalidad del N° 9 del artículo único del proyecto de ley que “permite la introducción de la televisión digital terrestre” (Boletín 6190-19) por ser contrario a lo dispuesto en los números 12 (libertad de expresión) y 21 (libre iniciativa en materia económica) del artículo 19 de la Constitución.

Señalan que la norma impugnada introduce una prohibición en términos absolutos de los sistemas de medición de audiencia en línea o *people meter on line*, bajo pena de sanciones que van desde amonestaciones hasta la suspensión de las transmisiones por un plazo de 7 días, pasando por multas que varían entre 20 y 200 UTM.

² *People Meter 1*, considerando 11°.

El texto impugnado fue el siguiente:

“Artículo 1º.- Introdúcense las siguientes modificaciones en la Ley N° 18.838 que crea el Consejo Nacional de TV:

9. Sustitúyese el artículo 13 por el siguiente:

(...) A los prestadores de servicios de radiodifusión televisiva de libre recepción y de servicios limitados de televisión, se les prohíbe el uso de sistemas de medición de audiencia en línea.

Se entenderá por sistema de medición de audiencia en línea, todo aquel sistema que entregue información de audiencia antes de seis horas de haberse terminado la emisión del programa sujeto a medición. La contravención a esta norma impondrá las sanciones contempladas en el artículo 33 de esta ley... (...).”

Los requirentes consideraron que la prohibición contenida en la norma impugnada era inconstitucional desde el punto de vista de los canales de televisión y desde la perspectiva de los prestadores de servicios de medición de audiencia en línea. Los principales argumentos de los requirentes fueron los siguientes:

- a) Se vulnera la garantía de la libertad de emitir opinión e informar (Artículo 19 N° 12 inciso primero CPR) y del derecho a establecer, operar y mantener estaciones de televisión (Artículo 19 N° 12 inciso quinto CPR), ya que la norma impugnada impide la utilización de un instrumento útil e idóneo para seleccionar y definir los contenidos e informaciones que desean emitir, constituyéndose en una forma de censura previa indirecta.
- b) Se vulnera el derecho a la libre iniciativa económica (Artículo 19 N° 21 CPR), ya que la prohibición impide de modo absoluto la utilización del *people meter on line*, lo que elimina la demanda, cual es un elemento esencial de toda relación económica.

Con fecha 9 de enero de 2013 el TC acogió en fallo dividido el requerimiento de inconstitucionalidad y en consecuencia declaró inconstitucional el N° 9 del artículo único del proyecto de ley en cuestión, norma que debía eliminarse del texto del proyecto (STC 2358-12). Los principales argumentos de la sentencia para declarar el precepto impugnado como inconstitucional fueron los siguientes:

- a) La prohibición del *people meter online* adolece de un vicio de lógica estructural. A juicio del TC es erróneo suponer que un instrumento de

medición en tiempo real puede generar por su sola utilización un efecto en la planificación de la parrilla programática. Además, es erróneo también presuponer que la medición acarreará un resultado conducente a privilegiar la preferencia del público por la vulgaridad y chabacanería.³

- b) La libertad de establecer, operar y mantener estaciones de televisión (Artículo 19 N° 12 inciso quinto CPR). Para el TC, la medida adoptada por el texto impugnado es desproporcionada y no razonable, ya que no existe una relación causal entre la prohibición legal –como medio– y el mejoramiento de la calidad de la programación de la televisión como fin. Lo anterior, ya que el instrumento tecnológico es neutro y las decisiones de programación son autónomas de la línea editorial del canal. En este contexto, el TC argumentó señalando que existe entre el sistema de medición de audiencia en línea y la calidad de los contenidos una relación análoga a la que se da entre el termómetro y la temperatura del paciente, instrumento que claramente no es la causa de la enfermedad.⁴
- c) Autonomía de los cuerpos intermedios (Artículo 1° inciso tercero CPR). El TC consideró que la prohibición en cuestión vulneraba la autonomía de los cuerpos intermedios, tomando en cuenta que los medios de comunicación social cumplen dicho rol y por tanto dicha autonomía es necesario garantizar.⁵
- d) Discriminación arbitraria (Artículo 19 N° 2 inciso segundo CPR). El TC argumentó que no se advierte razón por la cual el sistema de medición de audiencia en línea pudiera ser nocivo solo para la televisión y no para los demás medios de comunicación, como radio, o en otros medios de telecomunicaciones sociales, incluso informáticos. Por lo anterior, se establece una diferencia regulatoria que carece de justificación racional.⁶
- e) Derecho a desarrollar cualquier actividad económica (Artículo 19 N° 21 inciso primero CPR). El TC consideró que existe una clara vulneración a la libre iniciativa en materia económica, debido a que la prohibición establecida implica una supresión de la demanda por un servicio, lo que indudablemente amaga la actividad económica de las empresas.

Como es posible apreciar, el argumento de los requirentes respecto a que la prohibición de funcionamiento del sistema de medición de audiencia en línea constituiría un tipo de censura previa indirecta, no fue considerado por el TC. Sin

³ *People Meter 1*, considerando 9°.

⁴ *People Meter 1*, considerando 15°.

⁵ *People Meter 1*, considerandos 18°, 19° y 20°.

⁶ *People Meter 1*, considerando 21°.

perjuicio de lo anterior, la ministra Marisol Peña sí recogió el punto planteado por los requirentes en una prevención realizada a propósito del caso *People Meter 1*. Esto último lo analizaremos más adelante.

En relación con el caso *People Meter 2*, la norma impugnada fue fruto de una indicación parlamentaria, a partir del pronunciamiento del TC en el caso *People Meter 1*. Así, lo que se hizo fue permitir el sistema de medición de audiencia en línea, pero impidiendo que los canales de televisión puedan solicitar o generar información de audiencia en línea, hasta después de las 3:00 horas del día siguiente de haberse emitido el programa (*People Meter Overnight*). Específicamente el texto era el siguiente:

“Los prestadores de servicios de radiodifusión televisiva de libre recepción y de servicios limitados de televisión, solo podrán solicitar o generar información de medición de audiencia, a contar de las 3:00 horas del día siguiente de haberse emitido el programa del cual se trate. A lo dispuesto en el presente inciso, se aplicará lo señalado en el artículo 33 en caso de incumplimiento.”

Esta indicación parlamentaria motivó un segundo requerimiento ante el TC, con fecha 23 de agosto de 2013, en el cual se solicitó declarar inconstitucional el nuevo texto anteriormente señalado.

Los principales argumentos de los requirentes fueron los siguientes:

- a) Se afecta la autonomía de los canales de televisión para seleccionar los instrumentos y medios que estimen necesarios para alcanzar sus propios fines específicos (Artículo 1° inciso tercero CPR).
- b) Se vulnera la garantía general de la libertad de expresión y de emitir opinión e informar (Artículo 19 N° 12 inciso primero CPR), ya que se busca impedir el uso de un recurso tecnológico que es útil a los canales de televisión para construir un mensaje y definir contenidos. Desde esta perspectiva, vetar la herramienta de información en cuestión constituiría una censura previa indirecta prohibida tanto en la Constitución, como en la Convención Americana de Derechos Humanos.
- c) Se afecta el derecho a “operar” estaciones de televisión (artículo 19 N° 12 inciso quinto CPR) al intervenir en la libertad de recursos y decisiones propias de cada canal.
- d) Se infringe el principio de igualdad ante la ley y se incurre en una discriminación arbitraria entre los canales de televisión y el resto de los medios de comunicación social, respecto de los cuales existe libertad para acceder a sistemas de medición de audiencia en línea.

- e) Se afecta la libre iniciativa en materia económica (Artículo 19 N° 21 inciso primero CPR), ya que el denominado *people meter overnight* no corresponde a una regulación, sino que a una verdadera prohibición *ex ante* y absoluta del uso del sistema de medición de audiencia.
- f) Se afecta el contenido esencial de los derechos constitucionales anteriormente descritos y además no supera el test de proporcionalidad.
- g) Finalmente plantean que la indicación parlamentaria se apoya en los mismos fundamentos, persigue iguales objetivos y adolece de los mismos vicios que la norma declarada inconstitucional en el caso *People Meter 1*.

Con fecha 24 de septiembre de 2013, el TC acogió el requerimiento de inconstitucionalidad en fallo dividido y en consecuencia declaró inconstitucional el N° 9 del artículo único del proyecto de ley en cuestión (STC 2509-13). El TC mantuvo en su integridad los criterios dados en el caso *People Meter 1*.⁷ Sin embargo, son rescatables los siguientes argumentos específicos:

- a) La autonomía de los cuerpos intermedios (Artículo 1° inciso tercero CPR) involucra la necesaria e indispensable libertad para fijar los objetivos que se quieran alcanzar, además de una facultad amplia para organizarse de la forma que estimen conveniente, sin intromisión de personas o autoridades ajenas a la asociación y sin más límites que los dispuestos por la Constitución. La prohibición de acceder a un medidor de audiencia en línea cuando se considere oportuno y eficaz vulnera esta independencia y por tanto es inconstitucional.⁸
- b) La potestad legislativa para regular el ejercicio del derecho a la libertad de expresión (resguardado en el artículo 19 N° 12 CPR), no implica la posibilidad de limitarlo, ni de suprimirlo. Esto último ocurriría si se impide a las estaciones de televisión poder consultar a los resultados de una medición, cualquiera sea el momento para hacerlo.
- c) Se afecta el derecho a la libre iniciativa en materia económica (Artículo 19 N° 21 inciso primero CPR) al reprimir o postergar el acceso oportuno a un servicio de medición.

Como es posible apreciar, se reproducen en el caso *People Meter 2*, los mismos criterios expuestos en el caso *People Meter 1*. En esta línea, tampoco se tomó en consideración en el segundo caso, el argumento de la censura previa indirecta.

⁷ [People Meter 2, considerando 6°.](#)

⁸ [People Meter 2, considerando 6°.](#)

3. Contexto en que se Debate el Asunto

Durante el transcurso del primer trámite constitucional del proyecto de ley que permite la introducción de la televisión digital terrestre (Boletín 6190-19) (en adelante el proyecto de ley de TV Digital) se propuso la norma impugnada en el caso *People Meter 1* como indicación en la Comisión de Ciencia y Tecnología⁹ y en la Comisión de Cultura y las Artes,¹⁰ siendo en ambas oportunidades rechazada. En estas instancias legislativas no se debatió respecto a los argumentos de fondo, que justificarían la prohibición del sistema de medición de audiencia en línea.

Sin embargo, eso sí ocurrió en el debate en la sala de la Cámara de Diputados al discutirse y votarse el proyecto de ley de TV Digital en particular. En esta oportunidad se incorporó al proyecto la indicación rechazada previamente por las Comisiones, y se expusieron en términos generales los argumentos a favor de la prohibición.

En efecto, la diputada María Antonieta Saa, expuso en síntesis los siguientes elementos, respecto al *people meter on line*:

“En consecuencia, el *people meter online* significa:

1. Manipulación de programas que alteran su contenido original en segmentos tales como matinales, noticiarios y farándula nocturna.
2. Genera un grado de tensión permanente en conductores, actores y participantes en general que son parte del respectivo programa.
3. Desde el punto de vista de género, las principales afectadas son las mujeres, a quienes se sobredimensiona y exagera como objetos sexuales, mucho más que a los hombres, entregando un contenido eminentemente sexista.

Hay que hacer notar que en los programas en que ha disminuido el sexismo se ha debido a una baja del *rating* y no por conciencia de género.

4. Desde el punto de vista económico, el aumento artificioso del *rating* implica también un mayor cobro a las empresas auspiciadoras, dado que sin artificios ni resquicios, el minuto de publicidad podría ser un tanto menor, pero sería el que efectivamente correspondería pagar.

5. Todo lo anterior genera como consecuencia un empeoramiento de la calidad de la programación, lo que perjudica a los televidentes de dichos programas.

⁹ Ver CÁMARA DE DIPUTADOS (2010), Informe de la Comisión de la Comisión de Ciencia y Tecnología.

¹⁰ Ver CÁMARA DE DIPUTADOS (2011), Informe Complementario de la Comisión de Cultura y las Artes.

En conclusión, en la práctica, la medición en línea va en directo perjuicio de consumidores y de auspiciadores”.¹¹

Por su parte en el Senado, en el segundo trámite constitucional se discutió este tema en la Sala, destacando los siguientes argumentos a favor de la prohibición del sistema de medición de audiencia en línea:

“(…) el *people meter online* a la larga termina restringiendo la libertad de expresión y las líneas editoriales de los propios canales, porque en definitiva se privilegia la medición. Y ello tiene una incidencia directa sobre la ciudadanía en materias de orden social, político, etcétera”.¹²

“(…) Se está regulando cómo actúa esa actividad económica sobre los concesionarios a los cuales se les entrega un bien que es de todos los chilenos...”¹³.

“(…) Lo que pasa es que el sistema de *people meter online* permite a los canales justamente hacer un uso inadecuado de esa información y, muchas veces, manipular a nuestras audiencias...”¹⁴.

En síntesis, tanto en la Cámara de Diputados, como en el Senado, los principales argumentos expuestos por los parlamentarios vinculan a los sistemas de medición de audiencia en línea con mala calidad de la televisión. Además, se expone que como el espectro radioeléctrico es un bien nacional de uso público, es posible establecer regulaciones, como sería prohibir o restringir el *people meter on line*.

¹¹ Ver CÁMARA DE DIPUTADOS (2011A).

¹² Intervención senador Jaime Orpis en SENADO DE LA REPÚBLICA (2013), Sesión N° 102, miércoles 6 de marzo de 2013.

¹³ Intervención senador Juan Pablo Letelier en SENADO DE LA REPÚBLICA (2013) Sesión N° 102, miércoles 6 de marzo de 2013.

¹⁴ Intervención senador Guido Girardi en SENADO DE LA REPÚBLICA (2013) Sesión N° 102, miércoles 6 de marzo de 2013.

4. Censura Previa Indirecta

A propósito de los casos *People Meter 1* y *People Meter 2*, al TC le correspondió pronunciarse respecto a diversos argumentos de inconstitucionalidad presentados en estos casos, por los requirentes.

Sin perjuicio de lo anterior, hay un punto que consideramos interesante desde el punto de vista de la protección de la libertad de expresión invocado por los requirentes y que no fue considerado por el voto de mayoría en los casos aludidos: la censura previa indirecta.

4.1. Concepto y marco normativo

En términos generales es posible entender la censura como “cualquier impedimento ilegítimo al ejercicio de la libertad de expresión. Por ende, la censura existe sin consideración del sujeto activo ni pasivo del respectivo derecho humano esencial que resulta así conculcado. La censura cubre, además, la autocensura, tanto o más deleznable que la censura manifiesta o material”.¹⁵

Por su parte se ha conceptualizado la censura indirecta o “sutil”, como aquella que se diferencia de otras violaciones más obvias y frecuentemente documentadas, tales como actos de violencia e intimidación contra periodistas, como aquellas que en gran parte, permanecen invisibles para el público en general, mientras proyectan una amplia e insidiosa sombra sobre la libertad de expresión.¹⁶

La Organización de Estados Americanos (OEA) se ha pronunciado respecto a la censura indirecta señalando que “existen distintas formas de afectar ilegítimamente la libertad de expresión, desde el extremo de su supresión radical mediante actos de censura previa hasta mecanismos menos evidentes, más sutiles y sofisticados”.¹⁷ Además ha señalado que “los mecanismos indirectos de restricción se ocultan detrás de acciones aparentemente legítimas que, sin embargo, son adelantadas con el propósito de condicionar el ejercicio de la libertad de expresión de los individuos. Cuando eso sucede, se configura una violación del artículo 13.3 de la Convención”.¹⁸

En esta línea, el artículo 13.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone: “No se puede restringir el derecho de expresión por **vías o medios**

¹⁵ CEA (2000) p. 166.

¹⁶ Ver ADC (2008) p. 7.

¹⁷ Ver ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (2011).

¹⁸ VER ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (2011A).

indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones” (el destacado es nuestro).

Si bien, en nuestra CPR no se hace una distinción entre los distintos tipos de censura, sí se dispone de manera expresa que la libertad de informar y de opinar tiene que ser ejercida sin censura previa (Artículo 19 N° 12 inciso 1° CPR). Este es el núcleo de la garantía, y por tanto está protegida también por el artículo 19 N° 26 de la CPR, en relación al contenido esencial de los derechos.

Por su parte, la Ley N° 19.733 sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo reafirma el derecho a la libertad de expresión sin censura en su artículo 1° al disponer lo siguiente: “La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, constituyen un derecho fundamental de todas las personas”.

4.2. Sistema interamericano y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Como bien se señaló previamente, la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 13 prohíbe la restricción del derecho de expresión, tanto por vía directa como indirecta.

En este contexto, de la normativa que integra el sistema interamericano, como de su jurisprudencia, se han destacado las siguientes características de la censura previa:

- i. Proscripción absoluta de la censura previa;
- ii. Inclusión de la interdicción judicial como censura;
- iii. Prohibición expresa de vías indirectas de restricción.¹⁹

Así las cosas, la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva 5/85 sobre colegiatura obligatoria de periodistas, viene a respaldar estas características al señalar que el artículo 13 señala que la libertad de pensamiento y expresión

“comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Esos términos establecen literalmente que quienes están bajo la

¹⁹ Ver DIEGUES (2008) p. 332.

protección de la Convención tienen no solo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el **derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole...**²⁰.

En esta misma opinión consultiva, la Corte Interamericana es clara en señalar que “no sería lícito invocar el derecho a la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas al criterios del censor”.²¹

Si bien son varios los casos en que se hace referencia a la prohibición de censura por vía o medios indirectos,²² resulta especialmente destacable el caso *Palamara Iribarne vs Chile*.²³

En este caso, la Corte Interamericana se pronunció señalando que el Estado de Chile había violado el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. En este contexto se pronunció en relación a una posible censura previa indirecta.

A juicio de la Corte “la investigación sumaria administrativa, la decisión de suspender la autorización que tenía el señor Palamara Iribarne para hacer publicaciones en un diario y la decisión de dar “término anticipado al contrato” del señor Palamara Iribarne constituyeron medios indirectos de restricción a la libertad de pensamiento y de expresión...”

Es importante dicho precedente, ya que la Corte Interamericana no solo considera que se está vulnerando la libertad de expresión por vía indirecta, sino que también identifica los medios o vías por las cuales se produce dicha afectación.

²⁰ Opinión Consultiva OC 5/85 de 13 de noviembre de 1985 considerando 30°.

²¹ Opinión Consultiva OC 5/85 de 13 de noviembre de 1985, párrafo 33.

²² *Kimel vs Argentina*, 2 de mayo de 2008; *Herrera Ulloa vs Costa Rica*, 2 de julio de 2004; *Tristán Donoso vs Panamá*, 27 de enero de 2009; *Ricardo Canese vs Paraguay*, 31 de agosto de 2004; entre otros.

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 2005: - Los hechos del presente caso se refieren a la prohibición de la publicación del libro titulado “Ética y Servicios de Inteligencia”. El autor de dicho libro es Humberto Antonio Palamara Iribarne, asesor técnico de las Fuerzas Armadas. La publicación abordaba aspectos relacionados con la inteligencia militar y la necesidad de adecuarla a ciertos parámetros éticos. Adicionalmente, se le incautaron los ejemplares del libro, los originales del texto, un disco que contenía el texto íntegro y la matricería electroestática de la publicación. Como consecuencia de la negativa del señor Palamara Iribarne de detener la publicación de su libro, se inició en su contra un proceso penal por los delitos de desobediencia e incumplimiento de deberes militares. En mayo de 1993, el señor Palamara Iribarne convocó a una conferencia de prensa en su residencia, en la cual criticó la actuación de la Fiscalía Naval en el proceso seguido en su contra. En enero de 1995, el señor Palamara Iribarne fue condenado, como autor del delito de desacato, a la pena de 61 días de presidio menor en su grado mínimo, al pago de una multa de 11 sueldos vitales, a la suspensión del cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa.

4.3 Votos de mayoría

El TC en el caso *People Meter 1* descartó el argumento de la censura previa indirecta como parte del voto de mayoría en la declaración de inconstitucionalidad.

A continuación, algunos extractos de los considerandos sirven para ilustrar este punto:

“El sistema de control de audiencia en línea no implica, *per se*, un acto de censura previo, sino un ejercicio de detección de las preferencias de un grupo representativo de televidentes, sobre los programas emitidos en un momento determinado por los distintos canales de televisión, abierta o cerrada. Esta medición en línea no importa **tampoco una restricción del derecho de expresión por vías indirectas**, a través de aparatos o de cualquier otro medio dirigido a impedir comunicación y circulación de ideas y opiniones. Su objetivo es otro; no la limitación del derecho de expresión, sino la averiguación de tendencias o inclinaciones de la audiencia, con el fin de satisfacer mejor las expectativas y gustos de los destinatarios de la programación televisiva. Y ese es un procedimiento lícito, que no obstaculiza, entorpece ni distorsiona la plena libertad de los medios para enviar sus mensajes televisivos” (el destacado es nuestro).²⁴

“De manera que, conceptualmente, no hay inconveniente alguno en aceptar de suyo la pertinencia de la prohibición de censura, en cualquiera de sus modalidades, incluso indirecta, para la televisión. Pero, también conceptualmente, la censura implica una interferencia previa (*prior restraint*), en el derecho constitucional norteamericano a la emisión de la información o contenido, en este caso, del programa de televisión; por lo que no puede aceptarse que la prohibición de audímetro sea inconstitucional en la especie. En efecto, como fuere, la prohibición incidiría en la medición ulterior de la audiencia del contenido ya transmitido (respuesta a la información o contenido), mas no en la posibilidad previa de hacerlo. De hecho, existen otras técnicas de investigación social que permitirían medir esa audiencia del programa emitido, aun con tal prohibición”.²⁵

Esta argumentación fue ratificada por este mismo Tribunal en el caso *People Meter 2*, al mantener los criterios aplicados en el caso *People Meter 1*.²⁶

²⁴ *People Meter 1*, considerando 11°.

²⁵ *People Meter 1*, considerando 12°.

²⁶ *People Meter 2*, considerando 6°: “Que, manteniendo pues en su integridad los criterios que informaron dicha sentencia, es útil recordar que en ella se puso de manifiesto la inconveniencia de...”

4.4 Votos disidentes

Los argumentos planteados por los ministros disidentes en el caso *People Meter 1* apuntaron a una suerte de autocensura que se produce por parte de los canales de televisión en la medida que solo orientan su programación sobre la base del *rating*. Junto con lo anterior se señala que la norma impugnada no afecta negativamente la libertad de informar o emitir opinión, ya que no se está prohibiendo un programa, definiendo un contenido o estableciendo un horario de programación.

Los siguientes extractos del voto disidente ilustran lo anterior:

“(...) la medida puede perfectamente enmarcarse, por una parte, en la dimensión social de la libertad de opinión y de información. Es decir, en el derecho a recibir información. En la medida que las decisiones de programación se orienten únicamente por el *rating*, se compromete seriamente esta dimensión de la libertad de opinión e información, pues se produce una **verdadera autocensura del medio...**”(el destacado es nuestro).²⁷

“Esta Magistratura ha calificado como ilegítimo que se obligue a un medio a entregar determinada información (STC 226/1995). Nada tiene que ver la norma impugnada con ese ámbito. No se está prohibiendo un programa, definiendo un contenido, estableciendo un horario de programación, “pauteando” al medio;”²⁸

Con respecto al caso *People Meter 2*, los ministros disidentes dejaron constancia que los requirentes en el alegato retiraron el argumento que afectaba el artículo 19 N° 12 (censura indirecta), ya que este había sido rechazado por la sentencia en el caso *People Meter 1*.

4.5 Prevención

La ministra Marisol Peña recogió el punto planteado por los requirentes en una prevención realizada a propósito del caso *People Meter 1*. En ella, señala que:

“Desde este punto de vista, **se vulnera la libertad de expresión cuando, en forma anticipada, se coarta la emisión de informaciones, ya sea producto de un acto del Estado o de los particulares.** En ambos casos, se configura para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, responsabilidad

²⁷ Voto disidente N° 41 en *People Meter 1*.

²⁸ Voto disidente N° 43 en *People Meter 1*.

internacional del Estado, aunque, en el segundo supuesto, producto de la falta de diligencia o cuidado del propio ente estatal” (el destacado es nuestro).²⁹

La Ministra es más clara aún en el siguiente extracto de su prevención:

“Así, prohibir o impedir el acceso a una fuente de información, como la que hoy constituye el *“people meter on line”*, **configura una censura previa indirecta, prohibida, por el artículo 19 N°12, inciso primero, de la Carta Fundamental, porque limita, en forma anticipada, la facultad de los servicios de televisión de conocer preferencias, tendencias, gustos y orientaciones del público, cuya consideración tiende a influir directamente en la definición de los contenidos de la programación que imparten en virtud de su facultad de “operar” estaciones de esa naturaleza**” (el destacado es nuestro).³⁰

4.6 Aplicabilidad de la censura previa indirecta a los casos analizados

Tomando en cuenta estos antecedentes, parece necesario primero despejar los aspectos principales de cada uno de los casos y sus diferencias.

Con respecto al caso *People Meter 1*, la norma cuestionada prohibía la medición de audiencia en tiempo real o también denominado *People Meter Online*.

En relación con el caso *People Meter 2*, la norma impugnada –tal como se señaló anteriormente– fue consecuencia de una indicación parlamentaria, a raíz del pronunciamiento del TC en el caso *People Meter 1*. Así, lo que se hizo fue permitir el sistema de medición de audiencia en línea, pero impidiendo que los canales de televisión puedan solicitar o generar información de audiencia en línea, hasta después de las 3:00 horas del día siguiente de haberse emitido el programa (*People Meter Overnight*).

Teniendo presente estos elementos, es posible señalar que una de las principales razones que tuvo el TC para rechazar el argumento de la censura previa indirecta es que la prohibición establecida en el caso de *People Meter 1* no es previa a la emisión, sino que posterior. Si bien esto es cierto para la empresa que realiza la medición de la audiencia, no lo es para los canales de televisión, los que se ven impedidos de acceder a la información emitida por la empresa de manera previa.³¹ Así, se constituye una imposibilidad para los canales de televisión de poder acceder a cierto tipo de información, previo a la emisión de información y opinión.

²⁹ Prevención N° 8 de la ministra Marisol Peña en *People Meter 1*.

³⁰ Prevención N° 10° de la ministra Marisol Peña en *People Meter 1*.

³¹ Ver ZÁRATE (2013) p. 336.

En este contexto, el caso *People Meter 1*, corresponde a una de las hipótesis de censura previa indirecta. Lo anterior, toda vez que se trata de una medida que no constituye una evidente vulneración al derecho a la libertad de expresión, sino que más bien se esconde detrás de una limitación que a simple vista parece lícita –la medición de la audiencia es posterior a la emisión del contenido–, pero que en el fondo sí está vulnerando la Constitución.

Asimismo, consideramos que esta prohibición se opone a la Convención Americana de los Derechos Humanos. Como se señaló, el artículo 13 hace referencia a “todo medio encaminado a impedir la comunicación o la circulación de ideas y opiniones”, por lo que tiene una fórmula abierta a los cambios sociales que se van produciendo en toda sociedad, donde las vías o formas para censurar van variando.³² En dicha Convención, se dispone que no se puede restringir el derecho de expresión por alguna vía encaminada a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. En el caso analizado, lo que se busca es, precisamente, impedir que los canales de televisión tengan acceso a determinadas opiniones e informaciones provistas por empresas que tienen como giro a la medición de las audiencias en línea.

Estos argumentos son igualmente aplicables al caso *People Meter 2*, ya que aquí derechamente se prohíbe a los canales de televisión tener acceso a la información durante un determinado espacio de tiempo.

No obstante no se hizo referencia en el voto de mayoría respecto al rechazo del argumento de la censura previa indirecta, sí tomó el punto el ministro Romero en sus prevenciones, señalando que no está de acuerdo que el caso *People Meter 2* constituya una hipótesis de censura indirecta, ya que: “La disposición regulatoria no obliga ni impide transmisión televisiva alguna (o la de determinados contenidos específicos). En otras palabras, no existe censura previa y, por lo tanto, no existe vulneración al artículo 19 N° 12, inciso primero, de la Constitución”.³³

Sin perjuicio de que es cierto que no se impide la transmisión a los canales de televisión, sí se les impide tener acceso a toda la información para la emisión de sus contenidos, por lo que se está afectando su autonomía. En este sentido, pertinente es recordar un precedente del mismo TC en la sentencia denominada Ley de Prensa (STC Rol N° 226 de 1995), en la que declararon inconstitucionales una serie de normas del proyecto de ley sometido a su conocimiento, basado principalmente en el principio de autonomías sociales, aquel que emana del inciso tercero del artículo 1° de la CPR. En este contexto, el TC relacionó este principio con la necesaria e indispensable libertad de esos grupos asociativos para fijar sus

³² Ver AGUIRRE y GONZÁLEZ (2012) p. 94.

³³ Prevención ministro Juan José Romero (21°).

objetivos, para organizarse del modo que estimen más conveniente y para decidir respecto de sus propios actos (Considerando 29°).

Este mismo argumento es rescatado precisamente en los casos analizados en el presente comentario. Por una parte, en el caso *People Meter 1*, el TC señaló en su voto de mayoría que:

“esta Magistratura Constitucional ha puesto de manifiesto la inconveniencia de toda forma de interferencia estatal en los medios de comunicación social, de cara a la vulneración de la autonomía de los cuerpos intermedios –y los medios de comunicación social son tales–, que tal interferencia produce infringiendo lo dispuesto en el artículo 1, inciso tercero de la Constitución...”³⁴

Por otro lado, en el caso *People Meter 2*, también se invocó la autonomía de los cuerpos intermedios para acoger el requerimiento. En este contexto, el voto de mayoría se pronunció señalando lo siguiente: “Siendo de concluir que la susodicha prohibición legal, toda vez que impide o dificulta recurrir a un medidor de audiencias cuando se considere oportuno y eficaz, viola esta vasta independencia de que son titulares las estaciones de televisión afectadas, y es por ende, inconstitucional”.³⁵

Junto con lo anterior, también se limita la capacidad de selección de contenidos por parte de los canales de televisión, lo cual corresponde a la libertad de editorial que se le reconoce a este medio de comunicación.

De esta manera, el TC solo consideró el criterio de temporalidad para analizar si las normas impugnadas constituían censura previa indirecta o no, cuando lo recomendable y proporcionado habría sido tener presente otras consideraciones recogidas (especialmente por parte del sistema americano de derechos humanos). La censura indirecta es “un medio más sutil pero no menos pernicioso, que puede alcanzar efectos similares sobre la diversidad de voces, y demanda nuestra atención en los tiempos que corren”.³⁶

³⁴ *People Meter 1*, Considerando 18°.

³⁵ *People Meter 2*, considerando 6°.

³⁶ SABA (2007) p. 86.

5. Conclusiones

Como ha demostrado el presente comentario, el TC no tomó en consideración los nuevos mecanismos de censura previa que están afectando a los medios de comunicación. Si bien, este tipo de censura no se ha desarrollado latamente en nuestro país, sí han sido tratados por el sistema interamericano de derechos humanos.

Los desafíos futuros con respecto a las afectaciones a la libertad de expresión tienen que ver con limitaciones, que son más bien sutiles, y que se esconden detrás de medidas que parecen legítimas. Este tipo de afectaciones son las que van a generar conflictos en materia de libertad de expresión en el futuro.

6. Referencias Bibliográficas

ADC (Asociación por los derechos civiles) (2008): “El precio del silencio: Abuso de publicidad oficial y otras formas de censura indirecta en América Latina”. Colección Reformas Legales, Buenos Aires.

AGUIRRE Federico y Juan Pablo GONZÁLEZ (2012): “Medios de comunicación y publicidad privada: Comentarios desde los estándares internacionales de derechos humanos”. Universidad de Chile, Instituto de la Comunicación e Imagen, Comunicación y Medios No. 25.

CÁMARA DE DIPUTADOS (2010): Informe de la Comisión de la Comisión de Ciencia y Tecnología de la Cámara de Diputados.

CÁMARA DE DIPUTADOS (2011): Informe Complementario de la Comisión de Cultura y las Artes.

CÁMARA DE DIPUTADOS (2011A): Sesión de Sala de Cámara de Diputados, 23 de marzo de 2011.

CEA, José Luis (2000): “Los derechos a la intimidad y a la honra en Chile”, *Ius et Praxis*, vol. 6 N° 2.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva OC-5/85 (1985): “La colegiación obligatoria de periodistas” Artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

DIEGUES, Jorge Alberto (2008): “¿Es absoluta la prohibición de censura en el sistema interamericano?” Fundación Konrad Adenauer. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (2011), Informe acerca de los Principios sobre la regulación de la publicidad oficial en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, N° 1. Disponible en línea en: www.oas.org.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (2011A), Informe acerca de los Principios sobre la regulación de la publicidad oficial en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, N° 2. Disponible en línea en: www.oas.org.

SABA, Roberto (2007): “Censura indirecta, publicidad oficial y diversidad”, en ADC: Desafíos y oportunidades para la promoción, defensa y ejercicio de la libertad de expresión en Argentina: hacia la definición de una agenda de trabajo.

SENADO DE LA REPÚBLICA (2013): Sesión de Sala N° 102.

ZÁRATE, Sebastián (2013): “La censura previa y el Estado regulador: propuestas para una configuración”, Revista Chilena de Derecho, vol. 40, N° 1.

Jurisprudencia citada

“Ley de Prensa” (1995): Tribunal Constitucional, Rol N° 226, 30 de octubre de 1995.

“People Meter 1” (2013): Tribunal Constitucional, Rol N° 2358, 9 de enero de 2013.

“People Meter 2” (2013): Tribunal Constitucional, Rol N° 2509, 24 de septiembre de 2013.

“Palamara Iribarne” (2001): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Palamara Iribarne vs Chile, 22 de noviembre de 2005.

II. Tribunal Constitucional y Proyecto de Ley de Televisión Digital. Sus Consecuencias Institucionales

1. Introducción

El proyecto de ley que “Permite la Introducción de la Televisión Digital Terrestre” (en adelante, “el proyecto”, o el “proyecto de TV Digital”)³⁷ ha sido probablemente uno de los trámites legislativos más conflictivos desde la perspectiva constitucional en los últimos años. Iniciado en noviembre de 2008, bajo el primer Gobierno de la Presidenta Bachelet, ha sido objeto de tres requerimientos parlamentarios ante el Tribunal Constitucional (el “TC”) que ya se encuentran fallados,³⁸ un veto presentado por el ex Presidente Piñera,³⁹ y un requerimiento pendiente que defiende algunas observaciones contenidas en el veto frente a una declaración de inadmisibilidad declarada por el Presidente de la Cámara de Diputados.⁴⁰ De esta manera, y dando comienzo a un nuevo Gobierno de la Presidenta Bachelet, todavía no es claro cuál será el destino de este proyecto de TV Digital, cuya aprobación parece, sin embargo, urgente.

Sin perjuicio de que este trabajo tiene por objeto comentar la tercera sentencia del TC (rol 2541), se harán referencias a los casos anteriores cuando ello sea oportuno. Cabe prevenir desde ya, que al encontrarse un requerimiento pendiente ante el propio TC, la historia procesal que aquí comentaré será necesariamente incompleta.⁴¹

La sentencia que es objeto de este trabajo plantea varias dificultades, aunque no todas serán discutidas aquí. La implementación de la TV Digital en Chile no es solo un problema de tecnología y modernización de un recurso de interés social, sino que presenta profundos cuestionamientos que tienen que ver con la manera como percibimos y construimos nuestra democracia y las posibilidades de expandir

³⁷ Ver el proyecto de ley bajo el Boletín N° 6190-19.

³⁸ Las sentencias del TC corresponden a los roles 2358 (de enero 2013), 2509 (de septiembre 2013) y 2541 (de noviembre 2013).

³⁹ El veto fue presentado por el Presidente de la República el 15 de noviembre de 2013, N° 267-361 (Boletín N° 6.190-19).

⁴⁰ Hasta la fecha de entrega de este trabajo, este requerimiento todavía no se encontraba finalizado. Ver el expediente del TC bajo el rol 2646-14, ingresado el 10 de marzo de 2014. Cabe hacer presente que, además del trámite de este requerimiento, también se encuentra pendiente el control preventivo obligatorio de constitucionalidad que el TC está actualmente conociendo. Ver el expediente del TC bajo el rol 2645-14.

⁴¹ Además, hay que considerar que el veto del ex Presidente Piñera, ya citado, es posterior al fallo que en este trabajo comento, y que todavía no finaliza su tramitación. Como se ha señalado, este veto corrige algunas deficiencias del proyecto y se encuentra de alguna manera vinculado a los casos anteriores fallados por el TC. Ver, por ejemplo, LIBERTAD Y DESARROLLO (2013-4).

nuestro espacio público.⁴² En este contexto, algunas normas del proyecto de ley parecen especialmente conflictivas, ya que –según argumentaré más adelante– introducen disposiciones que parecen ir en la dirección contraria a un buen entendimiento de la democracia y de la libertad de expresión. Regulaciones relativas a la definición de pluralismo y de la carga pública de emitir campañas cuyo contenido es controlado políticamente, parecen estar en tensión con un sistema que promueva la competencia, la diversidad y el interés final de los usuarios.

¿Existen exigencias constitucionales para resolver estas tensiones? ¿Debe el legislador seguir algún modelo específico de regulación relativo a algunos derechos fundamentales? ¿Existe verdaderamente una tensión entre la libertad editorial de los medios y el derecho a ser informado de los usuarios en general? ¿Debe el Estado proteger estos derechos en una dimensión activa? ¿Es el sistema de televisión de mercado financiado con avisajes publicitarios, suficiente garantía de que se entreguen los bienes públicos promovidos por el legislador?⁴³

Si bien las lecciones del caso que comentaré no alcanzan a responder todas estas preguntas de manera integral, un buen entendimiento del mismo puede servirnos para poner en perspectiva algunos de estos problemas. Evidentemente, no todos ellos deberían ser resueltos constitucionalmente, pero varias de sus aristas no pueden ser ignoradas si se quiere tener una perspectiva comprehensiva del vínculo entre la televisión, nuestro sistema político, los derechos fundamentales y los intereses de los actores involucrados (políticos, sociales y corporativos). Por otra parte, este caso plantea una serie de desafíos institucionales que no podemos ignorar. El valor del voto del presidente del TC en materia de control preventivo, el

⁴² Si bien no es el propósito de este comentario profundizar la polémica relación entre televisión y democracia, es importante hacer presente que ella ha sido objeto de un intenso debate. Un trabajo optimista muy citado en la literatura es el de THOMPSON (1998), para quien los medios de comunicación masivos abren oportunidades importantes para el fortalecimiento de la democracia deliberativa. Un trabajo pesimista, que también se suele citar en la literatura, es el de BOURDIEU (2001), para quien la televisión deteriora los procesos democráticos. Entre nosotros, véase una posición optimista en MARIN (2007) y una pesimista en JOCELYN-HOLT (2007). Una posición interesante es la de Carlos Peña, quien compara los alcances de la televisión en el espacio público y la democracia en las versiones de Habermas y Thompson. Ver PEÑA (2007). Otro trabajo nacional que merece ser destacado, es el de TIRONI y SUNKEL (1993), quienes desde temprano escribieron un conocido artículo sobre el rol de los medios de comunicación masivos en el período de transición y consolidación democrática.

⁴³ Como bien sostiene Carlos Peña, existe una paradoja en nuestro sistema de televisión: “pensamos la televisión como un medio de élites (...) pero la organizamos como un medio de audiencias. Esperamos que ella ayude a promover valores y virtudes (...) pero al mismo tiempo la economía de los medios los induce a oír las audiencias y darle lo que ellas esperan”. PEÑA (2007) p. 28. Algo similar ha sido sostenido por DONOSO y ABARCA (2006), para quienes la televisión no está teóricamente guiada por el fin de lucro, lo que resulta falaz. DONOSO y ABARCA (2006) p. 31. Lo anterior tiene una explicación histórica: nuestra televisión comenzó a través de universidades y luego se creó un canal estatal. En sus comienzos, la televisión era controlada por las élites y, una vez que se fue abriendo al mercado, comenzó a funcionar con elementos propios de este. De esta forma, hoy nuestra regulación espera que la televisión tenga alguna misión de interés público, pero la financiamos con publicidad. Sobre la historia de la televisión en Chile, puede verse la aguda crítica de JOCELYN-HOLT (2007), y una precisa descripción jurídica en SIERRA (2006); DONOSO y ABARCA (2006) pp. 35-42; NOGUEIRA (2010) pp. 112-120; y GARCÍA (2012) pp. 106-123.

alcance del veto presidencial y la fuerza obligatoria de la sentencia constitucional, son algunos de los puntos institucionales que este caso nos invita a discutir. Si bien no pretendo agotar todas estos temas (no es el objeto de un comentario de jurisprudencia), procuraré analizar también, aunque de manera muy breve, algunos de estos aspectos.

Este comentario se dividirá en cinco partes. En primer lugar (1), expondré brevemente algunos antecedentes en torno al debate de la TV digital en Chile. En esta sección, podrá apreciarse que muchos de los puntos que aquí se discuten han tenido cierta acogida en la literatura y debate público previos. En segundo lugar (2), sintetizaré los problemas centrales que el fallo de TV digital aborda.

En tercer término (3) me referiré a algunos problemas constitucionales que el fallo deja desde la perspectiva de los derechos fundamentales, tanto en materia de definición de (a) “pluralismo”, como en relación a (b) la obligación de transmitir campañas de interés público. Ambas materias nos llevan a cuestionar (c) si existen o no algunos estándares regulatorio-constitucionales que justifiquen la intervención del Estado en esta materia. Sin perjuicio de que el precedente que deja la sentencia es débil en un doble sentido (insuficiente apoyo judicial interno y sustentado en una versión poco democrática de la libertad de expresión y de la autonomía de los cuerpos intermedios), es importante considerar las consecuencias de las afirmaciones sostenidas por el TC, tanto para el sistema democrático como para el modelo regulatorio de la televisión. La debilidad de este precedente en el sentido jurisprudencial, será analizada en un apartado especial (d).

En cuarto lugar (4), me referiré a algunos de los desafíos institucionales que este caso de TV digital nos deja. El primero de ellos (a) se relaciona con el uso del voto dirimente por parte del presidente del TC y a los problemas que este podría traer en el futuro. Luego, me referiré a algunos problemas posteriores que deja este caso en relación al (b) efecto de las sentencias constitucionales en el veto del Presidente de la República y (c) en el rol de la Cámara de origen en la revisión de los vetos que el Jefe de Estado presentare. Finalmente (4), expondré las principales conclusiones de este trabajo.

2. El Debate en torno al Proyecto de Ley de Televisión Digital

Una vez presentado el proyecto de ley de TV digital en 2008 por parte de la Presidenta Bachelet (primer período), el debate no demoró en comenzar.⁴⁴ Si bien existe un consenso en la necesidad de modernizar el marco regulatorio de la televisión (el que parece obsoleto), son las implicancias que el mismo tiene en ámbitos específicos lo que ha originado las críticas.⁴⁵ En otras palabras, puede existir consenso en el objetivo de que exista “más y mejor televisión para los chilenos”,⁴⁶ pero eso no obsta a que existan posiciones doctrinarias desde las que se adoptan perspectivas contrapuestas para el debate. Por ello, la invitación de algunos autores por aprovechar la oportunidad de la TV digital para mejorar nuestra “esfera pública”,⁴⁷ no implica la existencia de una respuesta única. Hay múltiples posiciones respecto a las recetas regulatorias específicas para seguir.

En un sentido grueso (tal vez demasiado), Godoy distingue la “derecha liberal”, que defiende las ideas de un mercado libre y mayor desregulación (donde ejemplifica con un trabajo de Lucas Sierra⁴⁸), de la “izquierda tradicional” que promueve la solidaridad y el rol activo del Estado en estas regulaciones (ejemplifica con un trabajo de Donoso⁴⁹). Si bien la división de Godoy es una clasificación que no da cuenta de los múltiples matices existentes, ella es ilustrativa de la distancia que puede existir entre algunas de las posiciones al interior de la discusión nacional, la que se presenta a nivel de políticas públicas y, también, en el debate jurídico.

⁴⁴ He dejado fuera de este análisis todo el debate sostenido en columnas de opinión u otros medios no académicos de difusión, el que es, en todo caso, abundante. Me he limitado a seleccionar algunas fuentes académicas y reseñas legislativas que me parecen representativas de la discusión, las que serán brevemente citadas, tanto en este capítulo como en el resto de este trabajo.

⁴⁵ Como recuerdan tempranamente algunos autores: “La inserción de la televisión digital en Chile es mucho más profunda y compleja que la sola definición del estándar de transmisión (...). Surge también que los intereses involucrados en esta discusión son muchos y muy disímiles (...). Estamos conscientes que la armonización de todos estos intereses no es una tarea fácil (...)”. DONOSO y ROJAS (2006) p. 59.

⁴⁶ Godoy define lo anterior expresando que las aplicaciones de lo digital deben tener un costo razonable y sin discriminaciones, existiendo más canales, mayor nitidez en la imagen, mejor recepción móvil, mayor diversidad en los contenidos, de opciones editoriales, entre otros elementos relevantes. Ver GODOY (2009) p. 9.

⁴⁷ Tiene razón Cristóbal Marín cuando concluye uno de sus trabajos señalando que la TV digital es una oportunidad para que nuestro marco regulatorio persiga una esfera pública más moderna. “Es evidente que ese marco regulatorio debe contemplar no solo restricciones, sino también mecanismos de incentivo que estimulen la producción de una pluralidad de programas de calidad. Es cierto que la televisión digital promete mayor diversidad; sin embargo, sin un marco regulatorio que incorpore las bases económicas de esa diversidad, esas promesas quedarán incumplidas”. MARÍN (2007) pp. 63-64.

⁴⁸ SIERRA (2006). También, LIBERTAD Y DESARROLLO (2009), calificado como “liberal en lo económico” en GODOY (2009) p. 13.

⁴⁹ DONOSO (2008), citado en GODOY (2009). Además, Godoy da ejemplos intermedios basados en el empoderamiento de “medios ciudadanos como contrapeso al protagonismo exagerado del mercado y del Estado”. Ver GODOY (2009) p. 11.

En concreto, y sin perjuicio de que nuestro sistema de televisión se ha modificado enormemente desde su creación hasta hoy,⁵⁰ es importante precisar algunas de las críticas específicas formuladas al proyecto de TV digital actual. Entre otras, ellas dicen relación con la limitación para que los operadores no puedan adquirir más de una concesión, su criterio de asignación, el plazo para las concesiones y su renovación (¿prioritaria?), el problema de los derechos de propiedad en juego y los derechos de concesionarios locales y comunitarios, el problema del *people meter*, entre otros.⁵¹ Otras críticas van mucho más allá, y plantean que no basta con enmendar algunas leyes, y que el proyecto de ley tiene por objeto no “incomodar a los principales actores que, históricamente, han intervenido en el sistema”.⁵²

Para efectos de este trabajo, interesante resulta el debate relativo al problema del *people meter*, mediante el cual el proyecto de ley prohibía la medición de la audiencia en línea (en tiempo real). El TC declaró que dicha norma era inconstitucional por razones de idoneidad de la medida, de la naturaleza del rol del legislador (solo regulador; no puede disponer prohibiciones) y de la autonomía de los cuerpos intermedios, entre otros motivos.⁵³ Esta sentencia, que no será comentada en este trabajo, constituye un antecedente relevante para la sentencia que comentaremos, ya que ella desarrolla materias relacionadas con la libertad de expresión y de la autonomía de los cuerpos intermedios.⁵⁴ Como se podrá apreciar más adelante, el TC parece dar un giro con la sentencia que es objeto de este trabajo, lo que debilita el precedente establecido en el caso del *people meter*.

En este trabajo no se abordarán todos estos problemas. Como ya indiqué en la introducción, solo comentaré algunos puntos que se plantearon en el requerimiento al TC que dio origen a la sentencia que es objeto de este trabajo, específicamente tratándose del concepto de pluralismo y del control político de la carga de transmitir campañas de interés públicos (sección 3), además de algunas de sus consecuencias institucionales (sección 4). Cabe hacer presente que algunos de estos temas ya han sido específicamente abordados por la literatura, incluso antes de la dictación de la sentencia.⁵⁵ Sin embargo, la existencia de este fallo le da consecuencias especiales al debate, por lo que varios de estos temas serán reiterados y tratados en el contexto de esta sentencia.

⁵⁰ Ver SIERRA (2006) y JOCELYN-HOLT (2007).

⁵¹ Ver algunas de estas críticas en LIBERTAD Y DESARROLLO (2009). También, ver en general los trabajos de SIERRA (2006) y SIERRA (2009). Ver algunas respuestas a estas críticas en GODOY (2009) pp. 13-14. Otro trabajo interesante que critica el proceso de implementación de la TV digital en Chile, aunque desde una perspectiva mucho menos liberal, es el trabajo de SÁEZ (2013).

⁵² GODOY (2009) p. 14. Este mismo autor va mucho más allá, argumentando que el proyecto no va encaminado a producir “más y mejor TV”. GODOY (2009) p. 15.

⁵³ Sentencia del TC, 9 de enero de 2013, rol 2358.

⁵⁴ Sobre esta sentencia, véase un comentario reciente de ZÁRATE (2013) y un trabajo de Constanza HUBE (2014), el que está publicado en esta misma edición. También, ver LIBERTAD Y DESARROLLO (2013-1).

⁵⁵ Por ejemplo, SIERRA (2009) pp. 129-132.

Previo a sintetizar los principales puntos del fallo del TC, cabe hacer presente que el régimen jurídico de la televisión en Chile ha tenido un desarrollo especial en cuanto a su filosofía. En sus orígenes fue concebido con un fuerte control del Estado y con concesiones que se le entregaron a universidades.⁵⁶ La Constitución de 1980 (art. 19, N° 12, incisos 5 y 6) regula algunos aspectos esenciales de este régimen jurídico a propósito de la libertad de emitir opinión e información, y permite que quienes establezcan, operen y mantengan estaciones de televisión, sean el Estado, las universidades y “demás personas y entidades que la ley determine”, normas que deberán considerar también la prohibición del monopolio estatal sobre los medios (inciso 2). En seguida, ordena la creación de un Consejo Nacional de Televisión (“CNTV”) autónomo, que velará por el correcto funcionamiento de los medios.⁵⁷ Sin perjuicio de estas normas, la televisión hoy está basada “en un esquema de financiamiento y financiación bajo criterios de mercado”.⁵⁸ En otras palabras, si bien se espera que la televisión cumpla con determinados valores de interés público (sobre todo considerando que el espectro es finito y ha sido considerado como un bien nacional de uso público para la doctrina jurídica⁵⁹), ella se sujeta a criterios de mercado y se relaciona con otros derechos individuales de contenido económico (libertad económica y propiedad) y político (libertad de expresión), lo que ha llevado a autores como Carlos Peña a hablar de una paradoja.⁶⁰ Las opciones regulatorias, de alguna manera, deberán administrar esta tensión. Ni el regulador ni los tribunales, deben, en consecuencia, sacrificar los bienes en juego, resguardando el debido respeto, tanto por bienes como la autonomía editorial, como por la diversidad de la televisión. Esa es la misión que, en mi opinión, debió cumplir el TC

⁵⁶ Sobre el régimen jurídico en general, ver entre otros a SIERRA (2006); DONOSO y ABARCA (2006) pp. 35-42; NOGUEIRA (2010) pp. 112-120; y GARCÍA (2012) pp. 106-123.

⁵⁷ Esta norma es la que podría abrir las puertas a un control estatal de la televisión, por lo que debe ser interpretada de manera coherente con otros valores constitucionales, como la autonomía de los cuerpos intermedios, la libertad editorial y la libertad de emitir opinión, entre otras. Aunque para algunos autores esta expresión “no resulta clara” (GARCÍA -2012- p. 109), creemos que la única interpretación constitucionalmente admisible debe vincularse con los elementos ya mencionados, incluso a pesar de las disposiciones legales respectivas, las que disponen una serie de instrumentos al respecto. De lo contrario, si se sostiene que la misión del CNTV fuera la de intervenir en la autonomía y libertad editorial, en mi opinión sería mejor revisar la existencia de este órgano, tal como lo ha planteado Lucas SIERRA (2009) p. 129.

⁵⁸ GARCÍA (2012) p. 107. Este autor agrega que son aplicables otros derechos, como la libre iniciativa económica, la igualdad en materia económica y el régimen laboral. Una opinión diferente ha sido sostenida por Humberto Nogueira, para quien el hecho de que la televisión esté regulada en incisos especiales en el art. 19, N° 12, de la Constitución, excluyen la posibilidad de aplicar otros numerales como el art. 19, N° 21. Se trata, por cierto, de una posición formalista de interpretación. “La explícita referencia en el programa normativo del artículo 19 N° 12 de la Constitución a los medios de comunicación social como instrumentos de ejercicio de las libertades reconocidas en el mismo, obligan a que la definición del ámbito normativo de la vinculación se haga desde la libertad de opinión y de información y no desde la libre iniciativa económica o empresarial”. NOGUEIRA (2010) p. 112. Esta opinión debe, a mi juicio, ser rechazada por sacrificar derechos que la Constitución reconoce y que autores como Gonzalo García están de acuerdo en considerar.

⁵⁹ DONOSO y ABARCA (2006) p. 42.

⁶⁰ PEÑA (2007).

en el caso que comentaré en este trabajo. Lamentablemente, el TC fracasó en la misma, como se verá en las secciones siguientes.

3. El Fallo del Tribunal Constitucional

Un grupo de diputados requirieron al TC solicitando que se declarara la inconstitucionalidad de cuatro disposiciones específicas contenidas en el proyecto de ley de TV digital.⁶¹ El TC, entonces, en ejercicio de su facultad de controlar preventiva y eventualmente la constitucionalidad de los proyectos de ley en tramitación⁶², debía pronunciarse respecto de los siguientes puntos que resumo brevemente:

a) El concepto de pluralismo y su deber de promoción⁶³:

“Para efectos de esta ley, se entenderá por pluralismo 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 esta ley, promover en los contenidos entregados la observancia de estos principios, excluyendo aquellos que atenten contra los mismos.”

Tanto el concepto de pluralismo como su deber de promoción fueron impugnados, por considerarse contrarios a algunos derechos fundamentales. En su fallo, el TC decidió únicamente declarar la inconstitucionalidad de la expresión “excluyendo aquellos que atenten contra los mismos”.

b) Obligación de transmitir campañas de interés público:⁶⁴

La norma incorpora una nueva atribución al CNTV, al disponer que este podrá:

“Dictar normas generales y obligatorias para los concesionarios y los permisionarios de servicios limitados de televisión, relativas a la obligación de transmitir campañas de utilidad o interés público.

⁶¹ El requerimiento fue presentado el 19 de octubre de 2013 y fue firmado por 36 diputados de la Alianza por Chile. Se designó como diputado representante a Gustavo Hasbún.

⁶² La atribución de control constitucional se encuentra regulada en el art. 93, N° 3 y 93, inc. 4, de la Constitución, además de los artículos 61 y ss. de la Ley Orgánica Constitucional del TC.

⁶³ Inciso quinto nuevo, del art. 1, de la Ley N° 18.838, contenido en la letra d) del, N° 1 del art. 1, del proyecto de ley.

⁶⁴ Letra m) nueva, del art. 12, de la Ley N° 18.838, contenido en la letra g) del N° 8, del art. 1, del proyecto de ley.

Se entenderá por campaña de interés público aquellas transmisiones diseñadas por las autoridades competentes, para estos efectos el Ministerio Secretaría General de Gobierno, que se han de emitir con el objeto de proteger a la población y difundir el respeto y promoción de los derechos de las personas. Las campañas de interés público podrán tener carácter nacional o regional y deberán ser transmitidas con subtítulo y lenguaje de señas de acuerdo a lo establecido en el artículo 25 de la Ley N° 20.422.

El Ministerio Secretaría General de Gobierno determinará cuáles serán las campañas de utilidad o interés público, enviando la estructura, diseño y contenidos fundamentales de la o las campañas al Consejo, el que deberá aprobarlas, en un plazo no superior de quince días corridos, con el voto conforme de al menos siete de sus miembros en ejercicio. Producida su aprobación, el Consejo remitirá a los concesionarios y permisionarios de servicios limitados de televisión la resolución respectiva con todos sus antecedentes, junto a las instrucciones adicionales que fueren necesarias para la transmisión de la campaña con vistas al cumplimiento de los objetivos de la misma.

Estas campañas no podrán durar en total más de cinco semanas al año, ni más de sesenta segundos por cada emisión, hasta completar 21 minutos a la semana. Los permisionarios de servicios limitados de televisión cumplirán esta obligación en aquellas señales que cuenten con los mecanismos para exhibir publicidad nacional.

La limitación de cinco semanas al año podrá renovarse siempre que sea necesario bajo consideraciones de especial relevancia e interés público. Para ello se requerirá el acuerdo de siete de sus miembros en ejercicio. Sobre esta extensión los concesionarios de servicios de televisión y los permisionarios de servicios limitados de televisión podrán cobrar al Estado la exhibición de estas campañas a las tarifas no mayores y descuentos no menores que los que ofrezcan a cualquier cliente de publicidad comercial.”

El TC declaró, luego de valorar el veto del Ejecutivo de forma inédita, que el requerimiento alegaba cuestiones de mérito y que no se afectan derechos constitucionales, por lo que rechazó la acción constitucional presentada en esta parte.

Los otros puntos impugnados por el requerimiento no serán considerados en este comentario. Ellos se refieren (c) al problema de concesión entregada a TVN como beneficio desleal con su competencia,⁶⁵ y (d) al denominado *Must Carry*,⁶⁶

⁶⁵ Parte final del inciso undécimo nuevo del artículo 15, de la Ley N° 18.838, contenido en el N° 14 del art. 1, del proyecto de ley.

consistente en la obligación de los canales de difundir en la localidad en que operen, a lo menos cuatro canales regionales, locales o locales de carácter comunitario, cuando ello sea factible técnicamente. Si bien estos puntos también dicen relación con varios de los principios que trato en este comentario (intervención estatal, subsidiariedad y cargas públicas, entre otros), la polémica más importante estuvo centrada en los dos primeros (pluralismo y campañas de interés público).

La votación de los ministros del TC fue compleja atendida la diversidad de posiciones existentes y la pluralidad de puntos de discusión.

En efecto, el TC solo declaró la inconstitucionalidad parcial respecto de la parte relativa al concepto de pluralismo. Los ministros Bertelsen, Aróstica y Brahm, previnieron que ellos estuvieron por acoger la inconstitucionalidad de la norma citada en todas sus partes. En seguida, los ministros Vodanovic, Fernández, Carmona, García y Hernández, justificaron mediante una prevención la razón por la cual juzgaron que el resto de la norma era considerada como constitucional. La existencia de una prevención de mayoría (5 votos de 9 en total –no estaban los 10 ministros presentes debido a la ausencia de la presidenta–⁶⁷), probablemente obedece a que la decisión tomada en la sentencia fue acordada por Vodanovic, García y Hernández, junto con el resto de los ministros, ya que los ministros Fernández y Carmona estimaron que la norma completa se ajustaba a la Constitución. Ello, como se verá, debilita el precedente establecido por la sentencia. El ministro Romero, por su parte, concurrió a declarar esta inconstitucionalidad parcial, pero prefirió entregar un voto particular individual.

Respecto de las campañas de interés público, los ministros Bertelsen, Aróstica, Brahm y Romero, estimaron que ellas eran inconstitucionales en una muy lúcida disidencia (sus 4 votos cedieron contra los 5 de la mayoría).⁶⁸

En la sección siguiente, comentaré críticamente la decisión de mayoría del TC.

4. Acerca del Pluralismo y las Campañas de Interés Público. Una Mirada Crítica a la Sentencia del TC

En primer lugar, me referiré al (a) problema del pluralismo y, en segundo lugar, al de las (b) campañas de interés público. En seguida discutiré (c) cuáles deben ser las

⁶⁶ Incisos 2 y 3, art. 15 quáter nuevo, Ley N° 18.838, contenida en el N° 15, del art. 1 del proyecto de ley.

⁶⁷ Me referiré a este asunto en la sección 4, letra a) de este trabajo.

⁶⁸ El resto de las normas impugnadas fueron declaradas como compatibles con la Carta Fundamental. Los únicos ministros que juzgaron que las mismas eran inconstitucionales, fueron Aróstica y Brahm.

condiciones que la intervención estatal debe satisfacer para ser legítima atendidos los valores democráticos contenidos en nuestra Constitución y, finalmente (d), explicaré las razones por las cuales el precedente de esta sentencia es especialmente débil, y no debe ser considerado como la versión final y definitiva de nuestra jurisprudencia constitucional.

4.1 El problema del “pluralismo” en el proyecto de ley

El proyecto, junto con entregar un concepto de pluralismo, establece deberes para los concesionarios y permisionarios de servicios de televisión en relación con el mismo. Ya señalé que el concepto de pluralismo dice relación con el respeto a ciertos elementos que se enumeran, y que es un deber promover los mismos por parte de los concesionarios y permisionarios de los servicios de televisión.

Los requirentes señalaron que lo anterior vulnera la igualdad ante la ley, la libertad de expresión al permitir la intervención de la autoridad en la libertad editorial y la autonomía de los canales de televisión como cuerpos intermedios. Sin embargo, el TC rechazó estas razones y solo declaró inconstitucional la parte final del inciso respectivo, donde se pretendía excluir a quienes no promuevan este tipo de pluralismo.

Si bien esta declaración de inconstitucionalidad puede ser vista como necesaria, ella es insuficiente. El TC no fundamentó mayormente la razón por la cual el resto de la norma impugnada se ajusta a la Constitución, y se limitó a explicar que la parte final de la norma era contraria al régimen constitucional e interamericano que prohíbe la censura previa (considerandos 6 y 7). La insuficiencia en la fundamentación es sorprendente. No se trata de que el TC haya entregado malos argumentos, sino de que no entregó razón alguna, dejando sin respuesta la impugnación de constitucionalidad en este punto.⁶⁹ Ello quiebra los más elementales principios de justicia del derecho procesal, dejando en la indefensión a quienes argumentaron contra el precepto y eludiendo un debate que tenía la obligación jurídica de abordar. Si bien es posible encontrar algunos argumentos en la prevención de algunos ministros, ello no subsana este lamentable vacío de la sentencia del TC, la que queda inmotivada. ¿Cuál es, en definitiva, la doctrina del TC? ¿La contenida en las prevenciones? (lo que sería absurdo) ¿O es que el TC carece de doctrina al respecto?

Al estudiar las diferentes acepciones de la expresión “pluralismo”, es posible advertir la existencia de dos conceptos. Por un lado, está la definición de la ley de

⁶⁹ Ver una crítica a esto en LIBERTAD Y DESARROLLO (2013-5) p. 3, donde se considera que el precedente es “extraordinariamente pobre”.

prensa (Ley N° 19.733) y por otro la del proyecto. En el caso de la Ley de Prensa el TC sostuvo una visión más diversa y liberal que en la actual.⁷⁰ Para los prevenientes, sin embargo, ambos conceptos son compatibles y de nivel legislativo. El contenido en la Ley de Prensa no es un parámetro válido de constitucionalidad (considerando 2 de la prevención) y el concepto nuevo del proyecto de ley de TV digital tiene lugar para la definición del marco dentro del cual se ejerce el “correcto funcionamiento” que es de competencia del CNTV fiscalizar. Esta concepción debe ser rechazada, y varios de los fundamentos han sido entregados por el voto de minoría de los ministros Aróstica, Hernández y Brahm. Un concepto de pluralismo como el del proyecto, afecta la libertad editorial, ya que los medios no podrían seleccionar sus contenidos con entera independencia y conforme a sus propias pautas, debiendo promocionar aquellos que el Estado seleccione (considerando 1 de esta disidencia).

A lo anterior hay que agregar que un concepto de pluralismo impuesto, puede tener un efecto homogenizador que va contra la promoción de la diversidad en la oferta televisiva. Si el Estado define que todos los canales deben someterse a parámetros únicos, entonces difícilmente se tolerará que existan parámetros que compitan entre sí, sino dentro de un marco más estrecho. ¿Sería ello compatible, por ejemplo, con algún medio que quiera transmitir determinados valores parciales derivados de alguna doctrina legítima, aunque pueda no ser compartida por el CNTV?

Sería conveniente examinar la Constitución de un modo más sistemático y democrático, para concluir que el pluralismo se vincula también con el derecho de asociación y la república democrática, la que supone diversidad y competencia de ideas rivales dentro de un mismo sistema. Definir un concepto restringido de pluralismo no solo atenta contra la libertad de expresión, sino que también contraría principios básicos de igualdad política, libertad religiosa, y manifiesta una desconfianza por el ciudadano mediante criterios impuestos por un órgano estatal cuya agenda seguramente será susceptible de captura por grupos de poder. Esta visión paternalista de la democracia debe ser rechazada.

Sin perjuicio de que las razones invocadas contra esta manera débil de observar la libertad de expresión son variadas (¿Cómo se interpreta la subsidiariedad? ¿Es

⁷⁰ “No debe olvidarse que, a este respecto, la libertad de expresión, opinión, o información, supone la libre elección –sin interferencias de nadie– de las noticias u opiniones que se difundan, en cuanto los titulares de los medios de comunicación consideran que son de importancia, trascendencia o relevancia, en concordancia con sus principios o línea editorial. Interferir en ello es precisamente vulnerar esta libertad y el pluralismo de medios que se persigue. Al pretenderse legislar, otorgando poder jurídico para exigir la correspondiente publicación a cualquier persona que se estimase omitida en un hecho que ella considera de importancia o trascendencia social, no solo se viola este N° 12, inciso primero, del artículo 19, sino que se excede la competencia legislativa, ya que el ejercicio de esta no puede vulnerar los derechos de las personas, puesto que también es aquí aplicable, tanto el artículo 1°, inciso cuarto, y el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución, como sus artículos 6° y 7°”. Sentencia del TC, rol 226, de 1995.

compatible con los grupos intermedios?⁷¹ ¿Es proporcional la medida indicada?), todas ellas responden a una filosofía acerca de la manera como nuestra comunidad política debe ser organizada. Identificar los alcances de la misma parece especialmente importante para estimular valores que hoy parecen rivalizar. Por un lado (1) existe la idea de competencia de ideas, diversidad de oferta, incentivos para acercarse a los intereses de los usuarios y libertad editorial; y (2) por otro el dirigismo estatal que intenta inculcar ciertos valores a la sociedad, los que son definidos centralmente y no escapan al control político. Si bien, como veremos más adelante, la televisión está llamada a satisfacer algunos bienes públicos específicos (cultura, información, etc.), ellos son mejor estimulados mediante la primera manera de ver el problema que mediante la segunda. Profundizaré sobre este punto más adelante, cuando me refiera a la necesidad de regulación en esta materia y a los parámetros que deberían existir para justificar la intervención estatal (a veces importante y a veces amenazante).

La tensión existente entre ambas visiones de la televisión (una liberal y la otra dirigista), me parece bien expuesta en las palabras de Carlos Peña:

“En nuestro país concebimos a la televisión como formadora de opinión pública, pero la organizamos como una industria sensible a las audiencias; pensamos en ella como un medio para una democracia de élites, cuando su índole la hace ser un medio propio de una democracia de públicos o de audiencias; esperamos que la televisión le diga a la gente cómo debe comportarse y acerca de qué debe hablar, pero la economía de los medios la obliga a hablar como la gente lo hace y a repetir –como ocurre en los *realities*–, la manera en que ella se comporta. Esto (...) no tiene nada de malo: la televisión, si se la deja ser lo que es, puede fortalecer a una sociedad plural, cuyas diversas formas de vida buscan la visibilidad y el reconocimiento”.⁷²

Con el concepto de pluralismo que entrega el proyecto, lamentablemente, vamos en la dirección contraria. En vez de fortalecer la sociedad plural, se amenaza y controlan los contenidos de una televisión que pierde autonomía y riqueza en su diversidad.

⁷¹ La definición de pluralismo ha sido acusada de “arbitraria y excluyente, que afecta la libertad editorial de este tipo de medios al habilitar a la autoridad a intervenir en esta, pudiendo controlar el contenido de su cobertura y las opiniones e informaciones emitidas, afectando la autonomía de los cuerpos intermedios”. LIBERTAD Y DESARROLLO (2013-5) p. 9.

⁷² PEÑA (2007) p. 19.

4.2 La obligación de transmisión gratuita de campañas

De acuerdo al proyecto, la Secretaría General de Gobierno definirá las campañas de interés público que deberán transmitirse, con previa aprobación del CNTV. El proyecto también delimita la obligación indicando normas para el subtítulo, el uso del lenguaje de señas, el máximo de emisión temporal y un límite anual para la duración de las campañas. Las campañas deberán ser emitidas de forma gratuita, salvo si hay una renovación de la misma, las que deberán ser pagadas a precios comerciales y previa aprobación del CNTV.⁷³

Para los requirentes, esta norma infringe (1) la igualdad ante la ley por aplicarse a la televisión y no a otros medios; (2) la autonomía de los cuerpos intermedios al interferir en su libertad editorial y (3) la libertad de expresión por obligar a los canales a transmitir información definida por el Estado. Estas razones justificarían, en opinión de los diputados requirentes, que la carga que se establece sea calificada de excesiva y desproporcionada.

Antes de responder el reproche de constitucionalidad, el TC tuvo a la vista el veto presentado por el Presidente Piñera. En un considerando inédito (considerando 10), el TC sostiene que algunos de los reparos se solucionarán legislativamente, lo que transforma a los puntos planteados en una cuestión de mérito. En otras palabras, el TC está siendo “deferente” con el legislador, pese a que el veto no ha sido aprobado (al menos hasta la fecha de la sentencia del TC). Que el TC tome en cuenta esta variable es complejo. La función del legislador es de conveniencia política y la del TC es de controlar la constitucionalidad. En otras palabras, el legislador no tiene por función asegurar la constitucionalidad de las normas que dicta, sino que solo respetar la Constitución dentro de un amplio abanico de posibilidades regulatorias. En cambio, el TC está llamado a definir los mínimos que el legislador deberá respetar. Cuando el TC renuncia a su tarea fundamental y evita definir esos mínimos, está renunciando a parte importante de su función y, cuando lo hace sobre normas que aún no son aprobadas (como el caso del veto), entonces

⁷³ Con ello, y pese al costo evidente que esta norma tiene en materia de libertad de expresión, podría argumentarse que se satisface el derecho de las personas a ser informadas sobre hechos de interés general. Aunque es dudoso que este derecho pueda ser efectivamente satisfecho por una norma como esta (sobre todo porque el “interés general” se define políticamente), hay que hacer presente que parte de la doctrina nacional le da un valor importante a este derecho. Tanto así, que autores como Pablo Ruiz-Tagle han argumentado que este derecho implica una dimensión positiva de la libertad de expresión. El Estado no debería actuar solamente de forma pasiva (evitando perturbar el derecho a la libre expresión), sino que además tendría el deber de actuar afirmativamente, por ejemplo, a través de este tipo de normas. Ver RUIZ-TAGLE (2011) pp. 352-353. El gran problema de este tipo de análisis, es que no equilibra bienes que están en tensión, ya que la actuación positiva del Estado podría afectar la libertad editorial. Entonces, el ejercicio de Ruiz-Tagle trae el riesgo de sacrificar el mismo derecho que dice defender.

su raciocinio obedece a una especulación, cuestión inaceptable para un control verdaderamente eficaz.

En seguida, el TC revisa la normativa contenida en la disposición del proyecto (considerandos 11-14), para luego interpretar que la misma es suficiente para dar garantías de un marco jurídico que estima razonable. Luego de describir varias normas constitucionales y legales y de valorar la importancia de la libertad de expresión en nuestro sistema democrático, el TC constata que las campañas pasan a formar parte del “correcto funcionamiento”, con lo que pretende que se incorpore a la regla que nuestra Constitución posee respecto del mismo en su art. 19, N° 12, inc. 6 (considerando 21). Con ello, eleva la autoridad de esta norma a una cuestión constitucional, sin evaluar su compatibilidad con dicha norma y comparándola con otras cargas existentes para la televisión (considerando 22). En seguida, agrega que las campañas fortalecen el derecho a recibir información (considerando 23), aunque no pondera los efectos de esta afirmación en los otros bienes constitucionales involucrados (libertad de expresión, libertad editorial, autonomía, igualdad). Luego, el TC le quita importancia a la función del Gobierno en el diseño y definición de las campañas, pese a las evidentes atribuciones que se le entregan. Al TC le parece suficiente que dichas campañas deban ser aprobadas por el CNTV y que existan prohibiciones sobre ciertos contenidos violentos o pornográficos (entre otros) (considerando 24), lo que responde a una concepción ingenua acerca de cómo opera el poder político. Lo central es que mediante esta norma se le entrega al Estado la definición de algunos contenidos y, aunque se descentraliza el control de dicha definición, sigue siendo el Estado mediante agendas susceptibles de captura (y no un mercado competitivo y diverso) el que define los contenidos imponiendo una carga gratuita. Este argumento finaliza con la tautología que el TC construyó al sostener que estas campañas son parte del “correcto funcionamiento” y por ende tienen protección constitucional. ¿Desde cuándo el legislador es el que define los contenidos normativos que tienen protección constitucional?

Más adelante, el TC evita contestar el argumento de que esto afecta la libertad editorial, ya que el medio siempre podrá decir que no comparte el *spot* o campaña (considerando 25). Ello es una falacia, ya que la libertad de expresión comprende no solo la defensa de las posiciones que se creen correctas, sino que también la selección de la oportunidad en que ellas deben ser publicadas. Esta parte de la libertad de expresión puede ser tan importante como la creencia que se quiere proteger. Si el medio no quiere pronunciarse sobre algún punto, el que lo obliguen a transmitir su concepción contraria afecta su decisión autónoma.

A continuación, el TC se hace cargo de otros argumentos conexos, como la autonomía de los cuerpos intermedios y la afectación de la igualdad ante las cargas públicas. Finaliza señalando que la medida es razonable y mesurada

(considerandos 45-55), citando algunas regulaciones anteriores de la televisión (como la franja electoral). Llama la atención el considerando 49, donde el TC sostiene que el Ministerio Secretaría General de Gobierno es un órgano de naturaleza técnica y no política, donde confunde el carácter de su competencia (aunque discrecional) con su naturaleza de órgano. En este tipo de razonamientos, el TC es excesivamente formalista (e ingenuo), cuestión de la que me haré cargo en la sección siguiente.

El problema de las campañas ha sido advertido desde temprano por parte de la literatura que ha discutido el proyecto. Comparto el planteamiento de Lucas Sierra al respecto, quien las rechaza. Para Sierra, las campañas fortalecen al CNTV (un órgano que debiera eliminarse⁷⁴) y afecta la autonomía editorial, aumentando el poder amenazante del Estado.⁷⁵

4.3 ¿Bajo qué condiciones puede el Estado intervenir en materia de libertad de expresión?

Como pudimos advertir en los párrafos precedentes, la intervención del Estado afecta derechos fundamentales de forma ilícita. ¿Significa esto que el Estado jamás debe intervenir en materia de libertad de expresión? En absoluto.

En el caso de la TV, hay suficientes imperfecciones de mercado y bienes públicos que pueden satisfacerse como para justificar una regulación razonable. Hay que tener presente que el espectro es finito, en otras palabras, no existiendo un espacio ilimitado para los emisores, no hay los mismos niveles de libre entrada y salida que pueden existir con otros medios.⁷⁶ Por esto mismo, en el derecho comparado se suelen establecer normas que disponen, por ejemplo, que el espectro es un bien nacional de uso público, concesionándose con plazos determinados a personas seleccionadas mediante procedimientos imparciales.⁷⁷ Ante ello, se suelen exigir contraprestaciones al concesionario, las que varían.⁷⁸

⁷⁴ Sierra lamenta que no se haya discutido la necesidad de que exista este órgano. SIERRA (2009) p. 129.

⁷⁵ SIERRA (2009) pp. 129-132.

⁷⁶ GODOY (2009) p. 4. Esta realidad finita del espectro ha sido reconocida jurídicamente. Como describen DONOSO y ABARCA (2006), el espectro es un “bien corporal escaso -o al menos finito- y que la naturaleza ha hecho común a todos los hombres.” DONOSO y ABARCA (2006) p. 30. Más adelante, agregan que internacionalmente el espectro es considerado como “un recurso patrimonio de la humanidad, que es entregado a la autoridad pública únicamente para su administración eficiente, atendido su carácter de recurso escaso. Ahora bien, en el seno de la doctrina nacional se ha sostenido que el espectro radioeléctrico debe ser calificado como un bien nacional de uso público”. DONOSO y ABARCA (2006) p. 42.

⁷⁷ Sobre una descripción completa de la naturaleza jurídica del espectro, ver DONOSO y ABARCA (2006) pp. 30-35.

⁷⁸ GODOY (2009) p. 4. En Chile, se suele decir que la contraprestación es la obligación de emitir la franja electoral de forma obligatoria.

Por otro lado, el mercado de la televisión está fuertemente condicionado por la audiencia. Como el financiamiento principal viene de la publicidad, instrumentos como el *people meter* se hacen indispensables. Ello, que es natural, puede tener un efecto homogeneizador para los canales. En palabras de Godoy: la “necesidad de atraer audiencias masivas incentiva a los operadores a imitarse entre sí, con la consiguiente pérdida de diversidad programática y sensación de pocas alternativas desde la audiencia”.⁷⁹

Por estas (y otras) razones, el mercado de la televisión requiere de una regulación que estimule diversos bienes: competencia, diversidad, información de interés para el público, etc. ¿Cuál es la mejor manera de regularlo? Diversas respuestas se han dado.⁸⁰

El problema del proyecto de ley de TV digital no es su diagnóstico respecto del mercado de la televisión, sino que algunas de las recetas institucionales que propone debilitan nuestro sistema político. Entregar una definición antojadiza de pluralismo e incrementar el control político de los contenidos de la televisión, son una técnica que pone en riesgo los bienes que justamente deben estimularse. No solo se afecta la diversidad de la información y se politiza la definición del interés público mediante autoridades centrales con intereses políticos propios, sino que también se desconfió de los consumidores de televisión como principales referentes del bien que ellos desean consumir. Lo ocurrido en el caso del *people meter* es una prueba de lo anterior. El proyecto, en vez de confiar en la demanda y regular un sistema competitivo que asegure diversidad, es paternalista en su concepción acerca del rol de los usuarios.⁸¹ Esa es una mala política pública, porque atenta contra los fines que dice perseguir.

Dentro de los bienes públicos (de acceso universal y sin rivalidad en su consumo) que la televisión puede producir, está la información para estimular un debate público más robusto. Si bien casi todos los autores parecen estar de acuerdo en que este bien debe incentivarse, hay diferentes recetas que se han propuesto.⁸²

⁷⁹ GODOY (2009) pp. 4-5. Esta misma idea ha sido desarrollada por varios autores. Entre nosotros, ver por ejemplo a PEÑA (2007), para quien (y siguiendo a Neuman) “el aumento de las audiencias sumado a la economía del sistema contribuye a la homogeneidad de los mensajes”. PEÑA (2007) p. 28.

⁸⁰ Compárese, por ejemplo, los criterios de DONOSO y ROJAS (2006) pp. 50-52, y el paternalismo de RUIZ-TAGLE (2011).

⁸¹ Pablo Ruiz-Tagle habla de un principio de “soberanía del consumidor”, que me parece especialmente valioso cuando se considera la regulación estatal. RUIZ-TAGLE (2011) p. 353. Sin embargo, los alcances que le da Ruiz-Tagle a dicho principio me parecen especialmente cuestionables, sobre todo cuando le da un rol preponderante al Estado para contribuir a la formación ciudadana y proteger a los consumidores. Si bien el Estado puede incentivar este tipo de bienes, no debería asumir una visión universal respecto de los mismos. Ello significaría homogeneizar las visiones políticamente y contrariar principios importantes del liberalismo político.

⁸² Es cuestión de examinar lo que han sostenido autores de diversas tradiciones filosóficas como John Stuart Mill, Owen Fiss y hasta Cass Sunstein al respecto. Todos valoran el bien a producir, aunque difieren de las mejores recetas para ello.

Algunas de ellas ya están vigentes en nuestro sistema (como la franja electoral), pero no todas parecen razonables. Un buen debate al respecto no debe sacrificar la autonomía de los cuerpos intermedios y su libertad editorial para determinar los contenidos, ni entregarle el control de los mismos a la autoridad política de turno. Ello no solo amenaza la existencia de diversidad, sino que también aleja a la televisión de las preferencias de los usuarios. Además, hay que cuidar que otros bienes valiosos que nuestro modelo regulatorio actual ha logrado desarrollar, no sean deteriorados. Entre ellos, se encuentra el hecho de que la televisión “ha facilitado el reconocimiento y la incorporación a la vida pública de distintos actores sociales hasta hace poco excluidos al hacer visible sus demandas, experiencias y formas de vida”.⁸³ Otro de estos bienes es el control más eficaz de la política mediante los “escándalos mediales”.⁸⁴

Uno de los criterios que debería considerarse comienza por dejar la ingenuidad de lado en la entrega de potestades regulatorias. Así, por ejemplo, Ruiz-Tagle sostiene que estos problemas deben ser resueltos por “medio del derecho,”⁸⁵ dándole atribuciones a los tribunales y a los “organismos públicos que controlen la libertad de expresión para que estos no sean capturados por la fuerza de los intereses particulares y para que aseguren un sistema de protección de los derechos ciudadanos y de los valores democráticos”.⁸⁶ Como puede verse, Ruiz-Tagle desconfía de los particulares y parece confiar en el Estado. De esta manera, la receta por la cual los particulares deben competir entre sí y controlarse recíprocamente, parece abandonada para que sea el Estado el que controle la situación. Según Ruiz-Tagle, así se asegura la protección de los “valores democráticos”.

Este último debe ser uno de los mejores ejemplos de la ingenuidad que hay que evitar cuando se considera una regulación como la de TV digital. Confiar en el Estado es poner en riesgo los “valores democráticos” al entregarle el control a un grupo de políticos o burócratas con interés propio que determinan el concepto de “interés público” o de “democracia” de acuerdo a lo que más convenga a las lealtades que los mismos guarden, sobre todo considerando lo atractiva que es para

⁸³ MARÍN (2007) p. 58.

⁸⁴ Estos “escándalos” someten al poder a niveles de exposición importantes que puede agregar un ingrediente de incomodidad a los políticos. “Si bien una parte de los políticos reconoce que los escándalos mediales han contribuido a transparentar la actividad y son una presión para el buen comportamiento, lo que mayor consenso genera es que los escándalos han profundizado el juicio negativo y distanciamiento de los ciudadanos de la política (...)”. MARÍN (2007) p. 61. Lo anterior, en mi opinión, genera un estímulo importante para que los políticos sean cuidadosos y procuren acercarse a las demandas de los votantes, lo que resulta una cuestión positiva en democracia.

⁸⁵ RUIZ-TAGLE (2011) p. 356.

⁸⁶ RUIZ-TAGLE (2011) p. 357.

los políticos la posibilidad de capturar la agenda de los medios de comunicación.⁸⁷ Si bien la regulación debería propender a evitar la concentración excesiva de la propiedad de los medios, las recetas correctas deben estimular la competencia, dejar a los usuarios como principales beneficiarios del sistema e impedir que los políticos capturen los contenidos.⁸⁸ Por lo demás, tampoco parece tan claro que la televisión obedezca a los propietarios de los canales respectivos ya que, y como ha dicho Carlos Peña, en un sistema de mercado los canales parecen más fieles a las audiencias.⁸⁹ Si bien los tribunales pueden (y a veces deben) jugar un rol importante, por ejemplo, para prevenir la censura previa y sancionar delitos, el acento debe estar puesto en la libertad editorial. La discusión debería, entonces, centrarse más en los plazos de las concesiones, en el estímulo de competencia para la adjudicación de frecuencias y en el cumplimiento de normas imparciales, que en el concepto que algunos políticos posean acerca del “pluralismo” y del “interés público”.

4.4 La debilidad del “precedente” en el caso TV Digital

Como ya adelanté previamente, la sentencia del TC contiene un precedente débil que no genera certeza acerca de la doctrina constitucional que será defendida en el futuro. Lo anterior se debe, al menos, a tres razones.

En primer lugar, una parte importante de la sentencia del TC carece de doctrina. En efecto, el TC no justifica en su decisión la razón por la cual el concepto de pluralismo es, en general, constitucional. Hay algunas opiniones entregadas en las prevenciones al respecto, las que no pueden ser estimadas como representativas del TC como órgano.

⁸⁷ Es una tentación fuerte para el poder político. Jocelyn-Holt desarrolla esta materia en un interesante ensayo donde expresa que ello ocurría durante la época en que el Estado tenía el control (p. 75), y que hoy “los políticos precisan de la televisión, pero, al parecer, esta puede prescindir absolutamente de ellos”. JOCELYN-HOLT (2007) p. 80.

⁸⁸ Para Carlos Peña, en su origen, la TV chilena fue diseñada para ser concebida como “una pizarra y no como un espejo”. PEÑA (2007) p. 25. Esta expresión es alusiva a que el objetivo era ilustrar a las masas y no reproducir los deseos de ellas (algo propio de una democracia de élite). Hoy, sin embargo, los canales se deben a su audiencia, razón por la cual instrumentos como el *people meter* resultan (aunque imperfectos) importantes. Lo anterior, se explica porque “al mismo tiempo que la inspiración ilustrada y paternalista de la televisión chilena se ha mantenido, casi con porfía, todos estos años, no ha ocurrido lo mismo con su forma de financiamiento, entregado al aviso y a la capacidad de los canales para cautivar a las audiencias masivas”. PEÑA (2007) p. 27.

⁸⁹ “Sin duda la televisión, incluso organizada bajo la forma de industria –después de todo ello la obliga a ser fiel a las audiencias más que a su propietario–, podrá contribuir a la democracia y al fortalecimiento de la esfera pública. La televisión puede ayudar a transitar desde una democracia de élites (con la prensa) o una de masas (con la radio) a una de públicos diferenciados, pero masivos, que expresan la pluralidad social y buscan el reconocimiento”. PEÑA (2007) p. 28.

En segundo lugar, la opinión de la presidenta del TC estuvo ausente, ya que estaba cumpliendo otros compromisos que su función le demanda. Atendida la importancia del voto de la presidenta del TC, es incierto si la mayoría conseguida en este caso pudiera mantenerse en el futuro considerando la misma composición judicial. Volveré sobre este punto más adelante (sección 4, letra a).

En tercer lugar, en el pasado la jurisprudencia del TC ha seguido en esta materia líneas que parecen incompatibles. Y la sentencia actual no clarifica estas incompatibilidades. Pese a que hay autores que intentan explicar las contradicciones,⁹⁰ no puede desconocerse que el esfuerzo del TC en esta materia ha sido especialmente débil en la consolidación de una doctrina que tenga una aplicación futura predecible. Parece ser que estos problemas seguirán dando discusión en el futuro, y el debate constitucional al interior del TC no será una excepción.

5. Problemas del Diseño Institucional del Tribunal Constitucional

En esta sección, sintetizaré algunos de los desafíos institucionales que nos deja el caso de TV digital, que no dicen necesaria relación con los problemas de fondo ya abordados.

5.1 Valor especial del voto del presidente del TC

La presidenta del TC no emitió su voto en este caso. Su ausencia del TC podría haber resultado decisiva, ya que si ella hubiera votado a favor de la minoría, entonces el resultado del fallo podría haber sido el opuesto. Un documento lamenta lo anterior, al notar que ello fue fundamental.⁹¹

Si bien es cierto que su presencia hubiese podido cambiar el resultado del fallo, esta crítica obedece a un problema institucional que va mucho más allá de la pregunta relativa a si ella podía o no estar presente al momento de la votación. Como bien se sabe, el voto de la presidenta del TC es “dirimente”, lo que significa

⁹⁰ Ver, por ejemplo, la explicación democrática de PEÑA (2007) p. 27. Agréguese a esas contradicciones otras sentencias posteriores, como el caso del *people meter*. Piénsese que en este último caso, el TC aplicó la versión de la doctrina sostenida en caso de la “Ley de Prensa (STC 226/1995)”. ZÁRATE (2011) p. 332.

⁹¹ Ver el análisis de LIBERTAD Y DESARROLLO (2013-4) p. 12. En este documento, se sostiene que la opinión de la magistrada en casos anteriores, sugiere que ella habría votado con la minoría en este caso. Esta crítica también ha sido sostenida en LIBERTAD Y DESARROLLO (2013-5) p. 1.

que en caso de empate, su opinión es la que prima en la sentencia, decidiendo la postura vencedora.⁹² Esta regla no se sigue para todas las atribuciones del TC, ya que en algunas de ellas, las decisiones se adoptan por las mayorías respectivas y si no se alcanza mayoría (por existir empate), entonces el recurso se rechaza.

En el caso de TV digital, la votación fue suficientemente estrecha (5-4) como para que el voto de la presidenta del TC fuera fundamental en la alteración de las mayorías (en la práctica, su voto habría valido por dos). Ello no solo vuelve la presión política hacia la presidenta del TC (razón de la crítica del documento citado), sino que además le quita fuerza al precedente que emana de la sentencia del TC.

La regla del voto dirimente debe ser modificada por al menos dos razones. En primer lugar, la regla del voto dirimente le da un rol al presidente del TC (dirimir empates) que no siempre puede ejercer debido a las funciones adicionales que debe cumplir. En efecto, el presidente del TC cumple diferentes roles (desde protocolares, hasta formar tablas y atender el despacho de la cuenta diaria, entre otras), por lo que a veces se tendrá que ausentar de las votaciones. Ello afecta su capacidad para redactar sentencias (razón por la cual, por ejemplo, en la Corte Suprema el presidente de este tribunal no integra salas en la práctica) e importa la imposición de responsabilidades mayores. En otras palabras, la ley le entrega una responsabilidad muy grande (determinará la mayoría en caso de empate) y al mismo tiempo le impone costos alternativos y obligaciones adicionales. Si de todos los ministros, el presidente del TC es el que menos posibilidades tiene de estudiar los casos con detenimiento y redactar las sentencias, entonces su voto no debiera valer más que el del resto.

En segundo lugar, el hecho de que el voto del presidente del TC tenga una ponderación mayor que la de los otros ministros, tiene un efecto perverso en la fuerza obligatoria de las sentencias del organismo. La fortaleza o debilidad de un precedente constitucional se mide por la cantidad de ministros que apoyan la posición y la posibilidad de que esa mayoría se mantenga en el tiempo.⁹³ Si menos ministros apoyan la sentencia, entonces más débil es el precedente que genera la misma y menos importante es la señal que se entregue a la comunidad jurídica. Ello es especialmente fuerte en el TC, ya que hay alta rotación de jueces y sus fallos son generalmente controvertidos (a diferencia de lo que ocurre con los tribunales colegiados ordinarios). Una sentencia empatada es un precedente débil, y un caso

⁹² El artículo 8, letra g), de la Ley Orgánica Constitucional del TC, dispone que es atribución de su presidente “Dirimir los empates, para cuyo efecto su voto será decisivo, salvo en los asuntos a que se refieren los números 6° y 7° del artículo 93 de la Constitución Política”. El caso que comento se refiere a un control preventivo eventual (art. 93, N° 3 de la Constitución), por lo que su voto habría sido, efectivamente, “dirimente”.

⁹³ No explicaré detalladamente las implicancias de esta afirmación. Esta idea la he desarrollado en otro trabajo: VERDUGO y GALLI (2012).

empatado cuyo resultado se podría alterar debido a la presencia de un juez que está actualmente habilitado, es un caso todavía más débil. Además, atendido que el presidente del TC rota de forma frecuente (al menos cada dos años) la existencia de la facultad de emitir un voto dirimente (sea que se ejerza o no) provoca una señal de incertidumbre acerca de la posición presente y futura de la mayoría del TC y, desde luego, disminuye la autoridad de sus sentencias.

5.2 Los efectos de la sentencia constitucional en el veto del Presidente de la República

Ya comenté la curiosa parte de la sentencia que consideraba el mérito del veto del Presidente de la República. Este se tuvo a la vista como un criterio para la decisión del TC, cuestión que estimo irregular. En este apartado, me referiré brevemente a una de las discusiones que ha existido con motivo de este veto. Se ha dicho que el veto no es procedente, ya que las cuestiones controvertidas (como las campañas de interés público y el concepto de pluralismo) ya habrían sido resueltas por el TC. En otras palabras, como el TC ya se pronunció sobre los aspectos específicos de los preceptos legales del proyecto que fueron objeto del veto presidencial, entonces se argumentó que no sería procedente discutir nuevamente la cuestión controvertida. Este es un argumento equivocado, y es importante explicar por qué.

Las sentencias constitucionales utilizan un criterio, valga la redundancia, constitucional. Esto significa que su razonamiento utiliza normas de la Constitución para determinar si una norma inferior a ella la contradice o no. La expectativa que se tiene acerca del uso de esta facultad, es que ella se ejerce de manera “jurídica” o, dicho de otra forma, que los motivos que puede invocar para fallar se sustentan en “derecho”. La sentencia, entonces, no obedece a razones de conveniencia política (aunque en la práctica a veces así suceda), sino que a un debate jurídico-constitucional (donde también hay valores políticos reconocidos). Este ejercicio (aunque parezca formalista) es imprescindible para justificar la legitimidad de los tribunales constitucionales, ya que ellos hacen “derecho” y no solo política.⁹⁴ Por otro lado, el veto del Presidente de la República no tiene por objeto evaluar la constitucionalidad del proyecto que observa, sino que corregirlo de acuerdo a motivos de conveniencia política. Los fundamentos, como puede verse, son diferentes en un caso y en otro. Por consiguiente, no podría argumentarse que, atendido que el TC declaró algo como ajustado a la Carta Fundamental, entonces el Presidente de la República no debería vetarlo, ni siquiera con el argumento a mayor abundamiento de que el proyecto ya ha sido objeto de control de constitucionalidad

⁹⁴ Ver un lúcido argumento de lo anterior en ZAPATA (2008) pp. 38-72.

previamente (tratándose de preceptos diferentes o de cuestiones de constitucionalidad diversos).⁹⁵

Por esta misma razón, el veto es procedente aunque haya cuestiones “zanjadas” previamente en el TC. Esta materia, que parece muy simple desde la perspectiva teórica constitucional, fue no obstante objeto de un intenso debate.⁹⁶ Si se hubiese seguido la posición contraria, se habrían sacrificado en la práctica tanto la atribución del Presidente de la República para introducir observaciones, como la posibilidad de que exista un nuevo control constitucional respecto de dicho veto. Con ello, se habrían dejado sin aplicación atribuciones dispuestas por la propia Constitución (arts. 93, N° 3, 72 y 73), creando una situación insostenible para nuestra Carta Fundamental.

5.3 La (in)admisibilidad del veto presidencial

Como ya lo indiqué, una vez que el proyecto de ley fue aprobado por ambas cámaras, el Presidente de la República le introdujo algunas modificaciones mediante observaciones contenidas en un veto.⁹⁷ Entre otras propuestas, este elimina la obligación de promover los principios contenidos en la polémica definición de pluralismo, además de reducir la aplicación de las campañas a aquellas que protejan a la población de amenazas como catástrofes o epidemias, dejando muy poco espacio para el control político interesado de los contenidos de dichas campañas.

Algunas de estas observaciones fueron declaradas inadmisibles por una actuación del presidente de la Cámara de Diputados, por considerar que un “acuerdo político” habría consensuado en no tramitarlas.⁹⁸ El argumento general fue que vulneraba las ideas matrices, de acuerdo a la norma del art. 73, inciso 2, de la Carta Fundamental, aunque no se entregaron justificaciones suficientes que acreditaran

⁹⁵ Ver un buen análisis de este tipo de problemas, aunque en el contexto español, en VIVER (2013).

⁹⁶ Ver el “Informe de las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación y Justicia y de Obras Públicas, Transportes y Telecomunicaciones, recaído en el proyecto de ley que permite la introducción de la Televisión Digital”, de la H. Cámara de Diputados, donde participaron del debate diversos constitucionalistas, como Francisco Zúñiga y Patricio Zapata, entre otros. Este último, “expresó que no consideraba que el veto fuera contrario al fallo emitido por el Tribunal Constitucional. Explicó que si se estimara que la Constitución constituye o fija un marco tan estrecho de acción, que se ajusta perfectamente a los contenidos materiales, declarado que un precepto es constitucional, cualquiera otra fórmula sería inconstitucional. Para quienes así piensan, de la Constitución solo se puede deducir una única solución legislativa compatible con aquella. Por lo contrario, a su parecer, la Constitución fija un marco general, por lo que pueden existir varias fórmulas legislativas igualmente constitucionales. Siendo así, el fallo del Tribunal Constitucional permite al Congreso Nacional discutir otras fórmulas legislativas alternativas a las que el Tribunal considera constitucionales”. Para una posición contraria, ver los argumentos de Francisco Zúñiga.

⁹⁷ Sobre el veto, véase un comentario en LIBERTAD Y DESARROLLO (2013-4).

⁹⁸ Ver el acta de la sesión 115 de la Cámara de Diputados, de fecha 21 de enero de 2014.

dicha infracción. Lo anterior motivó que un grupo de senadores presentara un nuevo requerimiento ante el TC⁹⁹, el que hasta la fecha de entrega de este artículo, se encontraba en tramitación.¹⁰⁰ El objetivo final de este requerimiento es que el TC declare la inconstitucionalidad de la actuación de la Cámara de Diputados, de manera que ella pueda discutir y votar si aprueba o rechaza el veto del Presidente Piñera con los quórums que corresponde. Una posición contraria parece especialmente dañina para el sistema legislativo, ya que dejaría sin la posibilidad de controlar la constitucionalidad de las actuaciones adoptadas durante el trámite del veto (lo que estimularía nuevas infracciones constitucionales), abriría la puerta para que simples acuerdos políticos adoptados por mayoría pudieran defraudar el procedimiento establecido en la Constitución (eludiendo el quórum de insistencia en este caso), y se alteraran las facultades legislativas del Presidente de la República por un poder del Estado diverso.

6 Conclusiones

1. El proyecto de ley de TV digital plantea una serie de problemas democráticos y de derechos fundamentales que dependen de nuestra concepción del sistema político. La cantidad de intereses involucrados en la discusión (corporativos, sociales y políticos) hacen que el debate sea especialmente complejo, tanto en la literatura especializada como en la manera en que el regulador debe enfrentar este tipo de materias.
2. La regulación de la televisión tiene defectos importantes desde la perspectiva de los fines que deben promoverse, como la diversidad, la competencia y la libertad editorial de los medios de comunicación. Si bien existen diferentes miradas respecto de la regulación de los canales de televisión (medios como servicios públicos vs. medios como actores del mercado), nuestro sistema actual parece obedecer a una paradoja donde se espera de forma paternalista que los canales transmitan valores democráticos y, al mismo tiempo, sean dependientes de los avisajes comerciales.
3. La posición que creo correcta, y que he defendido en este comentario, es que desde la diversidad y la competencia los canales podrán acercarse a más a las preferencias de los usuarios y, al mismo tiempo, cumplir mejor su rol de favorecer el escrutinio de la política y darle visibilidad a cuestiones relevantes

⁹⁹ Debo hacer presente al lector, que soy uno de los abogados patrocinantes de este requerimiento, por lo que mi comentario es, evidentemente, parcial.

¹⁰⁰ Ver el expediente del TC, bajo el rol 2646-14. El requerimiento fue presentado el día 10 de marzo de 2014.

para la población. Una regulación que respete esta perspectiva, puede fortalecer nuestro sistema democrático al darle más transparencia, control y visibilidad, minimizando los riesgos de captura de agendas particulares. Los propietarios no capturan los medios si ellos realmente compiten por las audiencias y el mercado no está excesivamente concentrado (deben seguir el criterio del público), y los políticos de turno en el poder no controlan la agenda de los medios si ellos tienen suficiente autonomía y la regulación no los somete a cargas públicas que podrían favorecer el interés particular del regulador. Estos deben ser, a mi juicio, los criterios que organicen la intervención estatal.

4. La sentencia del TC que es objeto de este comentario, no satisface esta mirada de la regulación de los medios de comunicación. Ella no solo no resuelve bien la tensión entre libertad de expresión y el derecho a recibir información, sino que además, obedece a una concepción débil de la dimensión democrática de la libertad de los medios de comunicación. Si bien el proyecto de ley todavía no finaliza su trámite legislativo, hay buenas razones para estar preocupados por la doctrina que el TC parece suscribir.
5. Las consecuencias institucionales que nos deja este caso también son importantes de considerar. La regla del voto dirimente del presidente del TC, los efectos de las sentencias del TC en el proceso legislativo y el tratamiento del veto del Presidente de la República por parte de la Cámara de origen, son materias delicadas que deben ser consideradas de forma inteligente mediante un diseño institucional adecuado y de una jurisprudencia constitucional que tome en consideración los aspectos institucionales involucrados.

7. Referencias Bibliográficas

Libros y artículos

BOURDIEU, Pierre (1997): “*Sobre la Televisión*”. Editorial Anagrama, Barcelona. Pag. 138.

DONOSO ABARCA, Lorena y ROJAS PROSSER, Ximena (2006): “La televisión abierta a las puertas de su digitalización”, *Revista Chilena de Derecho Informático*, N° 8, pp. 29-59.

GARCÍA PINO, Gonzalo (2012): “*Estudios sobre Jurisdicción Constitucional, Pluralismo y Libertad de Expresión*”. Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 49, p. 149.

GODOY ETCHEVERRY, Sergio (2009): “Televisión Digital en Chile: ¿es posible más y mejor TV para los chilenos?” Pontificia Universidad Católica de Chile, Temas de la Agenda Pública, Año 4, N° 31.

JOCELYN HOLT, Alfredo (2007): “Televisión y Poder Político”, en Secretaría de Comunicaciones *La Función Política de la Televisión: Tendencias, Contenidos Y Desafíos en el Chile de Hoy*. Ministerio Secretaría General de Gobierno.

MARÍN, Cristóbal (2007): “Televisión y Transformaciones de la Esfera Pública”, en Secretaría de Comunicaciones *La Función Política de la Televisión: Tendencias, Contenidos y Desafíos en el Chile de Hoy*. Ministerio Secretaría General de Gobierno.

NOGUEIRA, Humberto (2010): *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales* tomo II, Santiago, Editorial Librotecnia, p. 782.

PEÑA, Carlos (2007): “Televisión, Espacio Público y Democracia”, en Secretaría de Comunicaciones *La Función Política de la Televisión: Tendencias, Contenidos Y Desafíos en el Chile de Hoy*, Ministerio Secretaría General de Gobierno.

RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo (2011): “Propiedad de los Medios y Principios de Intervención del Estado para Garantizar la Libertad de Expresión en Chile”. Universidad Católica del Norte, *Revista de Derecho*, año 18, N° 2, pp. 347-359.

SÁEZ BAEZA, Chiara (2013): “Políticas Públicas de Comunicación y Participación Ciudadana: el Caso de la Televisión Digital en Chile”. *Signo y Pensamiento* 63, vol. XXXII, pp. 34-51

SIERRA, Lucas (2006): “Hacia la Televisión Digital en Chile. Historia y Transición”, Centro de Estudios Públicos. *Estudios Públicos*, N° 103, pp. 111-153.

SIERRA, Lucas (2009): “Reforma Legislativa de la Televisión ante el Futuro Digital. Un paso Adelante, uno Atrás”. Centro de Estudios Públicos. *Estudios Públicos*, N° 114, pp. 128-161.

THOMPSON, John (2001): “*Los Media y la Modernidad. Una teoría de los medios de comunicación*”. Ediciones Paidós, Barcelona, p. 357

TIRONI, Eugenio y SUNKEL, Guillermo (1993): “Modernización de las Comunicaciones y Democratización de la Política”. Centro de Estudios Públicos. *Estudios Públicos*, N° 52, pp. 215-246.

VERDUGO, Sergio y GALLI, Nicolás (2012): “El Precedente en el Tribunal Constitucional: ¿Doctrina Judicial o Compromiso con Votos Particulares?”, en

Tórtora, Hugo (coordinador), *Las Fuentes Formales del Derecho*. Editorial Metropolitana, Santiago, pp. 397-427.

VIVER, Carlos (2013): “Los efectos vinculantes de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre el legislador. ¿Puede este reiterar preceptos legales que previamente han sido declarados inconstitucionales?”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 97, pp. 13-44.

ZAPATA, Patricio (2008): *Justicia Constitucional*. Editorial Jurídica de Chile. 623 pp.

ZÁRATE ROJAS, Sebastián (2013): “La Censura Previa y el Estado Regulador: Propuestas para una Configuración”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, N° 1, pp. 323-339.

Otros

Todos los documentos legislativos citados, salvo expresión en contrario, están extraídos de la tramitación del proyecto de ley de TV Digital contenida en el Boletín N° 6190-19.

Libertad y Desarrollo (2009): *TV Digital*. Reseña Legislativa N° 911, 20 al 26 de junio.

Libertad y Desarrollo (2013-1): “People Meter y el Libre Mercado de las Ideas”. *Fallos Públicos*, N° 33.

Libertad y Desarrollo (2013-2): “TC y Franja Electoral Express: Mal Precedente”. *Fallos Públicos*, N° 37.

Libertad y Desarrollo (2013-3): “Televisión Digital: Avance Tecnológico, ¿Retroceso en Libertad?”. *Temas Públicos*, N° 1132.

Libertad y Desarrollo (2013-4): “Proyecto de TV Digital. ¿Logrará ser Corregido Mediante Veto?”. *Temas Públicos*, N° 1137.

Libertad y Desarrollo (2013-5): “TV Digital, Pluralismo y Libertad de Expresión”. *Fallos Públicos*, N° 41.



SERIE INFORME LEGISLATIVO

Últimas Publicaciones

- N° 36** **Nuevo Procedimiento Concursal:
Comentarios al Proyecto de Ley**
Natalia González B.
Daniel Montalva A.
Octubre 2013
- N° 35** **Nuevo Régimen de Constitución Simplificada
de Sociedades Comerciales**
Natalia González B.
Daniel Montalva A.
Mayo 2013
- N° 34** **Análisis de la Reforma Tributaria
aprobada por el Congreso**
Natalia González B.
Septiembre 2012



ÚLTIMAS PUBLICACIONES

VENTA ONLINE EN WWW.LYD.ORG

**Activismo judicial en Chile
¿Hacia el gobierno de los
jueces? (2013)**
José Francisco García y
Santiago Verluglo



**Concesiones: La urgencia
de avanzar (2013)**
Varios autores



**La defensa de Chile en
La Haya (2013)**
Luis Winter Iguat



El regreso del modelo (2012)
Luis Larrain Arroyo



**Gobernar con principios. Ideas
para una nueva derecha (2012)**
Pablo Ortúzar Madrid y
Francisco Javier Urbina Molfino



**Ingreso Ético Familiar:
Innovando en la lucha
contra la pobreza (2013)**
Varios autores



**Sentencias
Destacadas 2012 (2013)**
Varios autores

**LYD ES REPRESENTANTE
EXCLUSIVO EN CHILE
DE LIBROS UNIÓN
EDITORIAL DE ESPAÑA.
CONTAMOS CON MÁS
DE 190 TÍTULOS DE
AUTORES, TALES COMO
FRIEDRICH A. VON
HAYEK, LUDWIG VON
MISES, FERNANDO
PRIETO, PASCAL SALIN,
ENTRE OTROS.**

LIBROS DISPONIBLES EN LIBRERÍAS Y LIBERTAD Y DESARROLLO
Alcántara 498, Las Condes, Santiago, Chile / 56 - 2 - 2377 4800
compralibros@lyd.org