



Pontificia Universidad Católica de Chile

Facultad de Derecho

Constanza Hube Portus

“DEL CONSTITUCIONALISMO DIGITAL AL ANALÓGICO”

**“NUEVOS ESTÁNDARES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE
TELEVISIÓN”**

Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho Constitucional

dirigida por el Profesor Sebastián Zárata Rojas

Santiago de Chile

Marzo 2014

Índice

I.	Introducción	3
II.	Nuevos estándares del Tribunal Constitucional en materia de televisión	9
	1. Estatuto Constitucional de la Televisión	9
	2. Cargas no indemnizables	21
	2.1 Cargas reales no se indemnizan	21
	2.2 Criterio cuantitativo	29
	2.3 Carga excesiva como contrapartida a la entrega de una concesión	33
	3. Censura Previa Indirecta	36
	4. Derecho colectivo a recibir información	43
III.	Conclusiones	48
IV.	Bibliografía	51

I. Introducción

En los últimos años, el Tribunal Constitucional ha debido pronunciarse respecto de requerimientos de inconstitucionalidad y controles de constitucionalidad en materia de libertad de expresión, particularmente aquellos relacionados con la televisión. En este contexto, ha sido posible desprender una serie de criterios comunes en las sentencias de este Tribunal,¹ que influirán en decisiones futuras sobre la materia y que bien merece la pena exponerlos y analizarlos.

El primer criterio relevante que se puede destacar, es el relacionado con la doctrina del estatuto constitucional de la televisión. Dicho estatuto está regulado en el artículo 19 N°12, especialmente, en los siguientes incisos: (i) El inciso segundo, que consagra la prohibición del monopolio estatal sobre los medios de comunicación, lo que es muy importante para evitar el control de las personas a través del control de la información. Así, se entendió que un monopolio estatal de los medios de comunicación –especialmente en radiodifusión y televisión- afectaría no sólo la estabilidad y el funcionamiento del sistema político, sino de una manera muy particular la dignidad de las personas;² (ii) El inciso quinto, que reconoce el derecho específico a “operar y mantener estaciones de televisión” y dispone de manera restrictiva las personas y entidades que están habilitadas para ser dueños de un canal de televisión (el Estado, aquellas universidades y demás personas o entidades que la ley determine) distinguiéndose de los demás medios de comunicación social (radio y prensa escrita)

¹ Rol 2358-12, Requerimiento de inconstitucionalidad respecto de N°9 del artículo primero del proyecto de ley que permite la introducción de la televisión digital terrestre (en adelante caso *People Meter 1*); Rol 2487-13, Control de Constitucionalidad del proyecto de ley que establece la obligación de los canales de televisión de libre recepción de transmitir propaganda electoral para las elecciones primarias presidenciales (en adelante caso *Franja de Primarias*); Rol 2509-13, Requerimiento de inconstitucionalidad respecto de N°9 del artículo primero del proyecto de ley que permite la introducción de la televisión digital terrestre (en adelante caso *People Meter 2*); Rol 2541-13, Requerimiento de inconstitucionalidad respecto de cuatro preceptos del proyecto de ley que permite la introducción de la televisión digital terrestre (en adelante caso *Televisión Digital*);

² El anteproyecto de la Comisión Ortúzar únicamente prohibía el monopolio estatal de la radiodifusión y de la televisión. Se recomienda revisar SILVA BASCUÑÁN (2008) 344.

que no tienen tales restricciones respecto del derecho a la propiedad; (iii) El inciso sexto, que contempla la creación de un Consejo Nacional de Televisión (regulado en la Ley 18.838) que tiene por finalidad velar por el correcto funcionamiento de la televisión. Esto último demuestra una preocupación especial en el Constituyente por este medio de comunicación.

Por una parte, se sospechó fuertemente respecto al efecto que podía tener la televisión en las personas y se desarrollaron mitos alarmistas al respecto. En efecto, ya la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución se señaló que era “evidente que la radiodifusión y la televisión, por tener incorporados elementos auditivos o audiovisuales, respectivamente, logran impactar más que la prensa escrita, por muy sensacionalista que ésta sea. El poder, la capacidad de impacto de aquéllas es muy superior al del impreso”.³

Por otro lado, se señaló que el funcionamiento de la televisión supone el uso de un espectro radioeléctrico -que es un bien nacional de uso público- limitado, saturándose si es excedido en su capacidad de transmisión.⁴

Tomando en cuenta lo anterior, se ha sostenido por parte del Tribunal Constitucional que desde el momento que la televisión tiene este tratamiento especial en nuestro ordenamiento constitucional, se justificaría una amplia capacidad del legislador para regular esta actividad.⁵ Así las cosas, han sido varias las iniciativas legislativas que desde la entrada en vigencia de la Constitución, han sido presentadas en esta línea de excesiva regulación,⁶ estableciendo imposiciones y cargas que distan de los grandes cambios tecnológicos que ha habido en las últimas décadas y del surgimiento de fenómenos de alcance global como internet y las denominadas redes

³ EVANS (1999) 35.

⁴ CEA (2004) 374.

⁵ Se analizará más adelante cuando se expongan los criterios desprendidos de las sentencias del Tribunal Constitucional.

⁶ Proyecto de Ley que permite la introducción de la Televisión Digital Terrestre (Boletín 6190-19), Proyecto de Ley que modifica la Ley N°19.132 de Televisión Nacional de Chile (Boletín 61291-19); Ley que modifica Ley N°18.700, orgánica constitucional sobre votaciones populares y escrutinios (Ley N°18.808); y Ley que establece la obligación de los canales de televisión de libre recepción de transmitir propaganda electoral para las elecciones primarias presidenciales (Ley N°20.681)

sociales.⁷

Un segundo criterio que es posible desprender de las sentencias analizadas, es el relacionado con la constitucionalidad de las cargas públicas impuestas a los canales de televisión. En este contexto, hay tres aspectos que son posibles de destacar del este criterio antes referido y que es utilizado por el Tribunal Constitucional.

En primera instancia, está el argumento de las cargas reales, considerado tanto en el caso *Franja de Primarias*, como en el caso *Televisión Digital*. El Tribunal Constitucional en su voto de mayoría, argumenta que dicha Magistratura ha objetado la gratuidad de las cargas personales, no así la de las cargas reales. En este sentido, para el Tribunal las cargas reales que se imponen en estos dos casos (franja electoral y campañas de utilidad pública respectivamente) serían legítimas, puesto que serían similares al de otras limitaciones del dominio que se han estimado por el Tribunal Constitucional como obligaciones y limitaciones medidas y razonables y que no generarían daño.⁸

En segunda instancia, –y relacionado también con la imposición de cargas– estaría el criterio cuantitativo aplicado por el Tribunal Constitucional en los dos casos enunciados anteriormente. En efecto, en ambos, el Tribunal utilizó un criterio cuantitativo, para analizar si la carga impuesta por el legislador a los canales de televisión es legítima o no, tomando en consideración una medida absoluta de tiempo (minutos y horas) que debían transmitir los canales con la imposición de las cargas (franja electoral y campañas de utilidad pública).

De esta manera, el Tribunal se aparta de un análisis más bien cualitativo, que hubiera implicado no solo tomar en consideración la afectación medida en términos absolutos (criterio cuantitativo), sino que también ponderar la afectación de ciertos derechos constitucionales, como sería el artículo 19 N°24 (derecho de propiedad) y el artículo 19 N°20 (igualdad de las cargas públicas) de la Constitución.

⁷ Es así como los países europeos, Estados Unidos y los países de Asia Pacífico son buenos ejemplos de cómo la normativa nacional ha buscado incorporar los aspectos de la convergencia en todas sus facetas dentro de su normativa nacional. Se recomienda revisar BUSTILLO (2011) 26 y siguientes.

⁸ STC N°56, STC N°245, STC N°1141, STC N°1215, STC N°253, STC N°506, entre otras.

Con respecto al artículo 19 N°24, el legislador tiene la obligación de respetar el derecho de propiedad, teniendo cuidado al momento establecer cargas o regulaciones que pueden terminar transformándose en verdaderas expropiaciones.

Por su parte, el artículo 19 N°20 se apoya en el supuesto de que la “ley puede imponer, por cierto, variadas cargas públicas, con la limitación de que ellas sean repartidas entre todos los llamados a prestarlas, de manera igualitaria y equitativa, sin que su peso caiga, a través de discriminaciones arbitrarias que tacharían la ley de inconstitucional, en unos en forma gravemente onerosa o en otros de manera preferencial o privilegiada”.⁹¹⁰

Un tercer elemento de este criterio, que pretende ser abordado en este trabajo, apunta a la posición del Tribunal Constitucional de aceptar como legítimas ciertas cargas impuestas por el legislador a los canales de televisión, por el hecho de tener una concesión o permiso. En efecto, tanto en el caso *Franja de Primarias*, como en el caso *Televisión Digital*, el Tribunal Constitucional consideró que cargas tales como la exigencia de transmitir una franja electoral gratuita, campañas de utilidad pública o la exigencia a permisionarios de servicios limitados de televisión de llevar un número determinado de canales (en adelante “*must carry*”) son limitaciones al dominio medidas y razonables, que se justificarían como una razonable contrapartida al derecho selectivo que se otorga.

Un tercer criterio que este trabajo pretende abordar es la posición y análisis del Tribunal Constitucional en materia de ciertas obligaciones que se imponen a la televisión, y que pueden terminar vulnerando la prohibición constitucional de la censura previa. En efecto, este tema fue parte de la discusión en los casos *Televisión Digital*, *People Meter 1* y *People Meter 2*.

En el caso *Televisión Digital*, los requirentes plantearon que la obligación - incluida en la norma impugnada- respecto a tener que promover determinados contenidos por parte de los canales de televisión, constituía una hipótesis de censura

⁹ EVANS (1999) 286.

¹⁰ STC Rol N° 2487-13, Caso *Franja de Primarias*, Considerando 43°; STC Rol N°2541-13, Caso *Televisión Digital*, Considerando 42° y 105°.

previa indirecta. Sin embargo, esto fue desestimado por parte del Tribunal Constitucional, sin exponer las razones por las cuáles se adoptó este criterio.¹¹

Asimismo se argumentó por parte de los requirentes, tanto en el caso de la prohibición de la medición de audiencia en línea (*People Meter Online*, caso *People Meter 1*), como en el caso de la prohibición a los canales de poder pedir la información de esas mediciones de audiencias en línea (*People Meter Overnight*, caso *People Meter 2*), que dichas circunstancias constituían un tipo de censura previa indirecta, vulnerando el artículo 19 N°12 inciso 1° de la Constitución. Sin embargo, dicho punto no fue considerado por parte de la mayoría de los ministros en el Tribunal Constitucional, ya que se estimó que la medición de audiencia en línea no importa una restricción del derecho de expresión por vía indirecta.¹²

Sin perjuicio de lo anterior, una interesante prevención de la Ministra Marisol Peña da cuenta de que este tema es más bien discutible, y que es importante analizar qué casos podrían ser considerados como una censura previa de un modo más bien indirecto.

Así las cosas, este criterio permite 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: 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), sino además transgredir el principio de subsidiariedad (Artículo 1° inciso tercero).

Finalmente, otro criterio que se pretende destacar en este trabajo, es la consideración por parte del Tribunal Constitucional de la libertad de expresión, no solo como un derecho individual, de carácter personal, sino que también como uno de carácter colectivo. Este último sería el derecho de recibir información, opiniones y

¹¹ STC Rol N°2541-13, Caso *Televisión Digital*, Considerando 4°, 5°, 6° y 7°.

¹² STC 2358-12, Caso *People Meter 1*, Considerando 11°

expresiones, tomando en cuenta que la libertad de opinión y de informar tiene destinatarios reales; y que por lo anterior, acarrearía el derecho a recibir información. Este criterio fue desprendido del voto de mayoría del caso *Televisión Digital*, particularmente referido a las campañas de utilidad pública.

Ante los criterios recién expuestos, surgen diversas preguntas: ¿qué tan abierto es el estatuto constitucional de la televisión frente a posibles limitaciones?, ¿debieran ser indemnizables las cargas que se imponen a los canales de televisión?, ¿qué tipo de obligaciones que se imponen a la televisión constituyen en la práctica un tipo de censura previa?, ¿existe el derecho colectivo a recibir información?, y si existiera, ¿se justifica por este derecho, la existencia de limitaciones y obligaciones excesivas a los canales de televisión?

En este contexto, el objetivo del presente trabajo apunta, precisamente, a dilucidar cuál es la visión sobre este tema a partir de la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional.

Cabe tener presente a este respecto que dicha jurisprudencia contiene determinadas visiones en la mayoría de sus sentencias, y otros criterios que sólo se han utilizado en contados casos sometidos a su resolución. Ambas variables se analizarán en este trabajo. Así, nos abocaremos a continuación al estudio de los criterios que pueden desprenderse de las sentencias del Tribunal Constitucional y cómo ellos colaboran o no, a responder las preguntas planteadas anteriormente.

II. Nuevos estándares del Tribunal Constitucional en materia de televisión

1. Estatuto Constitucional de la Televisión

El Tribunal Constitucional ha invocado en distintas oportunidades, la doctrina del estatuto constitucional de la televisión, con el objetivo de justificar la imposición de obligación o regulación principalmente dirigida a los canales de televisión. Así, en este capítulo expondremos extractos de las sentencias objeto de estudio en que se advierte la aplicación de este criterio.

En primer lugar, en el caso *Franja de Primarias*,¹³ el Tribunal Constitucional hizo una referencia clara al estatuto constitucional de la televisión en los criterios interpretativos del fallo. Tal referencia llevaría a considerar como constitucional la imposición de una franja electoral para las elecciones primarias a los canales de televisión. Ello se ilustra en parte en los siguientes considerandos:

“(…) es necesario considerar que en nuestro ordenamiento jurídico la televisión tiene un **tratamiento particular. A nivel constitucional eso se expresa en que hay una titularidad restringida y en que existe un órgano**

¹³ STC Rol N° 2487-13, de 21 de Junio de 2013. Se refiere al control de constitucionalidad respecto de la totalidad del proyecto de ley que establece la obligación de los canales de televisión de libre recepción de transmitir propaganda electoral para las elecciones primarias presidenciales (Boletín 8895-06). Hoy dicho proyecto de ley corresponde a la Ley 20.681 que introdujo un nuevo Título IV a la Ley 20.640 que establece el Sistema de Elecciones Primarias para la nominación de candidatos a Presidente de la República, Parlamentarios y Alcaldes, que dispone lo siguiente: “*Artículo 42 bis: En las elecciones primarias para la nominación de candidatos al cargo de Presidente de la República, los canales de televisión de libre recepción deberán destinar gratuitamente quince minutos diarios de sus transmisiones a propaganda electoral, los que se distribuirán en partes iguales entre los partidos o pactos que participen. Para estos efectos, los canales de televisión determinarán, en conjunto con los partidos o pactos que participen, el horario en que se efectuarán las transmisiones. En caso de desacuerdo, la propuesta de los canales deberá ser aprobada por el Consejo Nacional de Televisión. La transmisión de la propaganda electoral a que se refiere el inciso anterior, sólo podrá efectuarse desde el décimo octavo hasta el tercer día anterior al de la elección primaria; Artículo transitorio: Para las elecciones primarias correspondientes al año 2013, la propaganda electoral señalada en el artículo anterior sólo tendrá lugar desde el octavo hasta el tercer día anterior al de la elección primaria.*” Se resolvió que las disposiciones sometidas a control constitucional eran constitucionales por 7 votos a favor y 2 votos en contra.

encargado de velar por el correcto funcionamiento de este medio. Lo anterior se expresa en la Ley N°18.838...”(el destacado es nuestro);¹⁴

“Que dicha particularidad de la televisión en el tratamiento constitucional se justifica en dos consideraciones fundamentales. Por una parte, en el **fuerte impacto o influencia de este medio en la sociedad.** Como dice Alejandro Silva Bascuñán (Tratado de Derecho Constitucional, tomo XII, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p.348 y 360), **las personas ven muchas horas de televisión;** la usan como una fuente de información; penetra en todos los sectores sociales; **utiliza elementos auditivos y audiovisuales.** Por la otra, al **utilizar el espectro radioeléctrico usa un bien nacional de uso público, por definición limitado...”** (el destacado es nuestro).¹⁵

“(…) En la oportunidad este Tribunal descartó dichas alegaciones, validando la existencia de la franja electoral sobre la base de sostener que la televisión tenía una titularidad restringida en nuestro sistema (Considerando 11), cumplía una función pública (Considerando 10) y que la televisión pública abierta tenía ciertos privilegios que no tenía el resto de los medios (Considerando 11), siendo la gratuidad un gravamen medurado y razonable (Considerando 12)…” (el destacado es nuestro).¹⁶

A su vez, en el caso *Televisión Digital*,¹⁷ también se puede advertir el estatuto constitucional de la televisión, como argumento para considerar como constitucional,

¹⁴ Caso *Franja de Primarias* (2013), considerando 16°

¹⁵ Caso *Franja de Primarias* (2013), considerando 17°

¹⁶ Caso *Franja de Primarias* (2013), considerando 18°.

¹⁷ STC Rol N° 2541-13, de 18 de Noviembre de 2013. Se refiere al requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de diputados con el objeto que se declarara la inconstitucionalidad de cuatro normas del proyecto de ley que “permite la introducción de la televisión digital terrestre” (Boletín 6190-19). Hoy dicho proyecto de ley está siendo objeto de estudio en el Senado, luego de la presentación de observaciones realizadas por el Presidente de la República a diversos preceptos del proyecto. Las cuatro normas objetadas por el grupo de parlamentarios en el requerimiento de inconstitucionalidad se relacionaron con (i) el concepto de pluralismo que se establece en el proyecto y el deber de promoverlo; (ii) la obligación de transmitir campañas de utilidad e interés público; (iii) la segunda concesión entregada a Televisión Nacional de Chile; y (iv) el establecimiento del denominado must – carry (obligación a los permisionarios de servicios limitados de televisión de difundir, en la región o localidad en que operen, y siempre que sea técnicamente factible, a lo menos cuatro canales regionales, locales o locales de carácter comunitario en sus respectivas grillas o parrillas programáticas). Con respecto al punto (i) se resolvió acoger parte de la norma impugnada por

la norma que busca imponer como obligatorias campañas de utilidad e interés público. Esto último es destacado, a propósito de los criterios interpretativos de la sentencia. Así, el Tribunal señala que “la televisión, **a diferencia de los otros medios de comunicación social**, está subordinada a un correcto funcionamiento, definido por el legislador. Esto es un conjunto de estándares que la televisión no puede pasar a llevar, contradiciéndolos o no promoviéndolos, bajo sanción del Consejo Nacional de Televisión” (el destacado es nuestro).¹⁸ Además expone que “la televisión está sujeta a una serie de cargas y **obligaciones que no tienen los otros medios...**” (el destacado es nuestro).¹⁹

En el mismo caso de *Televisión Digital*, se invoca la doctrina del estatuto constitucional de la televisión, a propósito de la argumentación respecto a por qué la imposición de campañas de utilidad e interés público gratuitas, no afectarían la libertad de información. Así, el siguiente considerando permite ilustrar este punto:

“Que, sin embargo, la televisión no sigue todos estos criterios. En primer lugar, porque la **titularidad de este medio de comunicación social es restringida. Mientras “toda persona natural o jurídica tiene el derecho de fundar, editar y mantener” medios escritos (diarios, revistas y periódicos), “establecer, operar y mantener estaciones de televisión” solo recae en “el Estado, aquellas universidades y demás personas o entidades que la ley determine” (artículo 19 constitucional, N°12, incisos cuarto y quinto)...**” “En **segundo lugar, existe un órgano “encargado de velar por el correcto funcionamiento de este medio de comunicación.** Este órgano es el Consejo Nacional de Televisión (artículo 19 de la Constitución, N°12°, inciso sexto)” (el destacado es nuestro).²⁰

Además, en el caso *Televisión Digital* se vuelve a exponer la fundamentación del régimen regulatorio especial que tiene la televisión al señalar que “su régimen

6 votos contra 2. En relación al punto (ii) se rechazó por 5 votos contra 4. El punto (iii) se rechazó por 7 votos contra 2. Finalmente el punto (iv) se rechazó por 7 votos contra 2.

¹⁸ Caso Televisión Digital (2013), considerando 15°.

¹⁹ Caso Televisión Digital (2013), considerando 15°.

²⁰ Caso Televisión Digital (2013), considerando 19°.

regulatorio tiene su fundamento en el **fuerte impacto e influencia de este medio en la sociedad;**²¹ y que “**al utilizar el espectro radioeléctrico, usa un bien nacional de uso público, por definición limitado** (Cea, José Luis, ob. cit., p. 402; Bronfman, Martínez y Núñez, ob. cit., p. 283)” (el destacado es nuestro).²²

De los considerandos anteriormente expuestos es posible concluir que existe un criterio común entre las sentencias de los casos *Franja de Primarias* y el caso *Televisión Digital*. Lo anterior, ya que se utiliza el estatuto especial constitucional que tiene la televisión como argumento para considerar como constitucional, las normas controladas e impugnadas respectivamente. Así, se desprenden de estos extractos algunos elementos comunes que constituirían el contenido esencial de este criterio.

El primero de ellos es que la televisión tiene un tratamiento particular en nuestro ordenamiento constitucional, lo que se ve demostrado principalmente por la titularidad restringida y porque existe un órgano encargado de velar por el correcto funcionamiento de la misma (Consejo Nacional de Televisión), lo que no ocurre con los demás de medios de comunicación.

El segundo de ellos es que dicho tratamiento especial se justificaría por el fuerte impacto que la televisión tiene en la sociedad y porque el espectro radioeléctrico es limitado.

Teniendo presente estas conclusiones que se desprenden de los casos analizados, ahora corresponde realizar un análisis de este criterio y de los elementos contenidos en él. En este contexto, se puede advertir que la interpretación que hace el Tribunal Constitucional en ambas sentencias, produce un efecto más bien propio de una interpretación originalista, es decir, tiende a homologar el sentido de la Constitución con la intención del constituyente.²³

Recurriendo a la historia fidedigna de la Constitución en esta materia, se destacan los dos principales argumentos que da el Tribunal Constitucional para regular de manera especial la televisión, distinguiéndola de los demás medios de

²¹ Caso *Televisión Digital* (2013), considerando 20°.

²² Caso *Televisión Digital* (2013), considerando 20°.

²³ Vid ZAPATA (2008) 189.

comunicación (radios y prensa escrita): la televisión tiene más impacto que los demás medios y el espectro radioeléctrico es limitado. En efecto, con respecto al primer argumento el Comisionado Jaime Guzmán en la Comisión Constituyente señaló que era “evidente que la radiodifusión y la televisión, por tener incorporados elementos auditivos o audiovisuales, respectivamente, logran impactar más que la prensa escrita, por muy sensacionalista que ésta sea. El poder, la capacidad de impacto de aquéllas es muy superior al del impreso”.²⁴ El mismo Comisionado se refirió a la pertinencia de la distinción entre la titularidad de los medios escritos por un lado, y de la radio y la televisión por otro, haciendo un planteamiento de los motivos que justifican esta diferencia.

El primer motivo, sería que respecto de la prensa escrita, quién accede a ella celebra un contrato diario con quién edita, imprime y elabora un medio escrito en términos tales que paga, ya sea en el quiosco o por medio de una suscripción, el valor del impreso que va a leer. Esto último no ocurre con la radio y la televisión, ya que al comprar un aparato, la persona está en situación de recibir en cualquier momento un impacto respecto del cual ha habido un ejercicio de voluntad específico, pero sin embargo, bastante menor que en el caso de la prensa escrita.

El segundo motivo, es el impacto que produce uno y otro medio de comunicación. La radio y la televisión contienen elementos auditivos y audiovisuales respectivamente, por lo que impactan más que la prensa escrita. El tercero, tiene que ver con la posibilidad de obtener su repetición. La televisión y la radio proyectan imágenes y sonidos que la persona escucha una sola vez y no puede obtener su repetición con el objetivo de hacer un análisis del problema. Así, habría una capacidad de crítica, de serenidad, de moderación de la persona que lee un medio escrito, muy superior a la capacidad de crítica del que oyó una palabra o frase de la televisión. El cuarto y último aspecto, sería el alcance que tiene uno y otro medio. A juicio del Comisionado Guzmán resulta un hecho comprobado y evidente que la radio y la televisión alcanzan todos los estratos sociales-económicos, sin excepción de cultura,

²⁴ EVANS (1999) 35.

en cambio la prensa escrita alcanza a aquellos niveles que guardan equivalencia de orden cultural con el tipo de medio que van a recibir.²⁵

Con respecto a la limitación del espectro, se dejó constancia en las Actas de la Comisión Constituyente respecto a que éste iba a ser considerado como un bien nacional de uso público, pero con operatividad privada:

“(…) se analizó el derecho de propiedad de las radiodifusoras, constatándose que la vía por la cual la radiodifusión se realiza, es la de las ondas hertzianas, por lo que necesariamente se concluyó que no cabía el derecho de propiedad de las ondas que conforman el espectro radioeléctrico, sino que, a su respecto, sólo procede la concesión a los particulares otorgada por el Estado, adoptándose, en consecuencia, **el concepto de que las ondas hertzianas son bienes nacionales de uso público**. En seguida, se consideró la propiedad de los bienes materiales y equipos con los cuales —utilizando el espectro radioeléctrico—, se ejerce la titularidad de la radiodifusión...” (el destacado es nuestro).²⁶

“En materia de financiamiento de la radiodifusión, el mejor sistema, a juicio de la Subcomisión, es aquel que se deriva de una radiodifusión concebida como una empresa privada que procura sus fuentes de financiamiento en el público o en la comunidad, siendo consecuente este principio con aquellos que dicen relación al acceso de todos los particulares a la propiedad del medio —**con las restricciones derivadas de la limitación del espectro radioeléctrico**—, y también, al de la libertad de programación, ya consagrados por la Comisión (el destacado es nuestro).²⁷

Teniendo lo anterior presente, queda de manifiesto que el Tribunal Constitucional en las sentencias analizadas se basa en las expresiones y argumentaciones entregadas por el Constituyente, que habilitaron en cierto sentido la implementación de un estatuto constitucional especial para la televisión. Este mismo

²⁵ SILVA BASCUÑÁN (2008) 348.

²⁶ Sesión 19ª de 20 de diciembre de 1973, Actas Oficiales de la Comisión Constituyente

²⁷ Informe de la subcomisión de reforma constitucional encargada de redactar el estatuto jurídico de los medios de comunicación social, 4 de octubre de 1973

efecto originalista, puede advertirse en otros fallos relacionados con los ya mencionados, como es la STC 56 de 1988, que consideró constitucional la imposición de una franja electoral gratuita a los canales de televisión abierta para elecciones presidenciales, parlamentarias y plebiscitos, como justa contrapartida al derecho selectivo que se le otorgaba al Estado a las personas o entidades, que además del Estado, podían establecer, operar y mantener estaciones de televisión (Considerando 12°).

Ahora bien, es posible señalar que en los orígenes de la democracia constitucional, los fundadores del constitucionalismo pensaban que la Constitución debía interpretarse conforme a las directrices de sus creadores.²⁸ Así, “James Wilson sostenía, explícitamente, que “la primera y más importante máxima en la interpretación de un texto legal consiste en descubrir el significado que le dieron aquellos que la redactaron”.²⁹ Así, el originalismo más clásico y conservador postula normalmente que, la voluntad del legislador –en este caso del Constituyente- se plasma con claridad en el texto de la norma. Así es considerado el originalismo conservador por autores como Jack Balkin que señalan que “aunque la mayor parte de los originalistas conservadores aseguran que ellos buscan seguir sólo el sentido original de la norma, ellos en realidad tienden a confundir el sentido original de la norma con la aplicación esperada de ella por parte de sus creadores”.³⁰ A mayor abundamiento, para David Strauss el originalismo riguroso consiste en que para encontrar un sentido a las palabras contenidas en la Constitución, es necesario utilizar el mismo sentido que le asignaron los creadores de la Constitución.³¹ “No está permitido –es como una especie de traición en realidad- tomar las palabras de la Constitución y darle un sentido distinto del que quisieron darle los creadores de la Constitución en un principio”.³²

²⁸ *Vid* GARGARELLA (2007) 128.

²⁹ *Vid* BERGER, R., “Government by Judiciary”, Harvard University Press, Cambridge, 1977, cap. 20.

³⁰ BALKIN (2001) 100 (traducción propia).

³¹ *Vid* STRAUSS (2010) 10 (traducción propia).

³² STRAUSS (2010) 10.

De este modo, el originalismo postula una estricta y rigurosa sujeción al tenor literal.³³ Es decir, habría que recoger exclusivamente el texto de la Constitución, sin apelar a ningún elemento ajeno al mismo.

No obstante lo anterior, esta visión de originalismo ha sido criticada por parte de la doctrina constitucional.

Se ha señalado, primeramente y desde un punto de vista práctico, que “el gran defecto del originalismo radica en la imposibilidad de conocer a ciencia cierta la voluntad del legislador. Dicha imposibilidad, a su vez, deriva, entre otras razones de las numerosas y naturales discrepancias que surgen entre quienes elaboran la Carta Fundamental durante el proceso constituyente”.³⁴

Asimismo, en segundo lugar, se ha criticado porque “en los casos en que éste puede ser determinado, ceñirse a él como criterio interpretativo puede conducir a injusticias y absurdos. En efecto, si se pretende que una Constitución Política regule de un modo permanente la vida social de un pueblo, no se puede “congelar” el sentido de sus disposiciones, anclándolo en el significado “pensado” por sus redactores originales”.³⁵

Ahora bien, teniendo presente estas críticas, se ha señalado que no se trata simplemente de descartar la teoría de la interpretación originalista, pero que el argumento a favor de ésta, no puede basarse exclusivamente en la historia constitucional, sino que tiene ir más allá de ese límite.³⁶ Así, el error principal de estos originalistas, a juicio de autores como Ronald Dworkin, tiene que ver con “proponer una interpretación del texto constitucional con “fecha fija” (la del momento en que escribieron los textos en cuestión”.³⁷

Así las cosas, se puede destacar otro tipo de originalismo, que se traduce en una postura más bien moderada. A juicio de Strauss, el originalismo moderado consiste en identificar, en vez del significado original, el principio que los padres

³³ Vid ZAPATA (2008) 190.

³⁴ ZAPATA (2008) 190.

³⁵ ZAPATA (2008) 191 y 192.

³⁶ Vid GARGARELLA (2007) 130.

³⁷ GARGARELLA (2007) 132.

fundadores o ratificadores quisieron asignar a una determinada disposición constitucional.³⁸ Sin embargo, este mismo autor expone el problema que tendría igualmente esta posición, señalando que esta postura “puede terminar justificando todo. Si decimos que nos vamos a guiar por los principios y no por situaciones específicas, podemos terminar convirtiendo el principio en algo tan abstracto que justifica cualquier resultado que queramos obtener”.³⁹

Más allá de las críticas y objeciones de la interpretación originalista, esta doctrina goza de buena salud en Chile, ya que ha contribuido a desentrañar cómo se originó el texto constitucional vigente y sigue siendo una buena manera de abordar un problema constitucional.⁴⁰ Sin embargo, resulta curioso que el voto de mayoría en el caso *Franja de Primarias* y en el caso *Televisión Digital*, recurra a argumentos propios de una interpretación originalista. En efecto, los extractos de las sentencias anteriormente expuestos corresponden más bien a una interpretación originalista conservadora, que no toma en cuenta las objeciones, ni tampoco la evolución hacia tesis más bien moderada, en que no solo debe considerarse el tenor literal del texto constitucional.

Ahora bien, de acuerdo a los casos analizados, pareciera que las razones por las cuales se estableció un estatuto constitucional especial para la televisión ya no existen, y que por tanto, no es justificable establecer obligaciones y regulaciones apelando a dicho estatuto.

En este contexto, es efectivo que el impacto que tiene la televisión sigue siendo importante. En un estudio realizado por el Consejo Nacional de Televisión el año 2011 se da cuenta que el consumo de horas de televisión es alto: frente a la pregunta de cuántas horas de televisión abierta y pagada ven las personas habitualmente, el promedio alcanzó a cuatro horas diarias.⁴¹ En esta misma encuesta, un 76% de las personas consultadas consideró que la televisión es muy importante como fuente de información.

³⁸ Vid STRAUSS (2010) 26 (traducción propia).

³⁹ Vid STRAUSS (2010) 27 (traducción propia).

⁴⁰ Vid ZAPATA (2008) 192.

⁴¹ VII Encuesta Nacional de Televisión, Departamento de estudios, 22.

Sin embargo, hoy existen otras plataformas tecnológicas además de la televisión para informarse y opinar. De hecho, los avances tecnológicos y técnicos que se han estado produciendo en los últimos años, están dando lugar a un importante aumento de las posibilidades de utilización de soportes técnicos audiovisuales que antes sólo se concentraban en la televisión. En la actualidad, la prestación de servicios audiovisuales no solo se entrega a través de la televisión abierta, sino que por medio del cable y el satélite. Es más, el propio concepto de televisión que se conocía hace algunos años, hoy ha cambiado completamente, ya que no “sólo denota a los tradicionales canales de TV abierta VHF, sino que involucra a la TV de pago e incluso a la distribución de video por Internet y aparatos móviles”.⁴²

Las tecnologías de la información y la comunicación (internet principalmente), también se puede usar para la difusión de la televisión. Los hogares han ido incorporando nuevas tecnologías, donde el DVD y el computador han sido protagonistas de las mayores alzas. Además de las tecnologías, ha aumentado también la conectividad de los hogares, donde el acceso a la televisión de pago (cable o satelital) creció en un 11% en 1993 a un 63% el 2011. En cuanto a internet, la conexión de los hogares también aumenta, alcanzando un 63% el 2001. Este escenario de pantallas y mayor acceso a contenidos online, podría suponer una disminución del consumo de televisión en estos últimos años, donde es posible observar que desde el año 2005, el promedio de horas de consumo se mantiene constante.⁴³

En este punto, es preciso señalar que el marco regulatorio de la televisión ha sido criticado por no reflejar la realidad existente. Así, se ha señalado que dicha regulación es obsoleta, porque no distingue –entre otras cosas- adecuadamente entre televisión abierta y de pago, no contempla la posibilidad de video por Internet y no considera la convergencia de plataformas, ni de contenidos.⁴⁴ Es más se ha señalado incluso que los “canales actuales de TV abierta son muy parecidos a las radios AM de los 40: producen gran parte de sus contenidos dentro de la casa, los cuales se orientan a una única señal destinada a un público generalista. Pero ese modelo puede estar

⁴² Vid GODOY (2007) 75.

⁴³ Vid Consejo Nacional de Televisión, Reseña: Historia de la TV en los hogares chilenos (2012) 1.

⁴⁴ Vid Godoy (2007) 75.

quedando obsoleto. Expertos hablan, por ejemplo, del modelo de producción en 360 grados, en que los contenidos se explotan a través de vitrinas muy diversas, aprovechando ventanas complementarias como cines, DVDs, señales *premium* de TV paga y señales generalistas de TV abierta, así como el apoyo de tecnologías con uso diferente como celulares e Internet”.⁴⁵

Por otro lado, con la televisión digital se abren grandes posibilidades en términos de un mejor aprovechamiento del espectro radioeléctrico, con lo que existirá una mayor oferta de canales y de programas. Se incorporan nuevas opciones respecto de quiénes pueden ser concesionarios, que faciliten la entrada de nuevos actores al mercado televisivo. En efecto, el Mensaje Presidencial del Proyecto de Ley que permite la introducción de la televisión digital terrestre (Boletín 6190-19) (en adelante Proyecto de Ley TV Digital) señala lo siguiente: “los fenómenos de la digitalización y la convergencia tecnológica permiten configuraciones variadas para la utilización del espectro asignado, cuyo desarrollo colisiona fuertemente con el esquema regulatorio reseñado”.⁴⁶

Un ejemplo de lo anterior, es el voto disidente del caso *Franja de Primarias*, que señala: “que, en efecto, sobre la base del principio de intervención mínima que la Constitución permite al legislador, cuando de afectar los derechos fundamentales se trata, cabe anotar que la franja política para las votaciones definitivas establecida en el artículo 31 de la Ley N°18.700 fue admitida el año 1988 por esta Magistratura (Rol N°56) dentro de un contexto diferente y con una finalidad completamente distinta a la que acontece en la actualidad, en que ya la titularidad de este medio de comunicación no está restringida al Estado y a las universidades, en circunstancias que no sólo existe la televisión de libre recepción, y en un entorno tecnológico que permite a los pre-candidatos difundir sus planteamientos y propuestas a muy bajo costo, lo que plantea una situación muy diversa a la tradicional”.⁴⁷

⁴⁵ GODOY (2007) 79.

⁴⁶ Se recomienda revisar Mensaje del Proyecto de Ley TV Digital, en relación a las ventajas que desde el punto de vista tecnológico entrega la televisión digital.

⁴⁷ Votos en contra de los Ministros, Aróstica y Brahm (2°)

De acuerdo a lo anterior, no fue considerado por parte del Tribunal Constitucional el avance significativo que el Proyecto de Ley TV Digital implica para un mejor aprovechamiento del espectro radioeléctrico. En efecto, con la regulación vigente los operadores de televisión abierta tienen derecho a emitir una señal de 525 líneas en un espacio de 6 MHz⁴⁸ de ancho, sin embargo al cambiar a digital (con el Proyecto de Ley TV Digital) los concesionarios pasan a tener derecho a emitir 4 o 5 señales en los mismos 6 MHz de espacio.⁴⁹ Por otra parte, tampoco fue tenido en cuenta por parte del Tribunal el aumento de canales disponibles. En efecto, “con la llegada de la televisión digital, los principios en que se basan las actuales asignaciones de frecuencias de TV también se modifican, porque deja de haber escasez de canales disponibles”.⁵⁰

Finalmente, es preciso señalar que el tratamiento que da el Tribunal Constitucional al espectro radioeléctrico no se ajusta a las características propias de lo que podría considerarse en la actualidad como un bien nacional de uso público. En efecto, el espectro radioeléctrico es considerado como un bien nacional de uso público⁵¹, sin embargo esa no es la interpretación que se puede desprender del razonamiento del Tribunal.

Pues bien, es importante exponer primero que en nuestro derecho, los bienes nacionales de uso público, son aquellos cuyo uso pertenece a todos los habitantes de la nación (artículo 589 inciso 2º del Código Civil). En la actualidad esta especie de fin público –que cumplirían los bienes nacionales de uso público- es considerado y visto no ya en cuanto uso público en sí, sino en cuanto proyección y resultado del ejercicio de una modalidad de la función administrativa. En efecto en la doctrina moderna el uso público es referido a una noción superior, la función pública, de la que es una mera manifestación, y que se demuestra en la apertura de este tipo de bienes al uso general de los administrados.⁵² Así, son los “administrados” (privados) los que se

⁴⁸ Megahertz

⁴⁹ Vid Godoy (2007) 75.

⁵⁰ Godoy (2007) 76.

⁵¹ Vid Oficio de Ley N°10.967 del Proyecto de Ley que permite la introducción de la televisión digital terrestre (Boletín 6190-19)

⁵² Vid MONTT (2002) 162.

encargan de la administración de dichos bienes. Sin embargo el Tribunal al considerar que el Estado puede imponer libremente cargas y regulaciones a los particulares por el solo hecho de ser el espectro radioeléctrico un bien nacional de uso público, se aleja de esta teoría moderna y se acerca más bien a considerar no solo que el espectro es un bien cuya titularidad pertenece al Estado, sino que le correspondería también una parte de su administración.

En conclusión, pese a que puede ser discutible posibles modificaciones a las normas constitucionales especialmente dispuestas para la televisión, pareciera que los dos principales argumentos que configuran la doctrina del estatuto constitucional de la misma y que justifican las obligaciones y cargas que se imponen, ya no tendrían asidero.

2. Cargas no indemnizables

2.1 Las cargas reales no se indemnizan

Antes de empezar a analizar el criterio común de cargas no indemnizables que se desprende de las sentencias objeto de este trabajo, se considera relevante –solo a modo introductorio- despejar el marco teórico y constitucional del concepto de cargas públicas, y la diferencia entre cargas públicas reales y personales.

Se ha entendido en la doctrina por carga pública como “todas las prestaciones de carácter personal y todas las obligaciones de carácter patrimonial que no sean jurídicamente tributos, que la ley impone a la generalidad de las personas para el cumplimiento de determinados fines, ética y jurídicamente lícitos, queridos por el legislador”.⁵³ En este contexto, se hace una distinción entre cargas públicas reales y las cargas personales.

Con respecto a las primeras, es necesario hacer referencia al artículo 19 N°20 de la Constitución, donde se tratan las cargas públicas reales o gravámenes como

⁵³ EVANS (1999) 284.

aquellas que recaen sobre bienes, como las requisiciones de bienes, servidumbres de utilidad pública y cualquiera otra que no sea tributo. Así, el artículo 19 N°20 inciso 1 dispone “La Constitución asegura a todas las personas: La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y **la igual repartición de las demás cargas públicas**” (el destacado es nuestro).

Por otra parte, las cargas personales son las “prestaciones de servicios impuestas por la ley y a las personas naturales y, excepcionalmente, a las personas jurídicas en beneficio del Estado, con una finalidad de utilidad pública y cuyo desempeño es obligatorio y gratuito”.⁵⁴ Un ejemplo de esto, es el cargo de vocal de mesa para las elecciones o el turno de los abogados. Sin embargo, con respecto al primero de los ejemplos ya no es gratuito el servicio prestado toda vez que ahora se les paga a quiénes desempeñan dicha función⁵⁵ y en relación al turno de los abogados, el Tribunal Constitucional a través de la sentencia Rol N°1254-2009 (llamada Turno de los Abogados) estimó que no es constitucional el cumplimiento gratuito de esta obligación. Dichas cargas, se encuentran dispuestas genéricamente en el artículo 22 inciso 3 de la Carta Fundamental –a propósito de los deberes constitucionales- que dispone “El servicio militar y **demás cargas personales que imponga la ley** son obligatorios en los términos y formas que ésta determine” (el destacado es nuestro).

Ahora bien, el criterio que se desprende de los casos que son objeto de este trabajo, es que el Tribunal Constitucional argumenta la constitucionalidad de la imposición de cargas gratuitas a los canales de televisión basada, principalmente, en el hecho que se trata de cargas reales y no personales. En efecto, tanto en el caso *Franja de Primarias* como en el caso *Televisión Digital*, se puede advertir este criterio común.

En el caso *Franja de Primarias*, se señala que se está frente a “una carga real sobre los canales de libre recepción que deben soportar la emisión de una franja electoral gratuita aplicable a las elecciones presidenciales, que se diferencian sensiblemente de las cargas personales”.⁵⁶ Este planteamiento, se repite en el caso

⁵⁴ VIVANCO (2006) 491.

⁵⁵ Ley 20.568

⁵⁶ Caso *Franja de Primarias* (2013), considerando 34°. También se recomienda revisar considerando 32° y 33°.

Televisión Digital, específicamente en los criterios interpretativos de la sentencia, en que se ilustran una serie de casos en que el Tribunal Constitucional ha sido estricto en ponderar las cargas personales, pero no así, las cargas reales. Entre los ejemplos destacados, se expone la sentencia de franja televisiva gratuita original en materia electoral (STC 56/1998).⁵⁷

Teniendo en consideración lo anterior, es posible señalar que más que hacer un análisis en concreto de los dos casos ya referidos, el Tribunal Constitucional argumenta con respecto a la proporción de las cargas, sólo basado en jurisprudencia previa, restándose de un estudio en concreto y específico. Así las cosas, lo que parece necesario revisar es si efectivamente las normas controladas e impugnadas son constitucionales.

Pues bien, en el caso de *Franja de Primarias*,⁵⁸ para que la carga impuesta sea constitucional es importante que cumpla con dos condiciones. La primera dice relación con establecer si las primarias son materia o no de interés general de la colectividad. Ello, es relevante para efectos de evaluar la imposición de una franja electoral a los canales de televisión abierta para las elecciones primarias. La segunda, corresponde a que los medios regulatorios utilizados para alcanzar el interés general sean constitucionalmente lícitos.

En este contexto, un antecedente que puede ser relevante a considerar para determinar si existe o no interés público en esta norma, es la Sentencia Rol N° 279 de 1998 del Tribunal Constitucional que controló la constitucionalidad de un proyecto de ley que establecía elecciones primarias presidenciales (Boletín N° 2194-06), en la que si bien el Tribunal declaró inconstitucional el proyecto –producto que se trataba de una votación popular no consagrada expresamente en la Constitución–, resolvió que

⁵⁷ Se recomienda revisar Caso *Televisión Digital* (2013), considerando 15°.

⁵⁸ “Artículo 42 bis: En las elecciones primarias para la nominación de candidatos al cargo de Presidente de la República, los canales de televisión de libre recepción deberán destinar gratuitamente quince minutos diarios de sus transmisiones a propaganda electoral, los que se distribuirán en partes iguales entre los partidos o pactos que participen. Para estos efectos, los canales de televisión determinarán, en conjunto con los partidos o pactos que participen, el horario en que se efectuarán las transmisiones. En caso de desacuerdo, la propuesta de los canales deberá ser aprobada por el Consejo Nacional de Televisión. La transmisión de la propaganda electoral a que se refiere el inciso anterior, sólo podrá efectuarse desde el décimo octavo hasta el tercer día anterior al de la elección primaria;”

las elecciones primarias sí constituyen una votación popular, “porque participa el pueblo constituido en un cuerpo electoral organizado” (considerando 23°) y “porque la manifestación de voluntad del pueblo en este acto indudablemente, es sobre una materia de interés para la colectividad toda, habida consideración de su enorme trascendencia para la vida del país...” (Considerando 23°).

De esta manera, el Tribunal Constitucional ha señalado que las primarias persiguen el interés general. Sin perjuicio de lo anterior, esta es una cuestión debatible. En dicho fallo, existe un interesante voto disidente⁵⁹ que sostiene que las elecciones primarias son diferentes de las elecciones generales en diversos sentidos: fin, procedimiento, y subsidiariedad en el rol que debe cumplir el Estado.

Junto con lo anterior, en otro fallo del Tribunal Constitucional Rol N°2324 del 2012 que controló la constitucionalidad del proyecto de ley que establece el Sistema de Elecciones Primarias para la nominación de candidatos a Presidente de la República, Parlamentarios y Alcaldes (Boletín N° 7911-06), es posible advertir otro voto disidente, en el cual se señala lo que sigue: “porque este tipo de comicios facultativos no posee igual trascendencia que aquellas elecciones periódicas que comprometen las bases de la institucionalidad (Rol N°53, considerandos 4° y 5°)...”.

De esta manera, es posible concluir en una primera aproximación, que el Tribunal Constitucional ha sido claro en cuanto a reconocer que la elección primaria sí es una materia de interés general. Sin embargo, los planteamientos hechos en los votos de minorías de las sentencias aludidas contienen argumentos suficientes como para al menos plantear que el interés general que tendrían las elecciones primarias, no es exactamente el mismo interés que representaría las elecciones definitivas.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta razonable plantear la siguiente pregunta: ¿por qué si se considera que las elecciones primarias tienen un interés general, son los canales de televisión los encargados de cumplir con la responsabilidad de transmitir la propaganda electoral? En principio –de acuerdo a lo expuesto anteriormente- la justificación sería que existe un estatuto constitucional especial para la televisión. Sin

⁵⁹ Voto en contra Ministro Verdugo

embargo, como se señaló previamente, las razones para considerar que la televisión debe tener un régimen especial ya no están vigentes, y por otro lado la naturaleza de servicio público en el campo de la televisión –que eventualmente podría justificar esta carga- se ha ido flexibilizando en el derecho comparado.

En efecto, no es posible en el momento presente lograr una absoluta identificación entre televisión y servicio público.⁶⁰ Pero aunque sí se constituyera dicha identificación, el derecho comparado es exigente respecto los requisitos para que se configuren las hipótesis de servicio público. Así, por ejemplo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJCE) exige tres requisitos: (i) el servicio en cuestión debe ser un servicio de interés económico general y estar definido como tal por el Estado miembro; (ii) la misión de servicio público debe encomendarse a una o varias empresas en virtud de un instrumento oficial; y (iii) financiamiento y prueba de proporcionalidad. Para el cumplimiento de este requisito se parte de la base de la libertad de los Estados miembros para elegir la forma de financiamiento del servicio de radiodifusión pública, correspondiéndole a ella comprobar que las excepciones a la normal aplicación de las normas de competencia en la ejecución del servicio de interés económico general no afecten a la competencia en el mercado común de manera desproporcionada ni al desarrollo de los intercambios en forma tal que sea contraria al interés de la comunidad.⁶¹ Este último requisito es interesante, ya que el TJCE exige que sea el Estado el que debe analizar cómo se financia la ayuda pública, en caso de considerar un servicio como público.

Otra alternativa, es que sea el propio Estado el que financie un canal público con la finalidad de que cumpla con el pretendido rol de servicio público. Así, sólo se aplicarían ciertas regulaciones a la televisión de titularidad pública, y no a todo el mercado. Esto es lo que ocurre en Reino Unido por ejemplo, en que a la BBC (British Broadcasting Corporation)⁶² se le aplican reglas que a los demás canales no. En este

⁶⁰ *Vid* CASADO (2008) 69.

⁶¹ *Vid* CASADO (2008) 72-74.

⁶² Es el servicio público de comunicación de Reino Unido que se estableció al servicio del interés público y cuyo principal objetivo es promover los propósitos públicos a través de la provisión de información, educación y entretenimiento a través de la televisión, radio y otros medios. Se recomienda

contexto Ofcom (Office of Communications)⁶³ tiene una serie de responsabilidades en orden de establecer regulaciones a la BBC tales como por ejemplo cuotas de pantalla, por el hecho de ser la BBC un canal de titularidad pública.⁶⁴ Sin embargo, no establecen las misas exigencias y restricciones a los demás canales.

Así, volviendo al caso *Franja de Primarias*, si las razones que motivaban considerar de manera especial a la televisión ya no existen y si la televisión no necesariamente es un servicio público, ¿por qué los canales de televisión deben financiar la propaganda electoral? Esta carga parece más bien una suerte de financiamiento indirecto de los canales de televisión a los partidos políticos, que una carga basada en la necesidad de información a la ciudadanía.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional, no respondió ciertas preguntas que parecen razonables de plantear como por ejemplo ¿qué ocurre con el análisis de utilidad pública de la televisión? Si bien el Tribunal expuso que la franja de primarias constituye un fin legítimo, no realizó este mismo análisis con respecto a la utilidad pública de la televisión.

Una segunda pregunta que queda abierta dice relación con los sujetos a quiénes se les aplica la carga: ¿por qué se aplica esta carga a todos los canales de televisión y no solo a la televisión pública? En efecto, si se considera que la información a la ciudadanía respecto a las elecciones primarias cumple un interés público ¿por qué los canales de televisión que no son públicos deben incurrir en costos para suplir esta necesidad? Si el Estado considera de tal importancia una franja de elecciones primarias, pareciera que lo más razonable es que sea el canal público el que deba incurrir en los costos que esto significa para satisfacer lo que se considera como una necesidad pública.

Ahora bien, respecto de la afirmación relativa a que estemos ante un fin legítimo –que las primarias persigan el interés general y que ello implique robustecer

revisar *Memorandum of Understanding between the Office of Communications (Ofcom) and the BBC Trust* (2007)

⁶³ Es un regulador independiente y autoridad en materia de competencia para la industria de comunicaciones en Reino Unido. Para más información se recomienda consultar www.ofcom.org.uk

⁶⁴ *Vid Memorandum of Understanding between the Office of Communications (Ofcom) and the BBC Trust* (2007) 8.

un debate público e informado–, no se puede derivar que cualquier medio regulatorio para avanzar hacia dicho fin, sea constitucionalmente lícito. Lo anterior, sobre todo tomando en cuenta que dicho interés general, al ser un interés distinto que el de las elecciones definitivas, implicaría una exigencia mayor respecto a los medios regulatorios utilizados. En esta materia, al analizar la disposición constitucional respecto a cargas reales, la Carta Fundamental dispone que la Constitución asegura a todas las personas la igual repartición de las demás cargas públicas (artículo 19 N°20 inciso primero), no diferenciando entre cargas reales o personales. Por lo tanto, más allá que en sentencias anteriores se hayan considerado como constitucionalmente lícitas otras cargas reales, parece necesario analizar la franja electoral de primarias a la luz del principio de proporcionalidad, el cual exige el cumplimiento de tres requisitos para que se considere racional (no arbitraria): idoneidad, necesidad y proporcionalidad.⁶⁵

En primer lugar, en relación a la idoneidad o adecuación podría considerarse que la medida adoptada (franja electoral), es apta o al menos colabora para el fin que se pretende (información al electorado). Existiría entonces, en principio, una relación de causalidad entre la restricción impuesta (medida) y la finalidad perseguida (información para la ciudadanía).

En segundo lugar, con respecto a la necesidad, no podría afirmarse que la imposición de una franja electoral gratuita sea la medida menos gravosa o que menos daño genera con miras de obtener el fin buscado. Lo anterior, ya que hoy existen diferentes plataformas tecnológicas (internet, redes sociales, etc) como para dar a conocer la información que se pretende entregar vía franja electoral.

A mayor abundamiento, es dudoso que hoy a través de una franja televisiva pueda considerarse que se entrega información a la ciudadanía respecto de las ideas y propuestas de los candidatos, ya que pareciera más bien que lo que se hace es publicidad. En esta misma línea, los votos disidentes del caso *Franja de Primarias* ilustran muy bien este punto: “... el gravamen en cuestión resulta absolutamente

⁶⁵ Con respecto al principio de proporcionalidad y particularmente los requisitos, se recomienda consultar ARNOLD, MARTINEZ Y ZUÑIGA (2012) 71.

innecesario, desde el momento que los canales de televisión y la asociación que los agrupa han organizado sendos debates entre los precandidatos. Los que parecen más acordes con las **exigencias informativas modernas, en que se exhiben discusiones programáticas y no meras propagandas visuales y emocionales, con un contenido entregado al arbitrio de cada candidato**, donde no se exigen estándares mínimos de contenido y en las que el Estado abdica a priori de su deber constitucional de velar por el correcto funcionamiento de la televisión” (el destacado es nuestro).⁶⁶

Ahora bien, con respecto al caso *Televisión Digital*⁶⁷ en materia de campañas de utilidad pública, el Tribunal Constitucional aplica el mismo criterio que en el caso *Franja de Primarias*. En este contexto, es preciso destacar sin embargo, que nuevamente no se analizó en concreto esta carga real, sino que más bien se siguió un precedente jurisprudencial.

En concreto, hoy no existe una obligación de transmitir campañas de utilidad o interés público a los canales de televisión (aunque en la práctica lo hacen de forma voluntaria), situación que cambia diametralmente con el proyecto de ley que introduce la televisión digital terrestre (Boletín 6190-19). Junto con lo anterior, se establece que la transmisión de estas campañas debe ser gratuita. En este contexto, nuevamente, se está afectando a un sub conjunto de medios de comunicación, sin más justificación que la aplicación de antiguos precedentes y una concepción anacrónica respecto del rol de la televisión en la sociedad. Así, ilustrativo resultan los votos disidentes que argumentan lo siguiente “se afectan diversos derechos de concesionarios y permisionarios, en cuanto impone arbitrariamente, a ese solo medio de comunicación, la televisión, una obligación gravosa y desproporcionada, vulnerando la igualdad ante la ley, la igual repartición de las cargas públicas y la no

⁶⁶ Votos en contra de los Ministros, Aróstica y Brahm (6°)

⁶⁷ Se establece la obligación de transmisión de campañas públicas o interés público. El Ministerio Secretaría General de Gobierno define las campañas, las cuales deben ser aprobadas por el Consejo Nacional de Televisión (quórum de 7/11). Se establece la obligación de transmitir las campañas con subtítulos y lenguaje de señas. Además se limita a 60 segundos por emisión con un máximo de 21 minutos a la semana. Se dispone un límite de 5 semanas anuales para la duración de las campañas. Esta obligación se extiende a los permisionarios de servicios limitados de televisión (cable) quienes deben cumplir con esta obligación en las señales que les permitan exhibir publicidad nacional. En caso de renovaciones de campaña, deben ser aprobadas por el CNTV (7/11) y serán pagadas a tarifas comerciales.

discriminación arbitraria en materia económica (artículos 19 N°s 2, 20 y 22 de la Carta Fundamental), habida consideración a que no existen antecedentes que justifiquen la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la norma impugnada y la vinculen con el logro de los objetivos de las campañas establecidas sin afectar derechos esenciales”.⁶⁸

Ahora bien, en ambos casos se está estableciendo una carga a particulares, cuya constitucionalidad es dudosa desde un punto de vista de igualdad de las cargas públicas. Sin embargo lo más preocupante es que a pesar que se imponen cargas que provocan perjuicios, dichas imposiciones no se indemnizan, por el solo hecho de considerar que las cargas reales no son indemnizables. A contrario sensu serían indemnizables las cargas personales, sin otra justificación que seguir un precedente.

2.2 Criterio cuantitativo

Uno de los argumentos usados por el Tribunal Constitucional para justificar el uso de la franja para las elecciones primarias en el caso *Franja de Primarias* y las campañas de utilidad pública en el caso *Televisión Digital*, es que se trataría de una carga proporcional asociada principalmente, a las grandes diferencias en términos cuantitativos (horas, minutos y segundos) que implicaría la franja de primarias, en contraste con la general (en el primer caso) y lo poco dañino que resultaría en términos cuantitativos (horas, minutos y segundos), la transmisión de las campañas de utilidad pública (en el segundo caso).

Con respecto a lo primero, en el caso *Franja de Primarias*, el Tribunal Constitucional señaló que “la franja televisiva para primarias presidenciales puede estimarse como una carga medida en tiempos absolutos. Es así como el régimen permanente de esta carga implica destinar 225 minutos fijos cada cuatro años a la difusión de las campañas de los candidatos que se presenten a la elección primaria. Esto implica destinar tres horas y cuarenta minutos en un lapso de 1.461 días...”.⁶⁹

⁶⁸ Votos en contra de los Ministros Bertelsen, Aróstica, Romero y Brahm

⁶⁹ Caso *Franja de Primarias* (2013), Considerando 39°.

Por su parte, en el caso *Televisión Digital*, el Tribunal Constitucional señaló lo siguiente “si consideramos que la campaña no puede exceder de 21 minutos a la semana, y cada spot no puede ser mayor a sesenta segundos, ello da un promedio de tres avisos al día. Si consideramos que los canales transmiten actualmente un promedio de dieciséis horas al día, se trata de 3 minutos sobre un total de 960 y de 21 minutos semanales, sobre 6.720. La campaña, podemos decir, no invade sustantivamente el espacio del medio. Además, el spot no interrumpe la programación porque no se emite en cadena nacional”.⁷⁰

Conforme a lo anteriormente expuesto, el Tribunal Constitucional hizo un análisis cuantitativo de la carga impuesta a los canales de televisión. En este contexto, se considera que no se tuvo en cuenta un análisis cualitativo, que habría implicado tener presente una posible indemnización conforme al derecho de propiedad (Artículo 19 N°24) y el principio de igualdad de las cargas públicas (artículo 19 N°20).

Con respecto al derecho de propiedad -y una eventual indemnización por su afectación- es necesario distinguir entre los conceptos de expropiación y limitación.

La expropiación implica intervenciones estatales que despojan al propietario de su bien, o de alguno de sus atributos o facultades esenciales del dominio, lo cual exige una compensación efectiva del daño producido (indemnización), previo a la toma de posesión material del bien expropiado;⁷¹ En este sentido, las limitaciones son por definición “**deberes no indemnizables** que la ley impone a los propietarios, en relación al ejercicio de su derecho de propiedad, derivados de la función social, y que no puede vulnerar la esencia o atributos del dominio” (el destacado es nuestro).⁷²

Ahora bien, claramente existen casos en que las limitaciones al dominio desembocan en el pago de una indemnización sin embargo, este pago no tiene como fundamento la vulneración del derecho de propiedad, sino que la causa corresponde a la desigual repartición de las cargas públicas (Artículo 19 N°20). En esta línea, el profesor Fermandois ha afirmado que el legislador, al imponer regulaciones o

⁷⁰ Caso *Televisión Digital* (2013) Considerando 25°.

⁷¹ Vid HUBE (2011) 54.

⁷² RAJEVIC (1996) 46.

restricciones por causa de la función social, debe satisfacer dos condiciones: (i) la igualdad de las cargas públicas; y (ii) respetar la restricción en virtud de la cual la ley no puede llegar a transformar el derecho de propiedad o cualquiera de sus atributos o facultades esenciales (uso, goce y disposición) en irreconocibles.⁷³

Los casos expuestos corresponden precisamente a la primera hipótesis planteada por el profesor Fermanois. Tanto la imposición de transmisión de una franja electoral y campañas de utilidad pública gratuitas no podrían considerarse como expropiación al derecho de dominio que tienen los canales de televisión sobre la concesión, sino que más bien una limitación a la propiedad. Lo anterior, ya que para que proceda la expropiación, debe despojarse al propietario de su bien o de alguno de sus atributos (exclusivo, absoluto y perpetuo) o facultades esenciales del dominio (uso, goce y disposición),⁷⁴ lo que no sería aplicable a estos casos.

Debido a lo anterior, ambas cargas podrían ser consideradas como limitaciones del dominio, que sobre la base que cumplen con alguna de las cuatro categorías de la función social de la propiedad,⁷⁵ no deberían ser indemnizadas. Sin embargo, sí procedería analizar una posible indemnización por incumplimiento del artículo 19 N°20 de la Constitución (principio de igualdad en las cargas públicas). De este modo, en el caso de las regulaciones o limitaciones que afectan de manera manifiestamente injusta o desproporcionada la propiedad –como ocurre en las cargas analizadas– no se está frente ante una inconstitucionalidad de la regulación por vulneración del derecho de propiedad (artículo 19 N°24), sino por lesión al principio de igualdad ante las cargas públicas (artículo 19 N° 20).

⁷³ *Vid*, FERMANDOIS (2005) 37-38.

⁷⁴ En doctrina, se ha planteado que esta trilogía debería ser completada. Por ejemplo, el profesor José Luis Cea ha señalado que en las facultades de usar, gozar y con mayor razón en la de disponer, se halla siempre implícita la facultad de administrar el bien, lo que éste produce o lo que se agrega a él, como ocurre con la accesión. No obstante ello, mantenemos aquí la terminología clásica.

⁷⁵ Artículo 19 N°24 inciso 2: "los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental".

⁷⁶ Discutible que cumpla con alguna de las cuatro categorías de la función social de la propiedad en el caso Televisión Digital, a propósito de las campañas de utilidad pública. Se recomienda revisar los considerandos N°6,7°,8°,9°,10°,11° Y 12° del voto en contra de los Ministros Aróstica, Bertelsen, Brahm y Romero a propósito de la falta de especificidad necesaria que tendría el contenido de la campaña.

En esta línea, se constata un interesante voto disidente del caso *Franja de Primarias* en que se plantea la compensación frente a la carga impuesta: “De modo que si al Estado le interesa divulgar las referidas elecciones primarias, nada le impide adquirir espacios dentro de la parrilla programática en algunos medios de comunicación, como –es de público conocimiento– lo ha estado haciendo el Gobierno en el último tiempo a través de numerosos spot. **O compensar la carga pública impuesta, según es la tendencia más equitativa en la legislación actual;**” (el destacado es nuestro)⁷⁷.

Si bien, en este trabajo no se analizará una posible limitación a la libertad de expresión por la aplicación de estas cargas, resulta curioso que el Tribunal Constitucional no abordara este tema. En efecto, la Constitución en su artículo 19 N°12 habilita al legislador para establecer ciertas regulaciones a los medios de comunicación, sin embargo no autoriza a establecer limitaciones a este derecho que pueden afectar el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión. En este sentido, bien vale la pena tener presente que el artículo 19 N°26 se apoya en un supuesto básico, cual es que los derechos, libertades, igualdades e inviolabilidades contempladas en la Constitución, principalmente en su artículo 19, poseen un contenido esencial, y que éste es inafectable por el legislador y los demás órganos estatales.⁷⁸

Finalmente, es preciso señalar que el análisis cuantitativo realizado por parte del Tribunal Constitucional parece insuficiente, ya que al estudiar la cantidad de segundos, minutos y horas semanales que implican las cargas impuestas (específicamente franja electoral y campañas de utilidad pública) no utiliza ningún punto de referencia objetivo, ni tampoco toma en cuenta posibles impactos negativos que podrían sufrir los canales por la pérdida de sintonía por parte de los televidentes. Es en este mismo sentido, que los votos disidentes dejaron consignado el último punto.⁷⁹

⁷⁷ Voto en contra Ministros Aróstica y Brahm (5°)

⁷⁸ CEA (2004) 610.

⁷⁹ Caso *Franja de Primarias*, voto en contra Ministros Aróstica y Brahm (10°) y Caso *Televisión Digital*, voto en contra Ministros Aróstica, Bertelsen, Brahm y Romero (11°)

2.3 La Carga excesiva como contrapartida a la entrega de una concesión.

Tanto en el caso *Franja de Primarias*, como el caso *Televisión Digital*, el Tribunal Constitucional consideró que la imposición de ciertas cargas⁸⁰ son limitaciones al dominio medidas y razonables justificadas por el derecho que el Estado le otorga a su titular, cuál sería una concesión o permiso.

En el caso *Franja de Primarias*, el Tribunal Constitucional llega a la conclusión que la imposición de una franja electoral gratuita constituye una “intervención razonable, medida y mínima sobre el derecho del operador televisivo de libre recepción en la determinación de su programación.”⁸¹ Sin embargo, donde se hace más evidente la utilización del criterio es en el Considerando 55° en el que el Tribunal señala que “Que, de igual manera, **ha considerado que cuando la actividad tiene privilegios, hay una justificación para imponer una limitación al dominio** (STC 1863/12, 1986/12, 1991/12). No cualquiera puede realizar emisiones televisivas, sino solo los que tienen concesiones... (el destacado es nuestro)”.

En el caso *Televisión Digital*, se puede encontrar este criterio en dos aspectos de la sentencia. Por una parte, en la ya desarrollada imposición de las campañas de utilidad pública gratuitas, y por otro lado en el denominado *must – carry*.

Con respecto a las campañas de utilidad pública, el Tribunal Constitucional consideró que la justificación “para gravar a los canales de televisión con esta carga, es que ocupan con sus transmisiones un bien nacional de uso público”.⁸²

En relación al *must – carry*, el Tribunal Constitucional plantea que hay dos objetivos que justifican la intervención del Estado en el mercado objeto de la regulación: (i) estimular la difusión de señales regionales, locales o locales de carácter comunitario; y (ii) el riesgo, por razones técnicas de clausura o exclusión de los

⁸⁰ Franja electoral gratuita, campañas de utilidad pública y la exigencia a permissionarios de servicios limitados de televisión de llevar un número determinados de canales en su parrilla programática (*must carry*)

⁸¹ Caso Franja de Primarias, Considerando 43°.

⁸² Caso Televisión Digital, Considerando 42°.

canales de televisión, derivado de la penetración de la televisión por cable o satelital en los hogares de nuestro país.⁸³ Junto con lo anterior, se estimó por parte del Tribunal Constitucional, que “no resulta evidente que vaya a existir un impacto económico negativo y, asimismo, que no cualquier impacto económico negativo debe compensarse para evitar una vulneración a dicho derecho”.⁸⁴

Ahora bien, al analizar estas referencias a las sentencias, es posible plantear que lo que ha querido sostener el Tribunal Constitucional es que esta clase de cargas se justificarían en la medida que los concesionarios o permisionarios desarrollan su actividad, haciendo uso de un bien que está sujeto a la administración del Estado y que, por tanto, en la medida que los particulares reciben esta suerte de “beneficio o privilegio estatal (concesión o permiso para operar)”, ellos estarían obligados a soportar estas cargas.

Esta posición del Tribunal Constitucional es muy discutible por las siguientes razones:

En primer lugar, se puede advertir una contradicción en la argumentación del Tribunal Constitucional. Tanto en el caso *Franja de Primarias*, como en el caso *Televisión Digital*, en relación con las campañas de utilidad pública, la justificación de la carga impuesta sería el considerar que la entrega de la concesión de servicio de radiodifusión televisiva implica un beneficio para los particulares. Sin embargo, dicho argumento no es aplicable a la situación del *must carry*, ya que acá no hay una concesión, sino que un permiso.

Ahora bien, más allá de si se trata de una concesión o de un permiso, resulta cuestionable ambas posturas del Tribunal Constitucional, ya que tanto concesionarios y permisionarios, como los medios de comunicación en general, cumplen una función que se considera deseable para el bien de la sociedad toda. Por tanto, esta ya sería la justificación por la cual se otorga la concesión o el permiso, no pudiendo ser considerados como “gracias” o “privilegios”.

⁸³ Se recomienda ver Considerandos 91° y 92° del caso *Televisión Digital*.

⁸⁴ Caso *Televisión Digital*, Considerando 102°.

En segundo lugar, el rol del Estado no es el de ser un propietario que entrega una concesión como privilegio, sino que más bien, el cumplimiento de una función subsidiaria, por lo que se le prohíbe tener el monopolio de la información. Además que el referido control lo transformaría en un Estado interventor, lo que sería contrario al mandato constitucional.⁸⁵

En efecto, la Constitución es clara en este tema, al disponer el principio de autonomías sociales en las Bases de la Institucionalidad.⁸⁶ En esta línea, ha sido el mismo Tribunal Constitucional el que ha ratificado este principio en su sentencia sobre Ley Prensa (STC 226 de 1995), en el que relacionó las autonomías sociales con la necesaria e indispensable libertad de esos grupos asociativos para fijar sus objetivos, para organizarse del modo que estimen más conveniente y para decidir respecto de sus propios actos. Así el Tribunal Constitucional señaló que: “Dicha autonomía para cumplir con sus propios fines específicos implica la necesaria e indispensable libertad de esos grupos asociativos para fijar los objetivos que se desean alcanzar, para organizarse del modo que estimen más conveniente sus miembros, para decidir sus propios actos y la forma de administrar la entidad, todo ello sin intromisión de personas o autoridades ajenas a la asociación o grupo, y sin más limitaciones que las que impongan la Constitución...” (Considerando 29°).

Finalmente, es preciso advertir los riesgos que implica que el Estado se atribuya la posibilidad de imponer, sin limitaciones, cargas a los particulares, teniendo como justificación la entrega de una concesión o de un permiso. Desde el punto de vista del establecimiento de un precedente, ambas sentencias analizadas anteriormente resultan preocupantes.

⁸⁵ *Vid* VIVANCO (2006) 377.

⁸⁶ Artículo 1° inciso 3° de la Constitución Política de la República

3. Censura Previa Indirecta.

A propósito de los requerimientos de inconstitucionalidad presentados por un grupo de parlamentarios en los casos *Televisión Digital*, *People Meter 1*⁸⁷ y *People Meter 2*,⁸⁸ al Tribunal Constitucional le correspondió pronunciarse respecto a diversos argumentos de inconstitucionalidad interpuestos en estos casos, por los requirentes.

Sin perjuicio de lo anterior, hay un punto que consideramos interesante desde la arista 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.

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.⁸⁹

En este contexto, 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

⁸⁷ STC Rol N° 2358-12, de 9 de Enero de 2013. Se refiere al requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de diputados con el objeto que se declarara la inconstitucionalidad del n°9 del artículo único del proyecto de ley que “Permite la introducción de la televisión digital terrestre” (Boletín 6190-19). Este numeral disponía lo 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 (...)”. Se resolvió que la disposición sometida a consideración del Tribunal Constitucional era inconstitucional por 6 votos a favor y 4 votos en contra.

⁸⁸ STC Rol N° 2509-13, de 24 de Septiembre de 2013. Se refiere al requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de diputados con el objeto que se declarara la inconstitucionalidad del n°9 del artículo primero del proyecto de ley que “Permite la introducción de la televisión digital terrestre” (Boletín 6190-19). Este numeral disponía lo siguiente: “Los prestadores de servicios de radiodifusión televisiva de libre recepción y de servicios limitados de televisión, sólo 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”. Se resolvió que la disposición sometida a consideración del Tribunal Constitucional era inconstitucional por 5 votos a favor y 3 votos en contra.

⁸⁹ Vid Asociación de Derecho por los Derechos Civiles, Buenos Aires (2008), El precio del silencio: abuso de publicidad oficial y otras formas de censura indirecta en América Latina, 7.

radical mediante actos de censura previa hasta mecanismos menos evidentes, más sutiles y sofisticados”.⁹⁰ 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”.⁹¹

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 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 Constitución 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°). Este es el núcleo de la garantía, y por tanto está protegida también por el artículo 19 N°26, en relación al contenido esencial de los derechos.

Con respecto al caso *Televisión Digital*, los requirentes invocaron el argumento de la censura previa indirecta a propósito de la primera norma impugnada relacionada con pluralismo,⁹² particularmente en, lo que se refiere a la exigencia que

⁹⁰ 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” www.oas.org, N°1.

⁹¹ Organización de Estados Americanos, Informe acerca de los “Principios sobre la regulación de la publicidad oficial en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos” www.oas.org, N°2.

⁹² Proyecto de Ley que introduce la televisión digital terrestre (Boletín 6190-19), inciso quinto nuevo del artículo 1° de la Ley N°18.838, que se contiene en la letra d) del número 1 del artículo 1° del proyecto establecía antes de la sentencia del Tribunal Constitucional, como parte del correcto funcionamiento de la televisión, lo siguiente: “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 estos mismos”. La sentencia del Tribunal Constitucional consideró como contrario a la Carta Fundamental la frase “excluyendo aquellos que atenten contra estos mismos”.

se hace a los canales de televisión de tener que promover ciertos contenidos incluidos en la definición de pluralismo. El Tribunal Constitucional, en su voto de mayoría consideró como constitucional la obligación de promover ciertos contenidos, sin embargo, no quedaron consignados en la posición mayoritaria los argumentos de por qué se consideró que tanto la definición de pluralismo, como la obligación de promover contenidos, son constitucionales. En la práctica sólo se hace referencia a ellos en las prevenciones.⁹³

Tomando lo anterior en consideración, es posible señalar con respecto a la norma impugnada, que si bien, no impide de manera directa la emisión de información, sí lo hace de forma indirecta, al exigir a los canales de televisión no solo el respeto de ciertos contenidos considerados como “correctos” o “deseables” por parte del legislador, sino que, además, se le está exigiendo a un medio de comunicación la promoción de ellos.

En este contexto, se puede señalar también que “la libertad de expresión no solo confiere derechos, sino que además refleja los valores pluralistas de diversidad y variedad. La libertad de expresión no solo conlleva la ausencia de censura, sino que también implica un debate público robusto”.⁹⁴ Por lo anterior, la configuración de una definición de pluralismo, pero por sobre todo la exigencia de la promoción de ciertos contenidos que forman parte de esa definición, implica una vulneración de la libertad editorial de los canales de televisión, además de atentar en contra de uno de los principales objetivos que se persiguen con la introducción de la televisión digital, cual es que exista una amplia variedad de canales y de programas, potenciando la diversidad de contenidos.

A mayor abundamiento, en las prevenciones de las sentencias antes referidas, – que estuvieron por acoger el primer capítulo del requerimiento– se señaló lo siguiente: “el tenor exacto del precepto refutado admite un entendimiento y posterior utilización inconciliables con la Constitución, ya que respecto al ejercicio legítimo de

⁹³ Se recomienda revisar las prevenciones de los Ministros Vodanovic, Fernández, Carmona García y Hernández (6°, 7° y 8°).

⁹⁴ BARENDT (2005) 35 (traducción propia).

un derecho por varios conceptos trascendental, la libertad de expresión, se presta para abusos. **La amenaza es esta: coarta la libertad editorial el hecho que los medios televisivos no puedan seleccionar las noticias o asuntos a los que darán cobertura o descartarán, con entera independencia y conforme a sus propias pautas, al tener que promocionar determinados contenidos impuestos por el Estado, según una definición de pluralismo que, sin fundamento, ni ponderación,** se aplica únicamente a quienes prestan servicios de televisión digital” (el destacado es nuestro).⁹⁵

Por otra parte, el Tribunal Constitucional 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...**” (el destacado es nuestro).⁹⁶ Junto con lo anterior, el Tribunal señaló: “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...**”⁹⁷

⁹⁵ Previsiones de los Ministros Bertelsen, Aróstica y Brahm (1°).

⁹⁶ Caso *People Meter 1*, Considerando 11°.

⁹⁷ Caso *People Meter 1*, Considerando 12°.

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*.⁹⁸

Sin 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*. En ella, la Ministra señala que “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”.⁹⁹

Tomando en cuenta estos antecedentes, parece necesario 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 fue fruto de una indicación parlamentaria, a raíz del pronunciamiento del Tribunal Constitucional 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*).

En términos generales, los requirentes plantearon que “la norma impugnada les impide la utilización de un instrumento útil e idóneo para seleccionar y definir los

⁹⁸ Caso *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...”

⁹⁹ También se recomienda revisar los N°8 y 10° de la prevención de la Ministra Marisol Peña en el Caso *People Meter 1*.

contenidos e informaciones que desean emitir, constituyéndose así en una forma de censura previa indirecta, prohibida en la Carta Fundamental...”¹⁰⁰

Teniendo presente estos antecedentes, es posible señalar que una de las principales razones que tuvo el Tribunal Constitucional 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. Esto es cierto en parte y solo para la empresa que realiza la medición de la audiencia, pero no para los canales de televisión, los que se ven impedidos de acceder a la información emitida por la empresa de manera previa.¹⁰¹ 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.

En este contexto, a nuestro juicio 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 u obvia violación a la libertad de expresión, sino que más bien se oculta detrás de una lícita limitación, cual sería que la medición de la audiencia sería posterior a la emisión del contenido. Asimismo, consideramos que esta prohibición se opone a la Convención Americana de los Derechos Humanos. En ella, 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 en línea a un tipo de información proveído por empresas que miden la audiencia en línea.

Lo anterior es aplicable al caso *People Meter 2*, ya que en él 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

¹⁰⁰ Caso *People Meter 1*, foja 221

¹⁰¹ Vid Zárata (2013) 336.

una hipótesis de censura indirecta, ya que “no se obliga ni impide transmisión televisiva alguna (o la de determinados contenidos específicos).”¹⁰²

Sin perjuicio de que es cierto que no se impide la transmisión, sí se imposibilita a los canales de televisión 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 importante precedente del mismo Tribunal Constitucional en la sentencia sobre Ley de Prensa (STC 226 de 1995), en la que declaró inconstitucional 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 1º de la Constitución. En este contexto, el Tribunal Constitucional relacionó este principio con la necesaria e indispensable libertad de esos grupos asociativos para fijar sus objetivos, para organizarse del modo que estimen más conveniente y para decidir respecto de sus propios actos (Considerando 29º). 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 Tribunal Constitucional sólo considero el criterio de temporalidad para analizar si las normas impugnadas constituían censura previa indirecta o no, cuando lo recomendable 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”.¹⁰³

¹⁰² Prevención Ministro Juan José Romero (21º).

¹⁰³ SABA (2007) 86.

4. Derecho colectivo a recibir información.

Se ha planteado tanto en doctrina como en jurisprudencia -sobre todo supranacional-¹⁰⁴ que la libertad de expresión no solo comprende una dimensión individual, que implica que nadie pueda ser “arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento”¹⁰⁵, sino que también un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”.¹⁰⁶

En doctrina se ha señalado, que el fundamento de la libertad de expresión no se agota en la autorrealización de la persona, sino que también existe un “valor social o colectivo que se promueve a través de la libertad de opinión e información: el desarrollo y fortalecimiento de la democracia”.¹⁰⁷

El Tribunal Constitucional en el caso *Televisión Digital*, incorporó como parte de su argumentación a favor de la imposición de las campañas de utilidad pública a los canales de televisión, la doble dimensión del derecho a la libertad de expresión. Así las cosas, este sería un derecho individual, de carácter personal, pero también de carácter colectivo, que es el derecho de recibir información, opiniones y expresiones.

Ello se ilustra en el extracto del siguiente considerando:

“Uno es el derecho de informar y de expresarse. Este es un derecho individual, de carácter personal. Pero también hay otro de carácter colectivo, que es el derecho a recibir información, opiniones y expresiones (STC 226/1995). La libertad de opinión y de informar tiene destinatarios reales; por lo mismo, acarrea el derecho a recibir información (STC 226/1995). Es en virtud de esta dimensión del derecho que excepcionalmente, cuando están en juego intereses superiores, se justifica que medios de comunicación social transmitan una información que

¹⁰⁴ Se hará referencia más adelante, a propósito de la opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

¹⁰⁵ FUENTES TORRIJO (2002) 228.

¹⁰⁶ Opinión Consultiva OC 5/85 de 13 de noviembre de 1985 párrafo 30

¹⁰⁷ FUENTES TORRIJO (2002) 227.

beneficia a las personas. El titular privilegiado y último de la libertad de información, es la persona que la recibe; el medio es solo un instrumento”.¹⁰⁸

En esta materia, preciso es tener presente el precedente de la sentencia sobre Ley de Prensa (STC 226/1995) -al que hace referencia el Tribunal Constitucional en el considerando anteriormente expuesto- en el que esta Magistratura señala “Que, si bien este Tribunal aceptará que la disposición requerida no atenta contra el texto constitucional, debe señalar que lo hace **solamente en el entendido que el derecho establecido en el proyecto de ley para que las personas reciban información se refiere a que, proporcionadas por los medios de comunicación, nace el derecho.** Ello no significa en **ningún caso que se pueda obligar a alguna persona o a algún medio a entregar determinadas informaciones.** Si así fuera y se entendiera que la autoridad puede obligar a las personas o a los medios a informar, se estaría atentando contra claros preceptos constitucionales, como son la autonomía de los grupos intermedios que está consagrada en el artículo 1º, inciso tercero, de nuestra Ley Fundamental y la libertad de opinar y de informar sin censura previa”.¹⁰⁹

Tomando en cuenta este precedente, es posible señalar que el Tribunal Constitucional en el caso *Televisión Digital*, toma en consideración sólo una parte de la sentencia aludida, puesto que en el mismo fallo se deja claramente establecido que este derecho a recibir información, en ningún caso implica obligar a un medio de comunicación a emitir un determinado mensaje o información. Esto último, es precisamente lo que ocurre con la imposición de las campañas de utilidad pública, ya lo que busca la norma, es obligar a los canales de televisión a transmitir determinada información.

En consecuencia, no puede desprenderse de la sentencia de Ley de Prensa (STC 266/1995) una interpretación amplia del derecho a recibir información, sino que más bien, una interpretación restringida. Esta última, consistiría en considerar que existe un derecho a recibir información, protegido por nuestro ordenamiento jurídico,¹¹⁰

¹⁰⁸ Caso Televisión Digital, Considerando 23º.

¹⁰⁹ STC 226 de 1995, Considerando 21º

¹¹⁰ Por incorporación del artículo 13.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos como se verá más adelante.

entendiendo que se trata de aquel derecho a tener acceso al mensaje emitido libremente por parte de los medios de comunicación social.

Si bien, en el texto final de la Constitución no se recogió el derecho a recibir información, este tema sí fue discutido por la Comisión Constituyente. Así, bien vale la pena tener presente, cómo fue entendido el derecho a recibir información en la discusión del anteproyecto. El comisionado Evans –quién se refirió a este tema indicó que a su juicio “hay dos bienes jurídicos protegidos, cautelados por esta garantía: uno de carácter individual, que es el derecho a emitir opiniones, a dar informaciones. Y otro, de tipo colectivo, que es el que tiene la comunidad toda de recibir las opiniones y las informaciones que se le proporcionan”.¹¹¹

Si bien se tuvo en vista resguardar de manera expresa en la Constitución el derecho a recibir opiniones, en ningún caso fue entendido como el derecho a recibir un tipo de información específica, ni tampoco como una obligación del Estado a tener que proveer un determinado tipo de información. La Corte Europea de Derechos Humanos ha interpretado este derecho en el sentido anteriormente expresado, ya que reitera que la libertad de recibir información, prevista en párrafo 2 del artículo 10¹¹² de la Convención prohíbe básicamente al gobierno restringir a una persona la posibilidad de recibir información que otros quieran o estén dispuestos a brindarle. Esa libertad no puede ser entendida en el sentido de imponer al Estado obligaciones positivas de recoger y difundir información por su propia cuenta.¹¹³

También se consagra este derecho a recibir información en el artículo 13.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que dispone lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, **recibir** y difundir informaciones e ideas de toda

¹¹¹ Sesión 232° de 13 de julio de 1976, Actas Oficiales de la Comisión Constituyente

¹¹² Artículo 10 párrafo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: “El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

¹¹³ *Vid* ABRAMOVICH y COURTIS (2000) 3.

índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección” (el destacado es nuestro).

En este contexto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en relación a cómo entiende la dimensión social de la libertad de expresión. De esta manera ha señalado que en “su dimensión social la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Así como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus puntos de vista implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias...”¹¹⁴ La Corte profundizó esta posición en el caso La Última Tentación de Cristo.¹¹⁵

Además, ésta última ha dicho que las “las dos dimensiones mencionadas (supra 30) de la libertad de expresión deben ser garantizadas simultáneamente. 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 a criterio del censor. **Como tampoco sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista**” (el destacado es nuestro).¹¹⁶

Así las cosas, la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva, viene a respaldar la idea que el derecho a recibir información no tiene que ver con imponer determinado tipo de mensaje a los medios de comunicación, sino que más bien, como un derecho de la sociedad a tener acceso a la

¹¹⁴ Opinión Consultiva OC 5/85 de 13 de noviembre de 1985 párrafo 32

¹¹⁵ Casos La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos vs Chile), 5 de febrero de 2001, párrafo 66: “Con respecto a la segunda dimensión del derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención, la social, es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.”

¹¹⁶ Opinión Consultiva OC 5/85 de 13 de noviembre de 1985 párrafo 33

información que se emite, por lo que mal se puede argumentar la doble dimensión de la libertad de expresión como justificación de la imposición de campañas de utilidad pública gratuitas.

III. Conclusiones

El punto central planteado en este trabajo se relaciona con los estándares que está utilizando el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia reciente, en aquellos casos relacionados con la libertad de expresión y, específicamente, relacionados con la televisión.

En este contexto, planteamos ciertas preguntas en la introducción que a nuestro juicio, fue posible contestar durante el desarrollo de esta tesis.

Se puede señalar que el Tribunal Constitucional ha utilizado de manera amplia la doctrina del estatuto especial de la televisión, como criterio común para considerar como constitucional una serie de cargas dispuestas por normas analizadas en este trabajo. De este modo, el Tribunal Constitucional invocó elementos como el fuerte impacto que tiene la televisión en las personas y el espectro radioeléctrico reducido, como justificación para el establecimiento de obligaciones y regulaciones sobre los canales de televisión.

Sin embargo, estos elementos, que en su momento habilitaron la imposición de ciertas regulaciones (Franja electoral para las elecciones generales por ejemplo), en la actualidad ya no están vigentes. Por una parte, hoy existen otras plataformas tecnológicas para informarse y para opinar (en definitiva para ejercer el derecho a libertad de expresión) y por otro lado a través de la implementación de la televisión digital, el espectro radioeléctrico será aprovechado de una mejor manera.

De esta forma, serán muchos más los concesionarios que podrán entrar al mercado de la televisión, no solo nacionales, sino que también regionales, locales y locales comunitarios. En definitiva, la concepción que ha asumido el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia reciente en materia de televisión es anacrónica y no toma en consideración los avances tecnológicos que ha habido en materia de medios de comunicación.

Finalmente, resulta necesario reflexionar sobre la conveniencia de mantener un estatuto constitucional especial para la televisión. En la actualidad, parece

necesario avanzar hacia una desregulación de este medio de comunicación, más que permanecer en la vía de seguir imponiéndole cargas (que están sustentadas en concepciones desactualizadas sobre el rol que debiera cumplir la televisión en la sociedad). Una alternativa a lo anterior que podría ser explorada es la aplicación de un mismo estatuto constitucional para todos los medios de comunicación.

En relación al tratamiento que el Tribunal Constitucional le da al tema de las cargas públicas, quizás lo más preocupante es la diferencia que dicha Magistratura hace entre cargas reales y cargas personales, para efectos de una posible indemnización. Así, no se advierte en su argumentación, razones para considerar justo el otorgamiento de indemnización en el caso de las cargas personales, descartando dicha posibilidad en las cargas reales. Tratándose de temas tan importantes como la libertad de expresión, no parece suficiente la referencia que hace el Tribunal a su jurisprudencia previa para justificar esta diferencia.

A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional no realizó un análisis concreto de cada caso, aplicando sólo un criterio genérico utilizado en sentencias previas.

Respecto al análisis cuantitativo que hace el Tribunal en relación a las cargas públicas impuestas en el caso *Franja de Primarias* y en el caso *Televisión Digital*, éste parece insuficiente. Primero, porque no se basa en estándares objetivos y demostrables y segundo, porque no se realiza un examen cualitativo del tema. Habría sido necesario tomar en consideración el principio de igualdad de las cargas públicas (Artículo 19 N°20) antes de descartar una indemnización a los canales de televisión afectados por las medidas legislativas ya referidas.

Finalmente, en relación con la arista de las cargas públicas, consideramos riesgoso –como precedente- que el Estado se atribuya la facultad de imponer cargas a los particulares sin ningún tipo de limitación, teniendo solo como habilitación previa, la entrega de una concesión o un permiso, por parte del Estado.

A nuestro juicio, el Tribunal Constitucional no ha tomado 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.

En materia del derecho colectivo a recibir información, nos parece que el Tribunal Constitucional no hace una interpretación correcta del mismo, ya que este derecho no implica que el Estado tenga que proveer de la información, o que se obligue a los medios de comunicación a entregar determinado tipo de mensaje, sino que más bien, que los particulares tengan derecho a acceder a aquella información que es transmitida por los medios, sin grandes restricciones.

Los criterios del Tribunal Constitucional previamente analizados constituyen precedentes de gran importancia e inclinan la balanza hacia una injerencia regulatoria preocupante para el futuro de la televisión y de los demás medios de comunicación.

Bibliografía

1. ABRAMOVICH Víctor y COURTIS Cristián (2004): *“El acceso a la información como derecho”* (Abogados Voluntarios, Buenos Aires).
2. ARNOLD Rainier, MARTÍNEZ José Ignacio y ZUÑIGA Francisco (2012): *“El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”* (Estudios Constitucionales, Talca, Año 10 N°1, 2012).
3. 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, 2008).
4. BALKIN Jack M. (2011): *“Living Originalism”*, *The Belknap Press of Harvard University Press*.
5. BARENDT Eric (2005): *“Freedom of Speech, Second Edition”*, *Oxford University Press*.
6. BUSTILLO René (2011): *“Un modelo institucional para la regulación en materia de convergencia tecnológica en América Latina”* (Estudio realizado por la División de Desarrollo Productivo y Empresarial de la Comisión Económica para América Latina, septiembre 2011).
7. CÁMARA DE DIPUTADOS (2008): Mensaje Proyecto de Ley que permite la introducción de la televisión digital terrestre (Boletín 6190-19).
8. CASADO Lucía (2008): *“La configuración de la televisión de titularidad del Estado como servicio público en la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal”* (Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria, 2008).
9. CEA José Luis (2004): *“Derecho Constitucional Chileno, Tomo II, Derechos, Deberes y Garantías”* (Santiago, Editorial Universidad Católica de Chile).
10. Consejo Nacional de Televisión (2011): VII Encuesta Nacional de Televisión, Departamento de Estudios.

11. Consejo Nacional de Televisión (2012): *Reseña de la Historia de la Televisión en hogares chilenos*, Departamento de Estudios.
12. 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).
13. EVANS Eugenio (1999): *"Los derechos constitucionales, Tomo II"* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
14. FERMANDOIS Arturo (2005): *"Regulación, tributos y propiedad, Tomo II"*, (Santiago, Editorial Universidad Católica de Chile).
15. FUENTES TORRIJO Ximena (2002): *"La protección de la libertad de expresión en el sistema interamericano de derechos humanos y la promoción de la democracia"* (Valdivia, Revista de derecho Valdivia, v 13, año 2002)
16. GARGARELLA Roberto (2009): *"Teoría y Crítica del Derecho Constitucional, Tomo I Democracia"* (Buenos Aires, Abeledo Perrot).
17. GODOY Sergio (2007): *"TV Digital en Chile: Regulación y modelos negocio"* (Santiago, Cuadernos de Información N°21, Pontificia Universidad Católica de Chile).
18. HUBE Constanza (2011): *"Expropiaciones Regulatorias: Criterios del Tribunal Constitucional"* (Tesis para optar al grado de licenciado en derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile).
19. MONTT Santiago (2002): *"El Dominio Público, Estudio de su Régimen Especial de Protección y Utilización"* (Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur, Lexis Nexis).
20. OFFICE OF COMMUNICATION (OFCOM) and BBC Trust (2007): *"Memorandum of Understanding between the Office of Communications (Ofcom) and the BBC Trust"*
21. Organización de Estados Americanos (2010): *"Principios sobre la regulación de la publicidad oficial en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos"* (año 2010).

22. RAJEVIC Enrique (1996): *“Limitaciones, Reserva Legal y Contenido esencial de la Propiedad Privada”*, (Santiago, Revista Chilena de Derecho, Volumen 23 N°1, enero – abril 1996).
23. SABA Roberto (2007): *“Censura indirecta, publicidad oficial y diversidad”*, (Publicación de la Asociación por los Derechos Civiles, Desafíos y oportunidades para la promoción, defensa y ejercicio de la libertad de expresión en Argentina: hacia la definición de una agenda de trabajo, año 2007).
24. SILVA BASCUÑÁN Alejandro (2008): *“Tratado de Derecho Constitucional, Tomo XII, de los derechos y deberes constitucionales”* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
25. STRAUSS David (2010): *“The Living Constitution”*, Oxford University Press.
26. VERGARA Alejandro (1999): *“Naturaleza Jurídica de los bienes nacionales de uso público”* (Ius Publicum N° 3, Santiago).
27. VIVANCO Ángela (2006): *“Curso de Derecho Constitucional: Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980, Tomo II”*, (Santiago, Editorial Universidad Católica de Chile).
28. ZÁRATE Sebastián (2013): *“La censura previa y el estado regulador: propuestas para una configuración”* (Santiago, Revista Chilena de Derecho, vol 40 N°1, año 2013).
29. ZAPATA Patricio (2008): *“Justicia Constitucional, Teoría y Práctica en el derecho chileno y comparado”* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Normas citadas

1. Constitución Política de la República
2. Convención Americana de Derechos Humanos

3. Convenio Europeo de Derechos Humanos
4. Ley que modifica Ley N°18.700, orgánica constitucional sobre votaciones populares y escrutinios (Ley N°18.808).
5. Ley que establece la obligación de los canales de televisión de libre recepción de transmitir propaganda electoral para las elecciones primarias presidenciales (Ley N°20.681).
6. Ley que regula la inscripción automática, modifica el servicio electoral y moderniza el sistema de votaciones (Ley N°20.568).

Jurisprudencia Citada

1. *Ley de Prensa* (1995): Tribunal Constitucional, Rol N°226, 30 de octubre de 1995.
2. *People Meter 1* (2013): Tribunal Constitucional, Rol N°2358, 9 de enero de 2013.
3. *Franja de Primarias* (2013): Tribunal Constitucional, Rol N°2487, 21 de junio de 2013.
4. *People Meter 2* (2013): Tribunal Constitucional, Rol N°2509, 24 de septiembre de 2013.
5. *Televisión Digital* (2013): Tribunal Constitucional, Rol N°254, 18 de noviembre de 2013.
6. *La Última Tentación de Cristo* (2001): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Olmedo Bustos vs Chile, 5 de febrero de 2001.

Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución

1. Sesión 19ª (21 de diciembre de 1973).
2. Informe de la subcomisión de reforma constitucional encargada de redactar el estatuto jurídico de los medios de comunicación social, 4 de octubre de 1973.
3. Sesión 232º (13 de Julio de 1976).