

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y PROYECTO DE LEY DE “TV DIGITAL”. SUS CONSECUENCIAS INSTITUCIONALES

SERGIO VERDUGO RAMÍREZ

RESUMEN: Este trabajo critica algunos aspectos de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el proyecto de ley sobre Televisión Digital. Se 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 públicos 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.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El debate en torno al proyecto de ley de TV digital. 3. El fallo del Tribunal Constitucional. 4. Acerca del pluralismo y las campañas de interés público. Una mirada crítica a la sentencia del TC. 4.1 El problema del “pluralismo” en el proyecto de ley. 4.2 La obligación de transmisión gratuita de campañas. 4.3 ¿Bajo qué condiciones puede el Estado intervenir en materia de libertad de expresión? 4.4 La debilidad del “precedente” en el caso TV Digital. 5. Problemas institucionales que nos deja TV Digital. 5.1 Valor especial del voto del Presidente del TC. 5.2 Los efectos de la sentencia constitucional en el veto del Presidente de la República. 5.3 La (in)admisibilidad del veto presidencial. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

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”)¹ 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 parla-

¹ Ver el proyecto de ley bajo el Boletín N° 6190-19

mentarios ante el Tribunal Constitucional (el “TC”) que ya se encuentran fallados², un veto presentado por el ex Presidente Piñera³, 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 Diputados⁴. 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 incompleta⁵.

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 nuestro espacio público⁶. En este contexto, algunas nor-

² Las sentencias del TC corresponden a los roles 2358 (de enero 2013), 2509 (de septiembre 2013) y 2541 (de noviembre 2013).

³ El veto fue presentado por el Presidente de la República el 15 de noviembre de 2013, N° 267-361 (Boletín N° 6.190-19).

⁴ 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 se encuentra actualmente conociendo. Ver el expediente del TC bajo el rol 2645-14.

⁵ 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).

⁶ 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 MARÍN (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

mas 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?⁷.

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 estos problemas deberían ser resueltos constitucionalmente, pero varias de sus aristas no pueden ser ignoradas si se quiere tener una perspectiva comprehensiva

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.

⁷ Como bien sostiene Carlos Peña, existe una paradoja en nuestro sistema de televisión: "pensamos la televisión como un medio de elites (...) 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 elites 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.

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 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 estas temáticas (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. Primero (2), 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. Luego (3), sintetizaré los problemas centrales que el fallo de TV digital aborda.

Posteriormente (4) me referiré a algunos problemas constitucionales que el fallo deja desde la perspectiva de los derechos fundamentales, tanto en materia de definición de (4.1) “pluralismo”, como en relación a (4.2) la obligación de transmitir campañas de interés público. Ambas materias nos llevan a cuestionar (4.3) 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 intermedio), 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 (4.4).

Luego (5), me referiré a algunos de los desafíos institucionales que este caso de TV digital nos deja. El primero de ellos (5.1) 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 (5.2) efecto de las sentencias constitucionales en el veto del Presidente de la República y (5.3) en el rol de la Cámara de origen en

la revisión de los vetos que el Jefe de Estado presentare. Finalmente (6), expondré las principales conclusiones de este trabajo.

2. EL DEBATE EN TORNO AL PROYECTO DE LEY DE TV DIGITAL

Una vez presentado el proyecto de ley de TV digital en el año 2008 por parte de la Presidenta Bachelet (primer período), el debate no demoró en comenzar⁸. 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 críticas⁹. En otras palabras, puede existir consenso en el objetivo de que exista "más y mejor televisión para los chilenos"¹⁰, 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"¹¹, no implica la existencia de una respuesta única. Hay múltiples posiciones respecto a las recetas regulatorias específicas para seguir.

⁸ 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.

⁹ 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.

¹⁰ 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.

¹¹ 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.

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 Sierra¹²), de la “izquierda tradicional” que promueve la solidaridad y el rol activo del Estado en estas regulaciones (ejemplifica con un trabajo de Donoso¹³). 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.

En concreto, y sin perjuicio de que nuestro sistema de televisión se ha modificado enormemente desde su creación hasta el día de hoy¹⁴, 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 otros¹⁵. 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”¹⁶.

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 ido-

¹² SIERRA (2006). También, LIBERTAD Y DESARROLLO (2009), calificado como “liberal en lo económico” en GODOY (2009) p. 13

¹³ 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

¹⁴ Ver SIERRA (2006) y JOCELYN-HOLT (2007).

¹⁵ 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).

¹⁶ 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.

neidad 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 motivos¹⁷. 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 intermedios¹⁸. 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 sentencia¹⁹. 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.

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 universidades²⁰. 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

¹⁷ Sentencia del TC, 9 de enero de 2013, rol 2358.

¹⁸ Sobre esta sentencia, véase un comentario reciente de ZÁRATE (2013) y un trabajo de Constanza HUBE (2014), el que está publicado en esta misma revista. También, ver LIBERTAD Y DESARROLLO (2013-1).

¹⁹ Por ejemplo, SIERRA (2009) pp. 129-132.

²⁰ 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.

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 medios²¹. Sin perjuicio de estas normas, la televisión hoy está basada “en un esquema de financiamiento y financiación bajo criterios de mercado”²². 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 jurídica²³), 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 paradoja²⁴. 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 en el caso que comentaré en este tra-

²¹ 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 otros. 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.

²² 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.

²³ DONOSO y ABARCA (2006) p. 42.

²⁴ PEÑA (2007)

bajo. 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 digital²⁵. El TC, entonces, en ejercicio de su facultad de controlar preventiva y eventualmente la constitucionalidad de los proyectos de ley en tramitación²⁶, debía pronunciarse respecto de los siguientes puntos que resumo brevemente:

a. El concepto de pluralismo y su deber de promoción²⁷:

“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 público²⁸:

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

²⁵ 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.

²⁶ 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.

²⁷ Inciso quinto nuevo, del art. 1, de la Ley 18.838, contenido en la letra d) del, N° 1 del art. 1, del proyecto de ley.

²⁸ 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.

“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.

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 veintiún 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 competencia²⁹, y (d) al denominado *Must Carry*³⁰, 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 Presidenta³¹–), 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.

²⁹ 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.

³⁰ Incisos 2 y 3, art. 15 quáter nuevo, Ley N° 18.838, contenida en el N° 15, del art. 1 del proyecto de ley.

³¹ Me referiré a este asunto en la sección 4, letra a) de este trabajo.

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)³².

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 (4.1) problema del pluralismo y, en segundo lugar, al de las (4.2) campañas de interés público. En seguida, discutiré (4.3) cuáles deben ser las condiciones que la intervención estatal debe satisfacer para ser legítima atendidos los valores democráticos contenidos en nuestra Constitución y, finalmente (4.4), 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

³² 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 los ministros Aróstica y Brahm.

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 punto³³. 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 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 actual³⁴. Para los prevenientes, sin embargo, ambos conceptos son compatibles y de nivel legislativo.

³³ Ver una crítica a esto en LIBERTAD Y DESARROLLO (2013-5) p. 3, donde se considera que el precedente es "extraordinariamente pobre".

³⁴ "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.

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 homogeneizador 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 compatible con los grupos intermedios?³⁵,

³⁵ 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 emi-

¿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 elites, 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 *reality*—, 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”³⁶.

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.

tidas, afectando la autonomía de los cuerpos intermedios”. LIBERTAD Y DESARROLLO (2013-5) p. 9.

³⁶ 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 que 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 CNTV³⁷.

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 problemático. La función del legislador es de conveniencia política y la del TC es de controlar la constitucionalidad. En otras palabras, el legislador no

³⁷ 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.

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 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). Enseguida, 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 eliminarse³⁸) y afecta la autonomía editorial aumentando el poder amenazante del Estado³⁹.

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. ¿Signifi-

³⁸ Sierra lamenta que no se haya discutido la necesidad de que exista este órgano. SIERRA (2009) p. 129.

³⁹ SIERRA (2009) pp. 129-132.

ca 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 medios⁴⁰. 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 imparciales⁴¹. Ante ello, se suelen exigir contraprestaciones al concesionario, las que varían⁴².

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"⁴³.

Por estas (y otras) razones, el mercado de la televisión requiere de una regulación que estimule diversos bienes: competencia, diversi-

⁴⁰ 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.

⁴¹ Sobre una descripción completa de la naturaleza jurídica del espectro, ver DONOSO y ABARCA (2006) pp. 30-35.

⁴² GODOY (2009) p. 4. En Chile, se suele decir que la contraprestación es la obligación de emitir la franja electoral de forma obligatoria.

⁴³ 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.

dad, información de interés para el público, etc. ¿Cuál es la mejor manera de regularlo? Diversas respuestas se han dado⁴⁴.

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 desconfía 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 usuarios⁴⁵. 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 propuesto⁴⁶. 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

⁴⁴ Compárese, por ejemplo, los criterios de DONOSO y ROJAS (2006) pp. 50-52, y el paternalismo de RUIZ-TAGLE (2011).

⁴⁵ 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.

⁴⁶ 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 ellos.

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"⁴⁷. Otro de estos bienes es el control más eficaz de la política mediante los "escándalos mediales"⁴⁸.

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"⁴⁹, 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"⁵⁰. 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 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"

⁴⁷ MARÍN (2007) p. 58

⁴⁸ 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.

⁴⁹ RUIZ-TAGLE (2011) p. 356.

⁵⁰ RUIZ-TAGLE (2011) p. 357.

o de “democracia” de acuerdo a lo que más convenga a las lealtades que los mismos guarden, sobre todo considerando lo atractivo que es para los políticos la posibilidad de capturar la agenda de los medios de comunicación⁵¹. 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 contenidos⁵². 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 audiencias⁵³. 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 cons-

⁵¹ 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.

⁵² 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 elite). 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.

⁵³ “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 elites (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.

titucional 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 es 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.

En segundo lugar, la opinión de la Presidenta del TC estuvo ausente, ya que estaba cumpliendo otros compromisos que su función de Presidenta le demandan. 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 contradicciones⁵⁴, 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. La ausencia de la Presidenta del TC podría haber resultado decisiva, ya que si ella

⁵⁴ 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.

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 su ausencia fue fundamental⁵⁵.

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 que en caso de empate, su opinión es la que prima en la sentencia, decidiendo la postura vencedora⁵⁶. 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,

⁵⁵ 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.

⁵⁶ El artículo 8, letra g), de la Ley Orgánica Constitucional del TC, dispone que es atribución del Presidente del TC: “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”.

en la Corte Suprema el Presidente 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 TC. 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 tiempo⁵⁷. 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 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 veto 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

⁵⁷ No explicaré detalladamente las implicancias de esta afirmación. Esta idea la he desarrollado en otro trabajo: VERDUGO y GALLI (2012).

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 política⁵⁸. 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 previamente (tratándose de preceptos diferentes o de cuestiones de constitucionalidad diversos)⁵⁹.

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

⁵⁸ Ver un lúcido argumento de lo anterior en ZAPATA (2008) pp. 38-72.

⁵⁹ Ver un buen análisis de este tipo de problemas, aunque en el contexto español, en VIVER (2013).

objeto de un intenso debate⁶⁰. 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 veto⁶¹. Entre otras propuestas, el veto 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 tramitarlas⁶². El argumento general fue que vulneraba las ideas matrices, de acuerdo a la norma del art. 73, inciso 2, de la Carta Fundamental,

⁶⁰ 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.

⁶¹ Sobre el veto, véase un comentario en LIBERTAD Y DESARROLLO (2013-4).

⁶² Ver el acta de la sesión 115 de la Cámara de Diputados, de fecha 21 de enero de 2014.

aunque no se entregaron justificaciones suficientes que acreditaran dicha infracción. Lo anterior motivó que un grupo de senadores presentaran un nuevo requerimiento ante el TC⁶³, el que hasta la fecha de entrega de este artículo, se encontraba en tramitación⁶⁴. 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 quórum 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

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.

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.

⁶³ Debo hacer presente al lector, que soy uno de los abogados patrocinantes de este requerimiento, por lo que mi comentario es, evidentemente, parcial.

⁶⁴ Ver el expediente del TC, bajo el rol 2646-14. El requerimiento fue presentado el día 10 de marzo de 2014.

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 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.

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.

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. BIBLIOGRAFÍA

Libros y artículos

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

- 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) 149 pp.
- GODOY ETCHEVERRY, Sergio (2009): “Televisión Digital en Chile: ¿es posible más y mejor TV para los chilenos?”, *Temas de la Agenda Pública*, Pontificia Universidad Católica de Chile, 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) 782 pp.
- 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”, *Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte)*, 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”, *Estudios Públicos*, N° 103, pp. 111-153.
- SIERRA, Lucas (2009): “Reforma Legislativa de la Televisión ante el Futuro Digital. Un paso Adelante, uno Atrás”, *Estudios Públicos*, N° 114, pp. 128-161.

- THOMPSON, John (2001): *Los Media y la Modernidad. Una teoría de los medios de comunicación* (Barcelona, Ediciones Paidós), 357 pp.
- TIRONI, Eugenio y SUNKEL, Guillermo (1993): "Modernización de las comunicaciones y democratización de la política", *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* (Santiago, Editorial Metropolitana), 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* (Santiago, 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 de 2009
- 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.