

MINUTA

Para : Miembros de las comisiones de Constitución, Legislación, Justicia, y de Obras Públicas, Transportes y Telecomunicaciones de la Honorable Cámara de Diputados

De : José Francisco García G.¹
Profesor de Derecho Constitucional P. U. Católica de Chile

Fecha : 16 de diciembre de 2013

Ref. : Proyecto de ley que permite la introducción de la televisión digital terrestre (Boletín N° 6190-19)

La presente minuta tiene por objeto, respecto del proyecto de ley que permite la introducción de la televisión digital terrestre, Boletín N° 6190-19, examinar, si desde la perspectiva constitucional, existiría alguna objeción respecto de las observaciones formuladas por el Presidente de la República, ingresada el 15 de noviembre (y que se da cuenta el 20 de noviembre), en aquellas materias que fueron objeto de la sentencia del Tribunal Constitucional (TC) STC Rol N° 2541-13, de 18 de noviembre, producto de requerimiento parlamentario presentado por un grupo de 36 diputados.

Dicho requerimiento fue casi en su totalidad rechazado, y decía relación con (i) el concepto de pluralismo que se establece en el proyecto y el deber de promoverlo; (ii) la obligación de transmitir campañas de utilidad e interés público; (iii) la denominada “segunda concesión” entregada a TVN; y (iv) el establecimiento del *must-carry*².

Para este informante, las observaciones concretas formuladas por el Presidente examinadas, no sólo son constitucionales desde la perspectiva de sus potestades, sino, plenamente conciliables con los estándares fijados por el TC en el fallo de la referencia. Así, es relevante señalar que este documento no se pronunciará respecto de las cuestiones de mérito o la bondad de las justificaciones

¹ Abogado. Licenciado en Derecho y Magíster en Derecho Público (Constitucional) de la P.U. Católica de Chile. Máster y Doctor en Derecho de la U. de Chicago (EE.UU.). Realizó estudios postdoctorales en la Facultad de Derecho de la U. de Oxford (U.K.). Es Coordinador de Políticas Públicas de LyD desde agosto de 2011 y Profesor de Derecho Constitucional en la P.U. Católica de Chile (desde 2004).

² El proyecto de ley establece la obligación a los permisionarios de servicios limitados de televisión de difundir, en la región o localidad en que operen, y siempre que sea técnicamente factible, a lo menos cuatro canales regionales, locales o locales de carácter comunitario en sus respectivas grillas o parrillas programáticas. Le corresponderá al CNTV decidir mediante concurso público qué canales deberán ser difundidos por dichos permisionarios.

esgrimidas en el requerimiento parlamentario ante el TC, el fallo del TC, o las observaciones del Ejecutivo, sino la objeción precisa que se busca contestar.

Asimismo, es relevante señalar que en el considerando 10° de la sentencia del TC se establece expresamente, al examinar la obligación de las campañas de interés público o de utilidad pública, que el reciente veto introducido por el Ejecutivo al proyecto implica “transformar muchas de las objeciones planteadas en cuestiones de mérito, puesto que se solucionan dentro de la dinámica legislativa” y que el TC “tendrá en cuenta esta variable al momento de examinar los reproches”.

Bajo este contexto, a continuación nos referiremos a los tres aspectos del proyecto examinado que fueron tanto parte del fallo del TC, como objeto de observaciones por parte del Presidente. Se debe puntualizar entonces que el Presidente no formuló observaciones a la obligación de *must-carry*.

I. Marco general para evaluar la controversia sometida a análisis.

1. La Constitución Política de la República (CPR) entrega al Presidente la posibilidad de formular observaciones a los proyectos de ley en términos amplios de acuerdo a lo establecido en el artículo 73 de la CPR, estableciéndose como única restricción de que se viole la regla de ideas matrices o fundamentales del proyecto. También se entrega al Congreso Nacional actuar como contrapeso, sede en la que, por lo demás, se toma la definición final en esta materia.
2. Con todo, es lógico que, no obstante el veto no puede reponer una norma declarada inconstitucional en el mismo proyecto, sí pueda reemplazar una norma declarada constitucional por el TC, debido a que:
 - a. De lo contrario se reduciría facultad presidencial constitucional.
 - b. El TC no puede sustraer una norma del libre debate legislativo. De lo contrario la declaración de constitucionalidad se convertiría en una suerte de intangibilidad, y nuestro sistema jurídico no tiene normas intangibles ni pétreas.
 - c. **La jurisprudencia del TC, en particular a través del uso de ciertos estándares o tests de revisión judicial, como el caso de la *deferencia razonada* o el *test de proporcionalidad*, es bastante robusta en el sentido de que el TC no efectúa un control de mérito acerca de los medios regulatorios elegidos por el legislador para avanzar en sus fines; el establecer que existe una desproporcionalidad de medios es una cuestión extraordinaria y excepcional, y sólo posible en la medida en que el gravamen que dichos medios imponen sobre derechos fundamentales sea intolerable ante la CPR.**

- d. Las observaciones del Presidente tampoco cuestionan la autoridad del TC en sus poderes de control (que es siempre negativo, nunca positivo). Proponer una nueva norma no es creer que la anterior sea inconstitucional.

II. Concepto de pluralismo. Promoción.

3. El Presidente propone eliminar (veto supresivo) del segundo párrafo de la letra d) del numeral 1 del artículo 1º, las frases “promover en los contenidos entregados” y “, excluyendo aquellos que atenten contra los mismos”.
4. Así, el nuevo artículo 1º inciso quinto quedaría planteado en los siguientes términos: *“Para efectos de esta ley, se entenderá por pluralismo el respeto a la diversidad social, cultural, étnica, política, religiosa, de género, de orientación sexual e identidad de género, siendo deber de los concesionarios y permisionarios de servicios de televisión, regulados por esta ley, ~~promover en los contenidos entregados la observancia de estos principios, excluyendo aquellos que atenten contra los mismos.~~”*
5. Lo primero que se debe destacar en esta materia, es que la supresión de la frase *“excluyendo aquellos que atenten contra los mismos”*, fue declarada inconstitucional por el TC en el fallo. En este sentido, la observación del Presidente sigue fielmente la pauta establecida por el TC.
6. Respecto de la supresión de la frase *“promover en los contenidos entregados”*, se trata de una cuestión que formó parte del requerimiento parlamentario, y el TC no aceptó declarar su inconstitucionalidad. Es relevante señalar en este punto, que el fallo no se pronuncia específicamente sobre la cuestión de la promoción; sólo encontramos en la prevención de los ministros Vodanovic, Fernández, Carmona, García y Hernández, que se trata de una promoción “de los contenidos”; ello no implicaría crear contenidos ad hoc que promuevan el pluralismo, sino que “se trata de garantizar ‘en los contenidos’, decididos libremente por el canal, que se respeten reglas básicas de dignidad humana” (7º).
7. Así, y en la medida en que en la observación del Presidente se mantiene la obligación de los concesionarios de observar los principios contenidos en la nueva definición de pluralismo, eliminar la frase en torno a la promoción podría ser objeto de controversia de mérito, pero no una de naturaleza constitucional: el Presidente está interviniendo en el orden de los medios regulatorios posibles –orden en que, como sabemos, el TC es deferente respecto del legislador–; ello en caso alguno implica desatender el fallo del TC que declaró dicha promoción como constitucional.

III. Campañas de interés público o utilidad pública.

8. En esta materia, es relevante precisar que el requerimiento buscó declarar inconstitucional la totalidad de la nueva letra m) del artículo 12 de la Ley N° 18.838, que crea el CNTV.

9. **También es relevante el considerando 10° de la sentencia que establece expresamente que el reciente veto introducido por el Ejecutivo al proyecto implica “transformar muchas de las objeciones planteadas en cuestiones de mérito, puesto que se solucionan dentro de la dinámica legislativa” y que el TC “tendrá en cuenta esta variable al momento de examinar los reproches”.**
10. En primer lugar, el Presidente propone suprimir en el párrafo segundo de la letra g) del número 8 del artículo primero del proyecto de ley, la frase que señala: “las autoridades competentes, para estos efectos”. Ello implica que el artículo 12 letra m) en su inciso segundo quedaría: “*Se entenderá por campaña de interés público aquellas transmisiones diseñadas por ~~las autoridades competentes, para estos efectos~~ el Ministerio Secretaría General de Gobierno, que se han de emitir con el objeto de proteger a la población y difundir el respeto y promoción de los derechos de las personas. Las campañas de interés público podrán tener carácter nacional o regional y deberán ser transmitidas con subtítulo y lenguaje de señas de acuerdo a lo establecido en el artículo 25 de la ley N° 20.422.*”.
11. Se trata, en suma, de precisar que el diseño de las campañas de interés público quedará entregada al Ministerio de Secretaría General de Gobierno.
12. En segundo lugar, el Presidente propone sustituir en el párrafo segundo de la letra g) del número 8 del artículo primero del proyecto de ley, la frase que señala: “y difundir el respeto y promoción de los derechos de las personas” por “de riesgos o amenazas tales como catástrofes naturales o epidemias”. Así, el artículo 12 letra m) inciso segundo del proyecto quedaría en los siguientes términos: “*Se entenderá por campaña de interés público aquellas transmisiones diseñadas por ~~las autoridades competentes, para estos efectos~~ el Ministerio Secretaría General de Gobierno, que se han de emitir con el objeto de proteger a la población ~~y difundir el respeto y promoción de los derechos de las personas~~ de riesgos o amenazas tales como catástrofes naturales o epidemias. Las campañas de interés público podrán tener carácter nacional o regional y deberán ser transmitidas con subtítulo y lenguaje de señas de acuerdo a lo establecido en el artículo 25 de la ley N° 20.422.*”.
13. La observación que formula el Presidente busca, nuevamente en el orden de los medios regulatorios, especificar que las campañas de interés público tienen un objeto preciso: proteger a la población de riesgos o amenazas tales como catástrofes naturales o epidemias. Ello, en nada contraría la sentencia del TC en el sentido de que sea de la esencia de las campañas de interés público, su finalidad, el difundir el respeto y promoción de los derechos de las personas, pudiendo ser este objetivo, uno más entre los posibles.
14. En tercer lugar, el Presidente propone agregar en el párrafo quinto de la letra g) del número 8 del artículo primero del proyecto de ley la frase “, por una sola vez,” entre las palabras “renovarse” y “siempre”. El nuevo artículo 12

letra m) inciso quinto quedarían entonces redactado en los siguientes términos: *“La limitación de cinco semanas al año podrá renovarse, por una sola vez, siempre que sea necesario bajo consideraciones de especial relevancia e interés público. Para ello se requerirá el acuerdo de siete de sus miembros en ejercicio. Sobre esta extensión los concesionarios de servicios de televisión y los permisionarios de servicios limitados de televisión podrán cobrar al Estado la exhibición de estas campañas a las tarifas no mayores y descuentos no menores que los que ofrezcan a cualquier cliente de publicidad comercial.”*

15. Nuevamente estamos en presencia de una observación en el ámbito de los medios regulatorios posibles para alcanzar el objetivo de estructurar el marco de las campañas de interés público. En efecto, la observación del Presidente simplemente agrega una calificación respecto de la limitación de la referencia, al establecerse que la renovación podrá ocurrir por una sola vez. Se trata de una cuestión relevante no sólo porque agrega certeza en esta materia, sino porque se establece un medio regulatorio menos intenso del existente en el proyecto, lo cual es positivo desde la perspectiva del test de proporcionalidad.
16. Finalmente, en cuarto lugar, el Presidente propone agregar en la letra g) del número 8), que agrega una letra m) al artículo 12 de la ley 19.838, el siguiente párrafo final nuevo: *“Las concesionarias podrán determinar la forma y contenido de los spot, pero los someterán a aprobación previa del Consejo, el que verificará el cumplimiento de las normas generales e instrucciones a que hace referencia esta letra. La aprobación se dará conforme con el inciso primero del artículo quinto. En caso de que la concesionaria decida no hacer uso de este derecho relativo a los spot, deberá transmitir las campañas diseñadas por el Ministerio Secretaría General de Gobierno”*.
17. Al igual que respecto del punto anterior, estamos en presencia de una observación en el ámbito de los medios regulatorios posibles para alcanzar el objetivo de estructurar el marco de las campañas de interés público. La observación del Presidente parece positiva desde la perspectiva del test de proporcionalidad, al permitirle al concesionario la posibilidad determinar la forma y contenido de los *spot*, pero bajo una serie de condiciones, e incluso, de no ejercer este derecho, la regla por *default* es transmitir la campaña diseñada por el Ministerio Secretaría General de Gobierno.

IV. Segunda concesión de TVN.

18. En esta materia el requerimiento buscó declarar la inconstitucionalidad de la totalidad de la parte final del inciso 11° del artículo 15 nuevo de la Ley N° 18.838 que crea el CNTV.
19. El Presidente propone eliminar la frase contenida en el párrafo 11 del número 14 del artículo 1° del proyecto de ley, que señala “de señales de la propia concesionaria de carácter regional o”. Así, el nuevo artículo 15 inciso

11° quedaría redactado en los siguientes términos: “, salvo que se trate de una segunda concesión con medios propios a que puede optar Televisión Nacional de Chile, y que tenga por objeto la transmisión ~~de señales de la propia concesionaria de carácter regional~~ o de otros concesionarios que no cuenten con medios propios, en cuyo caso se entenderá que la capacidad de transmisión de esta nueva concesión constituirá un remanente para todos los efectos contemplados en el artículo 17”.

20. Habiendo el TC rechazado la impugnación de inconstitucionalidad formulada en el requerimiento parlamentario, la observación del Presidente tiene un sentido muy limitado: el que la segunda concesión de TVN sólo pueda tener por objeto la transmisión de otros concesionarios que no cuente con medios propios. Obviamente es parte de una legítima discusión política el si la supresión de transmitir señales de la propia concesionaria de carácter regional sea o no adecuada, pero dicha opción por parte del Ejecutivo, en nada contradice la sentencia del TC.

V. Conclusión.

21. Para este informante, las observaciones concretas formuladas por el Presidente examinadas, no sólo son constitucionales desde la perspectiva de sus potestades, sino, plenamente conciliables con los estándares fijados por el TC en el fallo de la referencia, de acuerdo a lo expuesto en este documento.
22. Destaca asimismo, el que en el considerando 10° de la sentencia del TC se establece expresamente, al examinar la obligación de las campañas de interés público o de utilidad pública, que el reciente veto introducido por el Ejecutivo al proyecto implica “transformar muchas de las objeciones planteadas en cuestiones de mérito, puesto que se solucionan dentro de la dinámica legislativa” y que el TC “tendrá en cuenta esta variable al momento de examinar los reproches”.