

Santiago, nueve de enero de dos mil trece.

VISTO:

Mediante presentación de fecha 28 de noviembre de 2012, 31 señores Diputados, que representan más de la cuarta parte de los diputados en ejercicio, solicitaron a esta Magistratura que declare la inconstitucionalidad del N° 9 del artículo único del proyecto de ley que "*Permite la introducción de la televisión digital terrestre*", contenido en el Boletín N° 6190, por ser contrario a lo dispuesto en los N°s 12° y 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Señalan que la norma impugnada, en primer trámite constitucional, introducía en su artículo único diversas modificaciones a la Ley N° 18.838, que crea el Consejo Nacional de Televisión, agregando en el N° 9 un inciso final al artículo 13 que prohíbe, en términos absolutos, la utilización de sistemas de medición de audiencia en línea, comúnmente conocido como *people meter on line*, bajo pena de sanciones, que van desde amonestaciones hasta la suspensión de las transmisiones por un plazo de 7 días, pasando por multas, que varían entre 20 y 200 Unidades Tributarias Mensuales.

En cuanto al origen de la norma impugnada, expresan que ésta no venía incluida en el Mensaje Presidencial que dio inicio a la tramitación del proyecto, y fue rechazada en dos oportunidades en las Comisiones de Ciencia y Tecnología y de Cultura y las Artes de dicha Corporación,

incluyéndosela como indicación renovada durante la discusión del proyecto, para ser en definitiva aprobada. Durante la discusión en la Cámara, la diputada Sra. María Antonieta Saa manifestó, en síntesis, que el sistema de medición *on line* sería el causante de la mala calidad de la televisión, al manipular el contenido original de los programas, generar tensión en los que participan en los mismos, explotar una imagen sexista de la mujer y aumentar los costos de la publicidad.

La parte requirente agrega que la prohibición contenida en la norma impugnada es inconstitucional desde una doble perspectiva:

1.- Desde el punto de vista de los canales de televisión, titulares de las garantías de la libertad de emitir opinión e informar, contemplada en el inciso primero del N° 12° del artículo 19 de la Constitución y del derecho a establecer, operar y mantener estaciones de televisión, que la Carta Fundamental les reconoce en el inciso quinto del mismo numeral, la norma impugnada les impide la utilización de un instrumento útil e idóneo para seleccionar y definir los contenidos e informaciones que desean emitir, constituyéndose así en una forma de censura previa indirecta, prohibida en la Carta Fundamental, incompatible con una visión integral y moderna de la garantía de la libertad de expresión.

Aduce que el núcleo de este derecho constitucional, esencial para la democracia, está dado por la frase "*sin censura previa*", contenida en el inciso primero del N° 12° del artículo 19 de la Constitución, ya que sólo así se garantiza un libre flujo de ideas, opiniones e informaciones.

Argumenta que la interdicción de la censura previa no se aplica únicamente a intentos de controlar o impedir directamente la emisión de determinado contenido, sino que debe entenderse como una protección ante cualquier acción destinada a entorpecer, dificultar u obstaculizar, de modo directo o indirecto, la decisión de un medio de comunicación de seleccionar y emitir una opinión o información. Entendida así la censura previa, la norma impugnada participa de su naturaleza, al impedir a los medios de comunicación el uso de un instrumento que estiman útil y necesario para discriminar y decidir qué contenidos emitir.

Sostiene que la estructura de la libertad de expresión no admite límites preventivos a los medios de comunicación, en cuanto a contenidos ni a la forma de seleccionar o decidir su emisión, sino que únicamente establece la responsabilidad posterior de quien los emite, como límite ante abusos o delitos, estructura que es coincidente con el sentido amplio y garantista que ha reconocido a este derecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cita

al efecto sentencias de dicha Corte y de este Tribunal, esta última sobre la Ley de Prensa.

2.- Desde la perspectiva de los prestadores del servicio de medición de audiencia en línea, refiere que la prohibición impide de modo absoluto la utilización del *people meter on line*, lo que significa necesariamente que también se prohíbe la prestación de dicho servicio, ya que elimina de modo definitivo la demanda, elemento esencial de toda relación económica. De ahí que la norma prohíba el ejercicio de una actividad económica que se lleva a cabo respetando las normas legales que la regulan, sin que concurren los requisitos constitucionales para decretar tal prohibición, esto es, no siendo ella contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, con lo que se afecta el derecho a desarrollar una actividad económica lícita, garantizado en el N° 21° del artículo 19 de la Carta Fundamental.

En cuanto al rol de los sistemas de medición de audiencia en línea para los canales de televisión, sostiene que este instrumento les permite, entre otras cosas: evaluar la demanda de un espacio de modo automático; evaluar el grado de estabilidad de la audiencia en cada programa, con máxima transparencia y confiabilidad; determinar, en base a lo anterior, el precio que debe ofrecerse por cada espacio publicitario dentro de un programa; en definitiva, determinar qué contenido, opinión e información se emite y en qué momento.

Concluye que este es un instrumento neutro, esencial, funcional y relevante de comparación para las estaciones de televisión, ya que les permite determinar, con total transparencia y confiabilidad, el comportamiento instantáneo de la audiencia ante su programación.

Agrega que la prohibición que pretende imponer el legislador es la más grave de las sanciones en el plano civil, en torno a una actividad que durante años ha sido lícita.

Observa que siempre y en todo momento la decisión de qué contenido emitir está radicada íntegramente en el canal de televisión; de allí que si se estima que un determinado programa o sección de contenidos es contrario a la moral, el orden público o la seguridad nacional, lo que corresponde es que opere la institución del control represivo, previsto en la Carta Fundamental para velar por el correcto funcionamiento de la televisión.

Puntualiza que el proyecto dispone una prohibición de derechos constitucionales de modo genérico y absoluto, respecto de la totalidad de los interesados, con carácter indefinido, sin matices ni excepciones; sin justificar, balancear ni establecer los valores o derechos cuya protección se lograría con la prohibición, con lo que se constata la ausencia de toda proporcionalidad en el uso de la prohibición, bajo parámetros de idoneidad, necesidad

y proporcionalidad estricta, lo que transforma al proyecto en profundamente arbitrario.

Termina señalando que la facultad de prohibir una determinada actividad económica corresponde privativamente al juez por vía represiva, en el marco de un debido proceso. Cita al efecto a los profesores Evans de la Cuadra y Soto Kloss. Afirma que el legislador sólo podría actuar estatuyendo parámetros generales de prohibición, debiendo respetar la esencia del derecho a ejercer libremente actividades económicas, por mandato expreso del N° 26° del artículo 19 de la Carta Fundamental; conservar la generalidad de su mandato; actuar sólo excepcionalmente, cuando resulte imperioso como último recurso y restringirse estrictamente a las causales constitucionales, justificándolas debidamente.

La parte requirente, mediante presentación de fecha 12 de diciembre de 2012, que rola a fojas 94 y siguientes, hace presente adicionalmente que, en el Segundo Informe de las Comisiones Unidas del Senado, la norma impugnada se vio alterada, pasando a figurar ya no en el artículo único, sino que en el artículo primero, por la introducción de un artículo segundo, y pasó a ser inciso cuarto del artículo 13, en lugar de inciso final.

Por sendas resoluciones de fecha 20 de diciembre de 2012, se admitió a trámite el requerimiento y se lo declaró admisible, fijándose audiencia pública, tanto para oír a

los interesados como para la vista de la causa, para el día 3 de enero de 2013.

Con fecha 26 de diciembre de 2012, el Presidente de la República, en su calidad de órgano interesado, formuló observaciones complementando las argumentaciones contenidas en el requerimiento. Sostuvo, en síntesis, que la norma impugnada no sólo infringe derechos constitucionalmente reconocidos, sino que amenaza también con vulnerar principios básicos sobre los que se construye nuestro régimen democrático, además de no superar el examen de proporcionalidad necesario para proceder como propone la norma.

Subraya que el Ejecutivo ha mantenido una postura clara acerca de la norma, que, como se ha dicho, no fue incluida en el Mensaje presidencial, y cuando se incorporó, a instancia parlamentaria, estuvo por su eliminación.

Enfatiza que la prohibición es claramente desproporcionada al fin que se pretende obtener -mejorar la calidad de la televisión- ya que no hay elementos que permitan sostener, con razonable certeza, que el contenido en la programación televisiva mejorará prohibiendo el *people meter on line*; y, aun en la afirmativa, existen herramientas no gravosas, que no violentan derechos constitucionales, para elevar el estándar televisivo, fin que puede alcanzarse mediante otros mecanismos y de considerarse esta alternativa como la menos gravosa, el

grado de afectación de derechos, tratándose de una prohibición, es considerable.

Asevera que no se ha demostrado la relación entre el *people meter* on line y los contenidos de calidad en la programación de televisión y que tampoco los fundamentos de los parlamentarios al proponer y votar la norma impugnada, dan cuenta de razones fundadas o datos que comprueben, en lo más mínimo, dicha relación causa-efecto.

Relata que la norma impugnada tiende a simplificar una situación que es compleja e incurre en el error de considerar que las dificultades que presenta la televisión en Chile se resolverán fácilmente con la eliminación de un sistema de medición *on line*, lo que no garantiza un cambio en los contenidos de la programación televisiva, sino que simplemente significa imponer una restricción a los medios de comunicación, sin que ello reporte mejor calidad a su programación, pero sí una reducción en su espacio legítimo de libertad.

Finalmente, razona que la ley que se pretende modificar, así como el proyecto de ley en que se contiene la norma impugnada, incluyen herramientas que favorecen la calidad de los contenidos entregados en la programación de la televisión, sin intervenir los mismos, mencionando, entre otros, al Fondo del Consejo Nacional de Televisión.

Por resolución de fecha 27 de diciembre de 2012, escrita a fojas 162, se ordenó traer los autos en relación.

En la audiencia pública dispuesta realizar a fojas 114, fueron oídos el Asesor Legislativo de la H. Diputada María Antonieta Saa, señor Leonardo Estrade Bráncoli; la H. Diputada señora María Antonieta Saa y su abogado, señor Sebastián Abarca Fernández; el Secretario General de la Asociación Nacional de la Prensa, por la Federación Nacional de Medios de Comunicación de Chile A.G., abogado señor Sebastián Zárate Rojas y el Asesor Parlamentario señor Enrique Aldunate Esquivel.

Posteriormente, en la vista de la causa, luego de escuchar relación, alegó el abogado de los requirentes, señor Arturo Fermandois Vöhringer.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

I) CUESTIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD PLANTEADA.

PRIMERO: Que un órgano constitucionalmente legitimado ha formulado, durante la tramitación del proyecto de ley que "Permite la introducción de la televisión digital terrestre", cuestión de constitucionalidad ante esta Magistratura Constitucional, requiriendo la declaración de inconstitucionalidad del numeral 9° del artículo único del proyecto de ley iniciado por Mensaje del Presidente de la República, correspondiente al Boletín N° 6190. Al cabo del 2° Informe de las Comisiones Unidas del Senado, se produjo una alteración en la estructura del proyecto que, de acuerdo a la proposición, determinó la ubicación de la norma impugnada en el N° 9 del artículo 1° y no en el N° 9

del artículo único, como se encuentra en el proyecto despachado por la Cámara de Diputados y aprobado en general por el Senado, adjunto al requerimiento.

Como se optó asimismo por modificar completamente el artículo 13° de la Ley N° 18.838, la norma objeto del cuestionamiento quedó en definitiva como inciso cuarto del artículo 13 que propone el proyecto de las Comisiones Unidas, en su artículo 1°, N° 9;

SEGUNDO: Que el precepto impugnado, en lo pertinente, establece:

“Artículo 1°.- Introdúcense las siguientes modificaciones en la ley N° 18.838, que crea el Consejo Nacional de Televisión:

9. Sustitúyese el artículo 13 por el siguiente:

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

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

A juicio de los requirentes, la disposición transcrita es inconstitucional, en la medida que vulnera los derechos garantizados en los incisos primero y quinto del numeral 12° y en el ordinal 21° del artículo 19 de la Carta Fundamental;

TERCERO: Que, a su turno, las normas constitucionales citadas como transgredidas disponen, en lo que interesa:

“Artículo 19: La Constitución asegura a todas las personas:

“12°. La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado.” (Inciso primero).

“El Estado, aquellas universidades y demás personas o entidades que la ley determine, podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión.” (Inciso quinto)

“21°. “El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.” (Inciso primero).

Cabe tener presente que, durante el desarrollo de la audiencia de vista de la causa, el abogado patrocinante del requerimiento, concurrente a estrados, fue invitado, por conducto del Presidente del Tribunal, a extender sus

consideraciones respecto de fundamentos constitucionales distintos a aquéllos invocados por las partes en la litis, en mérito de lo autorizado en el artículo 69 de la Ley Orgánica Constitucional de este Tribunal y en el numeral 19° del Auto Acordado sobre Ingresos, Formación de Tablas y Vista de las Causas, emitido por esta Magistratura el 12 de noviembre de 2009. Quedó en tal virtud este órgano facultado para examinar, además de los invocados en el requerimiento, los preceptos de los artículos 1°, inciso tercero y 19, N° 2° de la Carta Fundamental, que también podrían haber sido transgredidos, como se evaluará en el desarrollo de este pronunciamiento.

La elucidación de la cuestión de constitucionalidad global requiere, empero, de un análisis previo acerca de la regulación en que se insertan las telecomunicaciones en general y la televisión en particular, en nuestro medio;

II) **REGULACIÓN LEGAL BÁSICA DE LAS TELECOMUNICACIONES Y LA TELEVISIÓN.**

II.1) El Consejo Nacional de Televisión.

CUARTO: Que nuestra Constitución Política, además de autorizar sólo al Estado y a las universidades “y demás personas o entidades que la ley determine, para establecer, operar y mantener estaciones de televisión” (inciso quinto del artículo 19, N° 12°, reproducido *supra*), consulta la existencia de un **Consejo Nacional de Televisión**, como un organismo autónomo y con personalidad jurídica, “encargado

de velar por el correcto funcionamiento de este medio de comunicación” (inciso sexto y final del artículo 19, N° 12°).

El acápite final de este último precepto, por su parte, encomienda a una ley de quórum calificado la determinación de *“la organización y demás funciones y atribuciones del referido Consejo”*. Dicha ley es la numerada 18.838, de 30 de septiembre de 1989, que crea el Consejo Nacional de Televisión -sucesor del ente de igual denominación establecido por la Ley N° 17.377, de 1970- y que es, precisamente, la que se busca modificar a través del proyecto de ley en el que se contiene el artículo cuyo mandato es materia del presente requerimiento;

QUINTO: Que el aludido órgano constitucional ha sido investido, en su citada ley orgánica, de facultades para *“velar por el **correcto funcionamiento** de los servicios de televisión”(énfasis añadido), encomendándosele “su supervigilancia y fiscalización, en cuanto al contenido de las emisiones que a través de ellos se efectúen...” (artículo 1°, inciso segundo). Y señala luego que:*

*“Se entenderá por **correcto funcionamiento** de esos servicios - puntualiza el inciso tercero de ese mismo artículo - **el permanente respeto, a través de su programación, a los valores morales y culturales propios de la Nación; a la dignidad de las personas; a la protección de la familia; al pluralismo; a la democracia; a la paz; a la protección del medio***

ambiente, y a la formación espiritual e intelectual de la niñez y la juventud dentro de dicho marco valórico" (énfasis nuestro).

A riesgo de ser reiterativo, cabe señalar que el artículo 12 de su normativa orgánica insiste en la función del Consejo: de *"a) Velar porque los servicios de radiodifusión*

televisiva de libre recepción y los servicios limitados de televisión se ajusten estrictamente al 'correcto funcionamiento', que se establece en el artículo 1° de esta ley" (énfasis y comillas añadidos);

SEXTO: Que, si bien al Consejo le está vedado "intervenir en la programación de los servicios de radiodifusión televisiva de libre recepción y en la de los servicios limitados de televisión" (artículo 13°, inciso primero), ello no es óbice para que se le faculte a fin de *"establecer que las concesionarias deberán transmitir una hora de programas culturales a la semana, entendiéndose por tales los dedicados a las artes o a las ciencias. Estas transmisiones deberán hacerse en horas de alta audiencia, quedando a criterio de cada concesionaria determinar el día y la hora dentro de dicho horario."* (Artículo 12°, literal 1). (Énfasis añadido).

Asimismo, haciendo hincapié en el rol de supervigilancia que la ley le asigna respecto de los valores culturales de la sociedad, el ente fiscalizador tiene el deber de *"dictar normas generales para impedir efectivamente la transmisión*

de programas que contengan violencia excesiva, truculencia, pornografía o participación de niños o adolescentes en actos reñidos con la moral o las buenas costumbres.

“Se considerará como circunstancia agravante el hecho que la infracción se cometa en horas de transmisión a las que normalmente tenga acceso la población infantil” (artículo 12°, literal 1, incisos segundo y tercero);

SÉPTIMO: Que, adicionalmente, el Consejo es instado legalmente a: *“a) adoptar las medidas tendientes a evitar la difusión de películas que no corresponda calificar al Consejo de Calificación Cinematográfica y de programas o publicidad que atenten contra la moral, las buenas costumbres o el orden público; b) determinar la hora a partir de la cual podrá transmitirse material fílmico calificado para mayores de 18 años de edad por el Consejo de Calificación Cinematográfica, y c) fijar, de manera general, un porcentaje de hasta un 40% de producción chilena de los programas que transmitan los canales de servicios de radiodifusión televisiva de libre recepción. Dentro de este porcentaje podrá incluir la exhibición de películas nacionales” (artículo 13°, inciso primero).*

No obstante la libertad de programación reconocida a los servicios televisivos, la ley les prohíbe expresamente “la transmisión o exhibición de películas calificadas con contenido pornográfico o excesivamente violento por el

Consejo de Calificación Cinematográfica, tratándose de los servicios de radiodifusión televisiva de libre recepción" (artículo 13°, inciso final).

Y finalmente, como directa consecuencia de su derecho de libre programación, "los canales de servicio de radiodifusión televisiva de libre recepción y de servicios limitados de televisión, **serán exclusiva y directamente responsables de todo y cualquier programa, nacional o extranjero, que transmitan,** aun cuando se trate de transmisiones o retransmisiones vía satélite" (inciso segundo del artículo 13°)(énfasis añadido).

II.2) Los servicios de televisión regulados.

OCTAVO: Que, como quiera que la prohibición de uso de sistemas de medición de audiencia en línea es aplicable a los prestadores de **servicios de radiodifusión televisiva de libre recepción y de servicios limitados de televisión,** resulta pertinente determinar cuáles son esos servicios y cómo se regula, en lo fundamental, su operación y funcionamiento.

Denomínase "**radiodifusión televisiva**" a un servicio de telecomunicaciones que permite difundir información compuesta de audio e imagen y cuyas transmisiones están destinadas a la recepción libre y directa del público en general (artículo 3°, letra a) de la Ley General de Telecomunicaciones N° 18.168, de 2 de octubre de 1982).

En tanto que **servicios limitados de televisión** son aquellos servicios de telecomunicaciones cuyo objeto es satisfacer necesidades específicas de telecomunicaciones de determinadas empresas, entidades o personas previamente convenidas con éstas. Estos servicios pueden comprender los mismos tipos de emisiones mencionados en los servicios de libre recepción o radiodifusión y su prestación no podrá dar acceso a tráfico desde o hacia los usuarios de las redes públicas de telecomunicaciones (artículo 3°, citado supra, literal c).

Los referidos servicios limitados de televisión pueden ser de varias clases: por cable, satelital, de uso experimental y de televisión multicanal en 2.6 GHz, clasificación que se desprende de lo dispuesto en los artículos 3°, letra c) y 9°, ambos de la Ley General de Telecomunicaciones.

Lo importante de esta categorización es que, como lo ha determinado la Excma. Corte Suprema en sentencia recaída en el Rol N° 2945, de 21 de septiembre de 2012, las atribuciones del Consejo Nacional de Televisión se extienden a toda clase de servicios televisivos, abiertos o limitados, toda vez que *“cualquiera que sea la forma en que se proporcione la señal de televisión, sea en forma abierta, por cable o satelital, siempre quedará sujeta al cumplimiento de las normas que imponen la ley y la autoridad”* (considerando 6° de la sentencia sustitutiva). Luego, no cabe sino deducir que también la televisión por cable y las demás variedades antes relacionadas, quedan

sujetas a la supervigilancia y fiscalización del Consejo Nacional de Televisión, aproximación cuya trascendencia será analizada más adelante;

III) **FINES DE LA MEDIDA DISPUESTA EN LA NORMA LEGAL
IMPUGNADA.**

NOVENO: Que el objetivo de la prohibición de uso de sistemas de medición de audiencia en línea en los servicios televisivos concernidos -en la percepción de sus sostenedores- se orientaría a mejorar la calidad de la televisión, a objeto de evitar la manipulación de programas que alteran su contenido original; la explotación de una imagen sexista de la mujer y el aumento artificial de los costos de publicidad.

Empero, este Tribunal no acierta a avizorar la forma en que un instrumento de medición en tiempo real de la audiencia que observa un programa televisivo, pueda generar por su sola utilización un efecto en la planificación de la parrilla programática, cuya estructura y características corresponde decidir con autonomía editorial a los propietarios del respectivo medio.

La inferencia implícita en la propuesta legislativa presupone que la medición acarreará ineludiblemente un resultado conducente a privilegiar la preferencia del público por la vulgaridad y la chabacanería. Y que esa respuesta predeterminada conducirá ineluctablemente a los responsables de planificar los contenidos que se

televisarán de modo de satisfacerla, a fijar una guía o esquema contrario al marco valórico que debe materializar el "correcto funcionamiento" del correspondiente medio de comunicación.

Tal deducción es, desde luego, errónea, por serlo también sus premisas. Nada autoriza, salvo si nos situamos en un enfoque puramente elitista, a anticipar que los usuarios seleccionados al azar para ser medidos en sus predilecciones televisivas, van a inclinarse casi fatalmente por la trivialidad y la ramplonería. Ni menos que los directivos de los canales de televisión optarán, también inexcusablemente, por intervenir la programación para preferir o favorecer precisamente los anti-valores que la ley del ramo repudia, en la forma anteriormente descrita, comprometiendo de paso su responsabilidad eventual, en los términos del artículo 33 de la misma preceptiva.

Desde otra perspectiva, es de elemental lógica que los instrumentos de medición empleados ordinariamente en las investigaciones empíricas de ciencias sociales, constituyen un medio técnico para estudiar una realidad que constituye su hipótesis de investigación, pero en modo alguno son expresivos de una voluntad unívoca, susceptible de suplir aquélla de los llamados a extraer las conclusiones de tales investigaciones, a partir de los correspondientes datos empíricos recopilados.

El planteamiento que subyace a la prohibición pretendida implementar a través de la prescripción sujeta al presente control de constitucionalidad, por lo tanto, adolece de un vicio de lógica estructural, que lo invalida, transformándolo en una auténtica petición de principios.

La consecuencia de este vicio lógico será estudiada al verificar la constitucionalidad de los preceptos en que podría tener injerencia;

IV) **LIBERTAD DE EMITIR OPINIÓN Y DERECHO DE INFORMACIÓN.**

DÉCIMO: Que postula el requerimiento que la medida tildada de inconstitucional, vulneraría la norma del artículo 19, N° 12° del texto constitucional, en sus incisos primero y quinto, reproducidos anteriormente.

Manifiesta, a propósito del primero de estos mandatos, que dicha medida legal representaría una suerte de censura indirecta, desde que importa un medio de restricción de la comunicación y la circulación de ideas y opiniones, al prohibir el empleo de una nueva tecnología. De esa manera, afecta la debida autonomía del respectivo medio de comunicación social para seleccionar y decidir qué contenidos emitir y qué herramientas ocupar en dicho proceso. De paso, se transmutaría de esta guisa el modelo, ampliamente aceptado en el constitucionalismo vigente, en torno a que la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo, sino sólo originar

responsabilidad ulterior por los abusos o delitos cometidos en el ejercicio de la opinión o información;

UNDÉCIMO: Que, como lo ha sentado categóricamente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, de octubre de 2000, Principio 1, "*[L]a libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas. Es, además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática*".

La libertad de pensamiento y de expresión ha sido también desarrollada en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por decreto supremo N° 873 (Relaciones Exteriores), publicado en el Diario Oficial de 5 de enero de 1991, mencionado por los requirentes.

"En lo sustancial, se pretende que el ejercicio de este derecho, que "no puede estar sujeto a censura previa sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley ...", no puede ser restringido "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".

Este Tribunal disiente del alcance atribuido a esta norma, como parámetro de control de constitucionalidad. El sistema de control de audiencia en línea no implica, *per se*, un

acto de censura previo, sino un ejercicio de detección de las preferencias de un grupo representativo de televidentes, sobre los programas emitidos en un momento determinado por los distintos canales de televisión, abierta o cerrada.

Esta medición en línea no importa tampoco una restricción del derecho de expresión por vías indirectas, a través de aparatos o de cualquier otro medio dirigido a impedir la comunicación y circulación de ideas y opiniones. Su objetivo es otro; no la limitación del derecho de expresión, sino la averiguación de tendencias o inclinaciones de la audiencia, con el fin de satisfacer mejor las expectativas y gustos de los destinatarios de la programación televisiva. Y ese es un procedimiento lícito, que no obstaculiza, entorpece ni distorsiona la plena libertad de los medios para enviar sus mensajes televisivos;

DUODÉCIMO: Que, por otra parte, no cabe duda que en la tradición constitucional occidental, la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, se originaron primero en relación a la libertad de prensa y, ulteriormente, fue incluyendo otros medios de comunicación social, a medida que se desarrollaban tecnológicamente como soportes diversos de las opiniones e informaciones en flujo social, dentro del concepto genérico de libertad de expresión, que a su vez alcanza incluso a otras manifestaciones de las personas. 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 por este motivo en la especie. En efecto, como fuere, la prohibición incidiría en la medición ulterior de la audiencia del contenido ya transmitido (respuesta a la información o contenido), mas no en la posibilidad previa de hacerlo. De hecho, existen otras técnicas de investigación social que permitirían medir esa audiencia del programa emitido, aun con tal prohibición.

Este capítulo del requerimiento, por consiguiente, no podrá prosperar;

V) LIBERTAD PARA ESTABLECER, OPERAR Y MANTENER ESTACIONES DE TELEVISIÓN.

DECIMOTERCERO: Que, en el contexto regulatorio señalado *supra*, cabe destacar que la actividad de emisión y transmisión de contenidos audiovisuales en programas de televisión, en el caso de la modalidad abierta o de libre recepción, por medio del espectro radioeléctrico, con tecnología convencional o digital, requiere una concesión

de radiodifusión televisiva que implica conceptualmente la autorización de emisión y, también, la concesión de parte de ese espectro radioeléctrico - bien nacional de uso público - necesaria para hacerlo; al paso que en el caso de la televisión limitada - por cable, satelital u otra - que por su naturaleza se desarrolla fuera de tal espectro radioeléctrico, se requiere sólo el permiso para la emisión, aspectos normativos que fueron ya analizados por esta Magistratura en sentencia de fecha 12 de mayo de 2012, Rol N° 1849. Pero, en ambas alternativas, es dable entender que quien tiene ese derecho (emisión televisiva), tiene igualmente derecho a los medios necesarios para ejercerlo, principio general de derecho administrativo en materia concesional recogido en el artículo 828, primera parte, del Código Civil, según el cual "el que tiene derecho a una servidumbre, lo tiene igualmente a los medios necesarios para ejercerla", entendiendo análogamente la concesión o permiso como una limitación o gravamen al dominio público o a una esfera material de regulación, al modo de la conocida doctrina alemana; Dicho principio se reproduce también, a nivel sectorial, en el artículo 8° del Código de Aguas.

DECIMOCUARTO: Que, consecuentemente, en el ámbito de la industria de la televisión, asegurada vigorosamente en la Constitución - así como también ocurre, verbigracia, con la actividad minera -, la garantía comprende la libertad para "...establecer, operar y mantener estaciones de televisión..." (artículo 19, N° 12°, inciso quinto de la Constitución

Política. Lo destacado es nuestro). Las facultades de operación significan la de realizar algo o "...maniobrar, llevar a cabo alguna acción con auxilio de aparatos...", según define el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, en su primera y séptima acepciones. Por ende, el uso del recurso tecnológico denominado "*people meter on line*" queda comprendido dentro de esa esfera de libertad intangible de operación de estaciones de televisión, por los medios que se estime convenientes;

DCIMOQUINTO: Que, por lo demás, el legislador en esta materia tiene sólo una potestad regulatoria, en virtud de la cual puede fijar las condiciones de ejercicio de esa libertad, pero no limitarla, suprimirla o afectarla en su núcleo esencial, mediante una prohibición de utilización de una determinada tecnología de investigación y medición de la teleaudiencia. Tal es efectivamente el criterio sustentado por este Tribunal Constitucional en sentencia Rol N° 280, de 20 de octubre de 1988, considerando 29°, donde se enfatizó que la ley solo puede limitar derechos en los casos que la Constitución lo autoriza, cual no es el caso del artículo 19, N° 12°, inciso 5°, materia de nuestra reflexión.

Es por ello que la disposición legal cuestionada deviene fundamentalmente desproporcionada y no razonable, toda vez que no existe demostración conocida de alguna adecuación causal entre la prohibición legal - como medio - y el mejoramiento de la calidad de la programación de la

televisión - como fin -, en tanto cuanto el instrumento tecnológico como tal es neutro y las decisiones de programación son autónomas de la línea editorial del canal, pero no escapan de las facultades de supervigilancia del Consejo Nacional de Televisión, precisamente encargado constitucionalmente de velar por el correcto funcionamiento de este medio de comunicación, lo que es ciertamente un medio menos gravoso e invasivo y más idóneo para el fin señalado. Existe en esto una relación análoga a la que se da entre el termómetro y la temperatura del paciente, instrumento que ciertamente no es la causa de su enfermedad;

DECIMOSEXTO: Que, además, el principio de los derechos accesorios del concesionario, vale decir, del derecho a los medios necesarios para ejercer la concesión, que integran también el núcleo esencial de ésta, recibe especial consagración en la Ley N° 19.733 de 4 de junio de 2001, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, al disponer en su artículo 1°, inciso primero, que el ejercicio de la libertad de emitir opinión y la de informar - que por cierto también se manifiesta a través de la televisión como medio de comunicación social - incluye el derecho a "...buscar y recibir informaciones, y difundirlas por cualquier medio..."(lo destacado es nuestro), lo que incluye igualmente al denominado audímetro o *people meter on line*, como técnica de investigación social. Ello, aun cuando la información así obtenida no sea un contenido directamente divulgado en cuanto tal, pero que se relaciona

íntimamente con la transmisión de contenidos, en cuanto se considera en la toma de decisiones editoriales. Esta misma Magistratura Constitucional ha llamado la atención sobre la dinámica y volatilidad de la teleaudiencia, al rechazar un capítulo de inconstitucionalidad del proyecto de la ley referida y declarar que: "...El elemento referencial que emplea ese artículo, cual es el del control de un segmento del mercado informativo o de un porcentual de la distribución de publicaciones, corresponde a datos eminentemente cambiantes día a día y están sujetos a la libre voluntad, decisión y opción de quienes cada vez compran o adquieren las publicaciones, sintonizan las emisiones radiales o seleccionan el medio audiovisual de su soberana elección. Estos destinatarios de la información configuran así un universo de magnitud eminentemente variable, resultando de esta manera igualmente variable día a día y momento a momento la magnitud de cualquier porcentaje calculable sobre aquél." (Sentencia Rol N° 226, de 30 de octubre de 1995, considerando 48°). Todas dichas consideraciones ponen en evidencia la necesidad de un instrumento tecnológico como el señalado, de modo que su injustificada prohibición legal, deviene inconstitucional;

DECIMOSÉPTIMO: Que, en el ámbito de las libertades asociadas a las comunicaciones sociales, el interés público esencial radica en la conservación de un espacio de opinión pública mediante el libre flujo de la información que sustente el control social democrático de los actos del poder orgánicamente establecido y posibilite el pleno

desarrollo de las subjetividades de las personas, mediante su opinión, expresión y participación. Tal interés público determina no sólo la protección de los medios para acceder a la información sino, todavía más, la protección de la fuente de información misma, mediante el reconocimiento legal y constitucional de medios tales como el secreto de la fuente de información del hecho noticioso para el periodista, incluso en el ámbito de las investigaciones penales, salvo que razones muy justificadas o proporcionales autoricen a levantarlo. Así, por ejemplo, en el derecho constitucional norteamericano, la Suprema Corte ha resuelto que: "...para recolectar noticias a menudo es necesario aceptar que no se identificará la fuente de la información publicada, o publicar sólo parte de los hechos revelados, o ambas cosas; que si de todos modos el periodista se ve forzado a revelar estas confidencias ante un gran jurado, la fuente así identificada y otras fuentes confidenciales de otros periodistas se verán visiblemente disuadidas de suministrar información publicable, todo en perjuicio del libre flujo de la información protegido por la Primera Enmienda."(Cfr. *Branzburg v. Hayes* (y casos concomitantes), 408 U.S. 665(1972), citado por Corwin Edward S.: "La Constitución de los Estados Unidos y su Significado Actual", Argentina, Editorial Fraterna S.A., 1987, Primera Edición en español, pág. 428). Evidentemente, si la protección constitucional es tan intensa, no va a detenerse ante el mero uso de un instrumento técnico de medición, cuya prohibición también podría disuadir el

suministro del libre flujo de información constitucionalmente protegido;

VI) AUTONOMÍA DE LOS CUERPOS INTERMEDIOS.

DECIMOCTAVO: Que, desde otra perspectiva, esta Magistratura Constitucional ha puesto de manifiesto la inconveniencia de toda forma de interferencia estatal en los medios de comunicación social, de cara a la vulneración de la autonomía que a los cuerpos intermedios - y los medios de comunicación social son tales - tal interferencia produce, infringiendo lo dispuesto en el artículo 1º, inciso tercero, de la Constitución, según el cual: "...[E]l Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos";

DECIMONOVENO: Que, en efecto, en el ya citado Rol N° 226 (considerando 28º, párrafo segundo), a propósito de los aludidos medios, se resolvió que "...no es ocioso recordar que el reconocimiento y amparo de los grupos intermedios o entes asociativos, es uno de los pilares básicos en la organización de la sociedad civil, y así lo establece, ya en su artículo 1º, la Carta Fundamental, garantizando al mismo tiempo su adecuada autonomía, a fin de permitirles - como células vivas de la sociedad - la obtención de sus fines propios, contribuyendo de este modo a la riqueza de la trama social y, en último término, al bien común de la

sociedad. Reconocimiento, amparo y garantía de su autonomía son los términos en que la Constitución se expresa a su respecto." Para añadir en el considerando 29° 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.";

VIGÉSIMO: Que, en el sentido expuesto, la prohibición del *people meter on line* en la televisión viola la autonomía de las respectivas estaciones y es, por ende, inconstitucional también por este motivo;

VII) DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA.

VIGESIMOPRIMERO: Que, por otra parte, según se invitó a alegar en estrados, una prohibición como la aprobada en el proyecto de ley impugnado, sería claramente discriminatoria de modo arbitrario, ya que no se divisa razón por la cual el *people meter on line* fuere nocivo sólo en televisión, pero no en radio o en otros medios de telecomunicaciones sociales, incluso informáticos. En ese sentido, se establecería una diferencia regulatoria carente de justificación racional y, por ende, inconstitucional

también por ello, al infringir el artículo 19, N° 2°, inciso primero, primera parte, de la Constitución, que asegura la igualdad ante la ley.

VIII) DERECHO A DESARROLLAR CUALQUIERA ACTIVIDAD ECONÓMICA.

VIGESIMOSEGUNDO: Que, por último, en el ámbito de la garantía de la libertad para desarrollar todo tipo de actividades económicas lícitas, consagrada en el numeral 21° del artículo 19 de la Constitución, esta Magistratura Constitucional comparte el predicamento del requerimiento en el sentido que la prohibición proyectada importa una supresión de la demanda por un servicio, lo que indudablemente amaga la actividad económica de las empresas proveedoras de ese servicio de medición, sin que se divise - conforme a lo analizado - razón moral, de orden público o de seguridad nacional que amerite una tal prohibición legal.

Y VISTO lo dispuesto en los artículos 1°, inciso 3°, 19, N°s 2°, 12° y 21° y 93, inciso primero, N° 3°, e incisos cuarto y siguientes de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 5, de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia,

SE RESUELVE:

Que SE ACOGE el requerimiento de inconstitucionalidad deducido a fojas uno y, en consecuencia, se declara inconstitucional el N° 9 del artículo único del proyecto de ley que "Permite la introducción de la televisión digital terrestre", Boletín N° 6190, norma que deberá eliminarse del texto que en definitiva se promulgue.

Se previene que la Ministra Sra. Marisol Peña Torres concurre a los fundamentos y a la decisión de la sentencia de autos, teniendo presente, adicionalmente, lo siguiente:

1°.- Que los diputados requirentes han fundado sus impugnaciones de inconstitucionalidad del numeral 9 del artículo único del proyecto de ley que "Permite la introducción de la televisión digital terrestre" en la vulneración del artículo 19 N° 12°, incisos primero y quinto, y N° 21 de la Constitución Política. Sin embargo, la sentencia ha declarado la inconstitucionalidad de la norma impugnada por su transgresión a los artículos 1°, inciso tercero, 19 N°s 2°, 12°, inciso quinto, y 21° de la misma Carta;

2°.- Que, por las razones que se expondrán a continuación, la Ministra que suscribe este voto considera que la inconstitucionalidad del N° 9 del artículo único del proyecto de ley examinado se funda, además, en la vulneración de lo dispuesto en el artículo 19 N° 12°, inciso primero, de la Ley Suprema, en cuanto la prohibición

que establece la mencionada norma respecto de la utilización de uno de los sistemas de medición de audiencias -más conocido como "people meter on line"- introduce una forma de censura previa indirecta, lo que se encuentra prohibido por el aludido precepto constitucional;

3º.- Que, en este sentido, el requerimiento afirma que la doctrina moderna de la libertad de expresión explica que: *"Existen distintas formas de afectar ilegítimamente la libertad de expresión, desde el extremo de su supresión radical mediante actos de censura previa hasta mecanismos menos evidentes, más sutiles y sofisticados (...)* Precisamente estos mecanismos *"sutiles y sofisticados"* son los medios previos de censura indirecta, de cuya naturaleza participa la prohibición del *people meter on line* que plantea el Proyecto." (Fojas 15).

En relación con lo expresado, los diputados requirentes recuerdan que el artículo 13.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos -que complementa la regulación de la libertad de expresión contenida en el artículo 5º, inciso segundo, de la Carta Fundamental- señala que: *"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."*;

4°.- Que, con el objeto de determinar si la prohibición contenida en la norma impugnada en el requerimiento de autos constituye, efectivamente, una forma de censura indirecta que vulnera lo dispuesto en el artículo 19 N° 12°, inciso primero, de la Constitución Política, resulta necesario recordar el contenido del precepto reprochado:

"Artículo único:- Introdúcense las siguientes modificaciones en la ley N° 18.838, que crea el Consejo Nacional de Televisión:

9. Agrégase en el artículo 13, el siguiente inciso final:

"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. Por la contravención a esta norma se impondrán las sanciones contempladas en el artículo 33 de esta ley.";

5°.- Que de acuerdo a lo explicado por la señora Patricia Politzer, Presidenta del Consejo Nacional de Televisión, durante la tramitación de una moción presentada por el diputado Jaime Orpis, modificatoria de la Ley N° 18.838, con el objeto de prohibir el empleo de sistemas de medición de audiencia en línea, *"resulta fundamental distinguir entre lo que es el "people meter" como un sistema de medición de audiencia y el "people meter on*

line”, que consiste en entregar a los canales de televisión información instantánea, minuto a minuto, sobre la audiencia que en ese mismo momento está viendo un determinado programa.” (Informe de la Comisión de Transportes y Telecomunicaciones del Senado, 15 de junio de 2006, Boletín N° 3.543-15, pp. 7-8).

En esa misma oportunidad, el presidente de la Asociación Nacional de Televisión (ANATEL), señor Jaime Belollo, explicó que: *“Este instrumento opera desde hace aproximadamente diez años y los cambios en la programación se deben, fundamentalmente, a los cambios en las audiencias, hábitos, preferencias, fidelidad, opciones alternativas, transformaciones sociales y cambios económicos, los cuales son mucho más globales y no abarcan sólo a la televisión de nuestro país ni exclusivamente a los canales en que se usa el “people meter on line.”* (Informe de la Comisión de Transportes y Telecomunicaciones del Senado, 15 de junio de 2006, Boletín N° 3.543-15, p. 10).

6°.- Que el inciso primero del artículo 19 N° 12° de la Constitución Política, asegura a todas las personas: *“La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado.”;*

7°.- Que, precisando el alcance de este derecho fundamental, esta Magistratura afirmó, en su sentencia Rol N° 226, que *"ha sido invariablemente reconocido por la doctrina constitucional que el núcleo esencial del derecho consagrado en el artículo 19, N° 12, sobre la libertad de opinar y de informar reside en que estas libertades se pueden ejercer sin censura previa. Asimismo ha sido reconocido que nuestra Constitución ha consagrado en esta materia un sistema que importa resguardar el principio de libertad, ya establecido en el artículo 1°, inciso primero, de la Carta Fundamental, el que implica igualmente que el ejercicio de tales libertades significa una responsabilidad para quienes las ejercen. De esta manera, aquellos que al hacer uso de estas libertades cometan delitos o incurran en abusos deben afrontar las consecuencias penales y civiles que la ley establezca."* (Considerando 9°). Más adelante agregó que ***"si bien en la letra de la Ley Fundamental no aparece consagrado expresamente el derecho de recibir las informaciones, éste (también) forma parte natural y se encuentra implícito en la libertad de opinión y de informar, porque de nada sirven estas libertades si ellas no tienen destinatarios reales"*** (considerando 19°) y que *"ello no significa en ningún caso que se pueda obligar a alguna persona o a algún medio a entregar determinadas informaciones."* (Considerando 21°). (Énfasis agregado);

8°.- Que esta forma de concebir la libertad de opinar y de informar -que, apreciada en conjunto, configura la denominada libertad de expresión- resulta del todo coincidente con la manera en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido el alcance de este mismo derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en los siguientes términos:

“Artículo 13 Libertad de Pensamiento y de Expresión.

1. 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 índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. 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.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

(...)."

Acorde con la norma recordada, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que la censura "tiene lugar cuando, por medio del poder público, se establecen medios para impedir en forma previa la libre circulación de información, ideas, opiniones o noticias, por cualquier tipo de procedimiento que condicione la expresión o la difusión de información al control del Estado, por

ejemplo, mediante la prohibición de publicaciones o el secuestro de las mismas, o cualquier otro procedimiento orientado al mismo fin.” (Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C N° 135, párrafo 68).

La propia Corte Interamericana ha entendido que el artículo 13.3 de Convención no sólo prohíbe las restricciones gubernamentales, sino también los controles particulares que produzcan el mismo resultado, pues *“se viola dicho instrumento no sólo cuando el Estado impone a través de sus agentes restricciones indirectas sobre la circulación de ideas u opiniones, sino también cuando ha permitido que el establecimiento de controles particulares genere una violación de la libertad de expresión.” (Caso Colegiación Obligatoria de Periodistas. Opinión Consultiva OC-5/85, de 13 de noviembre de 1985. Serie A N° 5, párrafo 48);*

Desde este punto de vista, se vulnera la libertad de expresión cuando, en forma anticipada, se coarta la emisión de informaciones, ya sea producto de un acto del Estado o de los particulares. En ambos casos, se configura, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, responsabilidad internacional del Estado, aunque, en el segundo supuesto, producto de la falta de diligencia o cuidado del propio ente estatal.

Ahora bien, la citada vulneración alcanza tanto a la censura directa como a la indirecta, pues como ha sostenido

la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aparte de las violaciones extremas consistentes en la supresión de la libertad de expresión mediante acciones directas como la censura, será violatorio del artículo 13 de la Convención Americana, *"todo acto del poder público que implique una restricción al derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas, en mayor o menor medida o por medios distintos de los autorizados por la misma Convención."* (Caso Colegiación Obligatoria de Periodistas. Opinión Consultiva OC-5/85, de 13 de noviembre de 1985. Serie A N° 5, párrafo 55).

Lo anterior resulta consistente con lo afirmado en la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión expedida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en respaldo a la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, específicamente en su numeral 13, que precisa: *"La utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y crédito oficiales; el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, **con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley. Los medios de comunicación tienen derecho a realizar su labor en forma independiente.***

Presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales son incompatibles con la libertad de expresión.” (Énfasis agregado);

9°. Que la consecuencia de que nuestra Constitución Política, congruente con lo dispuesto en la Convención Americana de Derechos Humanos, prohíba la censura previa - directa o indirecta- es que las limitaciones o restricciones a la libertad de expresión sólo pueden configurar responsabilidades ulteriores en caso de delito o abuso en el ejercicio de tal libertad que, en nuestro caso, deben ser reguladas sólo por una ley de quórum calificado. Tal y como sostiene el requerimiento deducido: *“Además del control específico ejercicio por el CNTV (Consejo Nacional de Televisión) para velar por el correcto funcionamiento (de los servicios de televisión), la ley 19.733, sobre Libertad de información y Ejercicio del Periodismo, y el Código Penal regulan en forma genérica la responsabilidad por los delitos y abusos que se cometan al ejercer la libertad de expresión, tanto en televisión como en otros medios de comunicación social.” (Fojas 19);*

10°. Que, como se ha recordado, el objetivo del sistema de medición conocido como “people meter on line” es recabar información referente a las preferencias del público sobre los contenidos televisivos con la finalidad de que los servicios de televisión puedan definir o corregir sus parrillas programáticas. No se trata,

ciertamente, del único instrumento para estos efectos, pues como ha señalado el Presidente de ANATEL, con ocasión del debate de la moción presentada por el Senador Jaime Orpis, hace unos años atrás, *“este sistema puede tener múltiples aplicaciones, entre ellas, la de determinar las preferencias del público para que el canal, de acuerdo a su línea editorial, sus valores y en cumplimiento de las directrices de la ley, determine sus contenidos seleccionando aquellos aspectos positivos de las preferencias del público.”* (Informe de la Comisión de Transportes y Telecomunicaciones del Senado, 15 de junio de 2006, Boletín N° 3.543-15, p. 10).

Así, lo que hace el “people meter on line” es recabar información proveniente, directamente, de quien, en definitiva, va a ser el destinatario del contenido televisivo. Esta información difiere, por cierto, de aquella que puede rotularse como “noticia”, en la medida que ésta cubre los hechos de la actualidad, nacional o extranjera.

Y es que el concepto de información no se agota en la noticia sino que es más amplio, como se desprende del significado que le ha dado la Corte de Apelaciones de Santiago, en el fallo del caso Impunidad Diplomática, oportunidad en la que precisó que información es el *“caudal de conocimientos que incluyen tanto la narración objetiva de los hechos, como las imágenes, descripciones, signos, símbolos y comentarios subjetivos.”* (Sentencia Rol

N° 383-93, de 31 de mayo de 1993, considerando 7°. En Revista "Fallos del Mes" N° 415, junio 1993).

El "people meter on line", en cuanto sistema neutro y, por ende, objetivo, describe tendencias y, bajo esa óptica, puede ser considerado como parte de las fuentes de información cuya libertad de acceso, por parte de los medios televisivos, les está garantizada por el artículo 19 N° 12°, inciso primero, en relación con su derecho a "operar" tales servicios, asegurada, a su vez, por el inciso quinto del mismo numeral de la Constitución Política.

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 u 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.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino, quienes estuvieron por rechazar el requerimiento, fundados en las siguientes razones:

I. PLANTEAMIENTO.

1. Que la libertad de expresión desempeña un papel fundamental en la sociedad democrática, pues permite el debate de ideas, el intercambio de puntos de vista, emitir y recibir mensajes, la libre crítica, la investigación científica, el debate especulativo, la creación artística, el diálogo sin restricción, censura ni temor y la existencia de una opinión pública informada (STC 567/2010). Constituye un verdadero presupuesto que posibilita el ejercicio y disfrute de otras libertades fundamentales para que opere el régimen democrático (Verdugo, Mario; Pfeffer, Emilio, y Nogueira, Humberto; Derecho Constitucional, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1994, p. 225);

2. Que la libertad de opinar e informar tiene dos fundamentos principales, señala la doctrina (Bronfman Vargas, Alan; Martínez Estay, José Ignacio; Núñez Poblete, Manuel; Constitución Política comentada; Editorial Abeledo Perrot, Santiago, 2012, p. 258). Por una parte, asumiendo que la democracia es el gobierno por discusión, es necesario permitir que ésta se produzca en toda su extensión. Por la otra, el progreso surge de la libre confrontación de las ideas;

3. Que la Constitución robustece la idea de libertad de expresión a través de distintos mecanismos.

En primer lugar, al calificar la garantía como “libertad de emitir opinión y de informar” (artículo 19, N° 12°). Con

ello se reconoce ausencia de todo tipo de restricción u obstáculo en la emisión, divulgación y recepción de la opinión o información (Bronfman, Martínez y Núñez, ob.cit., p. 274). No se necesita permiso previo para opinar o informar (Cea, José Luis; Derecho Constitucional chileno, tomo II, Ediciones PUC, Santiago, 2012, p. 387).

En segundo lugar, por la vía de establecer que esta libertad se puede ejercer “en cualquier forma y por cualquier medio”. Con la primera expresión, se subraya que ésta se puede realizar de manera oral o escrita, mediante sonidos, signos, imágenes, figuras, etc. Recordemos que nuestras primeras Constituciones sólo reconocían la libertad de imprenta (artículo 23 del Reglamento Constitucional Provisorio de 1812; artículo 225 de la Constitución de 1822; artículo 262 de la Constitución de 1823; artículo 18 de la Constitución de 1828 y artículo 12, N° 7, de la Constitución de 1833). Con la segunda, se alude a los radios, prensa, revistas, folletos, televisión, internet (Cea, José Luis; ob.cit., p. 388; Silva Bascuñán, Alejandro; Tratado de Derecho Constitucional, tomo XII, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 320; Nogueira, Humberto; Derechos fundamentales y garantías constitucionales, tomo I, Editorial Librotecnia, Santiago, 2007, p. 599).

En tercer lugar, al establecer que dicha libertad se ejerce “sin censura previa”. La censura directa consiste en un control o examen verificado antes de la comunicación o

divulgación, realizado por una autoridad o por un particular, que puede traducirse en impedir, limitar o dificultar la publicación o difusión de la opinión o información. Esta Magistratura ha señalado que la expresión "sin censura previa" equivale a "sin interferencia de nadie" (STC 226/1995) y puede consistir no sólo en una acción negativa (impedir la difusión), sino también puede consistir en una acción positiva: imponer que se entregue una información (STC 226/1995). La noción de ausencia de censura previa dispuesta por la Constitución abarca también a los medios indirectos que la pueden producir. En tal sentido, el artículo 13.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos describe que *"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"*. Es tan reprochable la censura como la autocensura. Esta última es el silencio que se impone a sí mismo quien va a informar u opinar, por razones de conciencia, prudencia, de oportunidad, de temor o de conveniencia personal, comercial o institucional (Cea, José Luis; ob.cit., p. 387). Asimismo, si la censura no es previa, no es tal, desde que la libertad de expresión fue ejercida (Cea, José Luis; ob.cit., p. 388). Para la doctrina este principio de la no censura previa va asociado al de responsabilidad, pues todo

el sistema está basado en que primero se emite la opinión y si hay delito o abuso, se incurre en responsabilidad. Hay, por tanto, una opción por preferir un sistema represivo, a uno preventivo (Silva Bascuñán, A., ob.cit., p. 317).

En cuarto lugar, la Constitución establece que toda persona tiene derecho a fundar, editar y mantener medios de comunicación social. Con la expresión "fundar" se alude no sólo al establecimiento, sino al diseño y creación del medio. La voz explotar apunta a la comercialización o distribución. Y la expresión "mantener", a que éstos puedan seguir existiendo como tales (Silva Bascuñán, A.; ob.cit., p. 349-350).

Finalmente, la Carta Fundamental prohíbe la existencia de un monopolio estatal sobre los medios de comunicación social. Es decir, el Estado no puede ser dueño exclusivo y único de todos los medios de comunicación social, como tampoco ejercer exclusividad sobre una clase de ellos (Silva Bascuñán, A.; ob.cit., p. 346). Sin embargo, por aplicación del artículo 19, N° 21, tampoco deben existir monopolios privados, que pongan en peligro el pluralismo informativo, esto es, la expresión de la diversidad social, cultural, política y regional del país (artículo 3°, Ley N° 19.733). Sin embargo, para los medios de comunicación social no basta con la ausencia de monopolio sino que el legislador ha configurado exigentes reglas que eviten la concentración del mercado y favorezcan la promoción de la libre competencia. Así, por ejemplo, cualquier hecho o acto

relevante relativo a la modificación o cambio en la propiedad de un medio de comunicación social deberá ser informado a la Fiscalía Nacional Económica (artículo 38 de la Ley 19.733);

4. 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” sólo recae en “el Estado, aquellas universidades y demás personas o entidades que la ley determine” (artículo 19 constitucional, N° 12°, incisos cuarto y quinto). Consecuente con ello, la Ley N° 18.838 establece que sólo pueden ser titulares de una concesión de servicio de radiodifusión televisiva de libre recepción, las personas jurídicas de derecho público o privado, constituidas en Chile y con domicilio en el país (artículo 18), excluyendo las titularidades de personas naturales y de personas jurídicas constituidas en el extranjero.

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). Dicho organismo, si bien no puede intervenir en la programación, porque los canales son exclusiva y directamente responsables de cualquier programa que difundan (artículo

13, Ley N° 18.838), debe velar por que estos medios se ajusten "estrictamente a un correcto funcionamiento" (artículo 12, Ley N° 18.838). En virtud de ello, por una parte, puede sancionarlos por infringir dicho mandato constitucional con amonestaciones, multas y suspensiones; incluso con la caducidad de la concesión (artículo 33 de la Ley N° 18.838). Por la otra, puede dictar normas generales para impedir efectivamente la transmisión de ciertos programas (aquellos que "contengan violencia excesiva, truculencia, pornografía o participación de niños o adolescentes en actos reñidos con la moral o las buenas costumbres") (artículo 12 de dicha ley, inciso segundo).

En tercer lugar, porque el legislador ha establecido gravámenes respecto de este medio de comunicación que no tienen los otros. Así sucede con la franja gratuita de televisión para las campañas políticas de elección de Presidente de la República y de parlamentarios o con ocasión de plebiscitos nacionales (artículo 31, Ley N° 18.700, sobre Votaciones Populares y Escrutinios), considerada como una limitación mesurada y razonable por esta Magistratura (STC 56/1988). Para el cumplimiento de sus funciones, en tanto satisfactor de una necesidad social, la televisión, de manera muy especial, debe considerar los intereses generales de la colectividad; en efecto, ella cumple una verdadera función de utilidad pública; y como medio de comunicación, ha de servir para comunicar e integrar al país (STC 56/1988).

En cuarto lugar, en el caso de la televisión, la regla es más exigente en materia de libre competencia entre los agentes que la operan, puesto que cualquier modificación de la propiedad de los canales deberá contar con informe previo de la Fiscalía Nacional Económica, referido al efecto de tal mutación sobre la competencia. Y si el informe es desfavorable, será responsabilidad del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia la resolución de este potencial efecto (artículo 38 de la Ley 19.733). Tampoco puede haber dos canales del mismo propietario en una misma zona de servicio;

5. ¿Qué razones explican esta particularidad de la televisión en el tratamiento constitucional? En primer lugar, la titularidad restringida y selectiva para obtener concesiones de televisión (STC 56/1988; 2022/2011).

En segundo lugar, su régimen regulatorio tiene su fundamento en el fuerte impacto e influencia de este medio en la sociedad. La televisión es una plataforma técnica amplia que se vincula estrechamente con el cumplimiento de muchísimos derechos fundamentales. La televisión misma aspira a ser ella el espejo de la sociedad que proyecta, para lo cual refuerza su vínculo amplio con las audiencias. Las personas ven muchas horas de televisión al día; tienen en ella una fuente de información privilegiada; penetra en todos los sectores sociales; al utilizar elementos auditivos y audiovisuales, impacta más que la prensa escrita (Silva Bascuñán, A.; ob.cit., pp. 348 y 360).

En tercer lugar, 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);

6. Que el hecho de que la Constitución garantice que entidades privadas, junto al Estado y a las universidades, puedan establecer, operar y mantener estaciones de televisión, implica que éstas deben autofinanciarse. Es decir, generar los ingresos para cubrir sus costos de operación y, si se persigue fines de lucro, obtener la ganancia correspondiente.

Esta regla se aplica incluso a Televisión Nacional de Chile, empresa que, de un lado, no puede comprometer el crédito público; y, del otro, no puede obtener financiamientos, créditos, aportes, subsidios, fianzas o garantías del Estado o de cualesquiera de sus organismos, entidades o empresas, sino en los casos en que ello fuere posible para el sector privado y en iguales condiciones (artículo 25, Ley N° 19.132). Por lo mismo, el Gobierno no puede obligar a la empresa a proporcionarle servicio alguno sin la debida compensación económica, la cual debe ser a valor de mercado (artículo 28, Ley N° 19.132);

7. Que lo anterior debe contextualizarse en un doble sentido. Por una parte, la Constitución no garantiza rentabilidades económicas. Por la otra, los medios de comunicación social deben tener en cuenta que no sólo existe una dimensión individual de la libertad de opinión e

información, sino que también hay una dimensión social, representada por el derecho de la comunidad a recibir informaciones. Como lo dijo esta Magistratura, si bien el derecho a recibir información no aparece consagrado expresamente, éste forma parte natural de la libertad de expresión, porque de nada sirven estas libertades si ellas no tienen destinatarios reales (STC 226/1995). En el mismo sentido, se ha expresado la doctrina (Cea, José Luis; ob.cit., p. 383; Silva Bascuñán, A.; ob.cit., p. 295; Verdugo, Pfeffer y Nogueira; ob.cit., p. 255). Este derecho es el derecho que tienen los integrantes de la sociedad política a obtener oportunamente, de fuentes sólidas y objetivas, las noticias y los antecedentes que requieran, para quedar en condiciones de aprovecharlos en la preparación y ejecución de sus respectivas labores. Su propósito no es contribuir a la formación de la voluntad de los demás, sino que hacer posible la formación de la propia voluntad (Silva Bascuñán, A.; ob.cit., p. 294).

Por lo mismo, si bien no se puede obligar a un medio a entregar determinadas informaciones (STC 226/1995), no puede haber autocensura determinada en base a *rating*, so pretexto de mejorar las rentabilidades, porque eso afecta el derecho a recibir información y desvirtúa la libertad de informar;

II. CRITERIOS INTERPRETATIVOS.

8. Que, para un adecuado razonamiento sustentatorio de la decisión en el caso de autos, es necesario considerar una serie de criterios interpretativos.

El primero de ellos es la interpretación sistemática. La Constitución no es la sumatoria de un conjunto aislado de preceptos, sino que un todo armónico y sistemático. Por lo mismo, no puede privilegiarse una interpretación que imponga una norma en desmedro de otra (STC 33/1985; STC 42/1987; STC 43/1987). Así, no puede sostenerse la autonomía de los grupos intermedios, consagrada en el artículo 1° de la Constitución, en contraposición con la potestad legislativa para regular una actividad económica (artículo 19, N° 21; artículo 46; artículos 63 y siguientes, de la Constitución);

9. Que, en segundo lugar, una parte medular del requerimiento sostiene que la regulación establecida en el precepto impugnado carece de justificación. Sin embargo, para analizar ese reproche, hay que considerar, por una parte, que nuestro examen no consiste en sustituir las razones del legislador por las que consideramos más adecuadas o convenientes. Nos debemos limitar a verificar si estas razones existen, si son suficientes y si son coherentes con las medidas adoptadas (STC 1295/2009). Por la otra, esta Magistratura no puede enjuiciar el conjunto de apreciaciones de conveniencia u oportunidad política que llevan a la adopción de una fórmula regulatoria. Este Tribunal no puede juzgar la sabiduría o el mérito que

emplea el legislador (STC 792/2008; 1065/2008; 1345/2009; 1295/2009);

10. Que, en tercer lugar, esta Magistratura, como ya se indicó, ha analizado limitaciones o gravámenes que se imponen a la televisión (STC 56/1998). Para definir la legitimidad de estas restricciones, ha considerado tres criterios. Por de pronto, el que la obligación que se impone sea medida y razonable. Este criterio lo ha reiterado con posterioridad en otros exámenes de preceptos legales (STC roles N°s 146/1992; 167/1993; 253/1997; 506/2007; 1141/2009; 1215/2009). Enseguida, el que la actividad cumpla una función pública (este criterio lo ha ratificado en la STC 506/2007). Finalmente, ha considerado si la actividad afectada tiene privilegios. Este criterio lo ha vuelto a emplear esta Magistratura en las sentencias 1863/2012; 1986/2012; 1991/2012; 1992/2012 y 1993/2012;

11. Que, finalmente, la norma impugnada forma parte de un proyecto que permite la introducción de la televisión digital en el país. Por lo mismo, ese proyecto contempla una serie de regulaciones destinadas a obtener tal propósito. Hay normas que son favorables para la televisión y otras que constituyen obligaciones o cargas. Pero no puede considerarse legítima únicamente la legislación favorable y rechazar la desfavorable;

III. LA NORMA IMPUGNADA.

12. Que la norma que se impugna, textualmente, dispone 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. Por la contravención a esta norma se impondrán las sanciones contempladas en el artículo 33 de esta ley.”;

13. Que lo primero que cabe señalar, es que la norma se inserta en una serie de obligaciones relativas a la programación que tiene la actual regulación, fundada en el principio del correcto funcionamiento del medio, contemplado en la Constitución y en la Ley N° 18.838. En materia legal, cabe destacar, desde luego, que los canales de televisión están obligados a transmitir una hora de programas culturales a la semana, en horas de alta audiencia, quedando a criterio de cada concesionario determinar el día y la hora de aquello (artículo 12, letra l, de la Ley N° 18.838). Enseguida, que un 40% de la programación que se transmite, debe ser de producción chilena (artículo 13). En tercer lugar, en los programas de opinión y debate, debe respetarse el pluralismo (artículo 14).

Asimismo, la ley también establece una serie de regulaciones que afectan la organización empresarial de la industria televisiva. Ya se indicó que si se trata de un privado, la concesión sólo puede recaer en personas

jurídicas constituidas en Chile y con domicilio en el país (artículos 15 y 18, Ley N° 18.838). También hay una serie de obligaciones para evitar la concentración de medios (artículo 15, Ley N° 18.838, y 38 de la Ley 19.733). Del mismo modo, las concesionarias deben informar al Consejo Nacional de Televisión cualquier cambio en su plana directiva (artículo 19, Ley N° 18.838). Además, se requiere la autorización de dicho Consejo para cualquier transferencia, cesión u otorgamiento del derecho de uso (artículo 16, Ley N° 18.838). Finalmente, no se puede delegar la transmisión (artículo 16, Ley N° 18.838);

14. Que, en segundo lugar, la norma impugnada forma parte de una serie de otras limitaciones u obligaciones que el proyecto en que se ubica, establece. Desde luego, se contempla la nueva obligación de transmitir gratuitamente campañas de utilidad o interés público, las que no pueden durar más de 5 semanas al año ni más de 90 segundos por cada transmisión, con un tope de 14 transmisiones a la semana. Enseguida, se aumenta de una a cuatro horas a la semana la emisión obligatoria de programas culturales. A continuación, el proyecto establece toda la regulación que implica la incorporación de la televisión digital, consagrando obligaciones al respecto (por ejemplo, cobertura digital de 85% de la población comprendida en la zona de servicio en los primeros tres años y cinco años para cobertura digital total; la obligación de replicar la misma transmisión digital en la analógica) y privilegios

(como la reserva de frecuencia para los actuales operadores);

15. Que, en tercer lugar, el proyecto original del Ejecutivo, que dio origen al boletín 6190-19, establecía duraciones máximas de tandas de publicidad. Ello fue suprimido durante la tramitación;

16. Que, en cuarto lugar, es necesario puntualizar lo que la norma no establece, para evitar malos entendidos.

Lo primero es que la norma impugnada no establece una prohibición para desarrollar la actividad económica de proveer el servicio de *people meter*. La o las empresas interesadas en hacerlo, pueden seguir llevando a cabo dicho emprendimiento.

Lo segundo es que la norma no se pronuncia sobre si el sistema de medición de audiencia instantánea es contratado o autoproducido. Prohíbe el uso, sea que se contrate a una compañía cuyo propósito es dicha venta, o a un intermediario, que tiene, a su vez, dicho contrato y que le provee diversos servicios al canal de televisión.

Lo tercero es que la norma tampoco establece ni una obligación ni una prohibición de contratación del servicio de *people meter* por los prestadores de servicio de radiodifusión televisiva;

17. Que lo que la norma hace es, por una parte, prohibir "el uso de sistemas de medición de audiencia en línea". Por

lo mismo, la norma impide tomar decisiones de programación o de transmisión en base a este sistema de medición de audiencias. Se pueden adoptar estas decisiones en base a otros sistemas. Por la otra, no se prohíben los sistemas de medición de audiencias. Sólo se impide usar aquellos que operan en línea. No hay inconveniente en que se contraten sistemas de medición que no sean en línea;

18. Que la norma no establece qué debe transmitirse, ni el horario de los programas, ni la naturaleza de éstos;

19. Que la norma tiene como sujetos pasivos a “los prestadores de servicios de radiodifusión televisiva”, que son los destinatarios de su mandamiento, porque son los que utilizan este servicio. La medición de audiencia en línea no la emplean los diarios, las revistas, ni las radios;

20. Que, finalmente, la norma entrega al Consejo Nacional de Televisión la atribución de velar por su respeto, pues establece que su infracción genera las sanciones contempladas en el artículo 33 de la Ley N° 18.838, las que aplica dicho organismo;

IV. LAS RAZONES PARA RECHAZAR EL REQUERIMIENTO.

21. Que ahora estamos en condiciones de entrar al fondo del requerimiento formulado. Este se sustenta en que la norma impugnada vulnera la libertad de expresión, pues constituye una censura indirecta. También es una prohibición ilícita, pues éstas solamente las puede disponer el juez para el caso concreto, afectándose con

ello el artículo 19, N° 21°, de la Constitución. Asimismo, vulnera el derecho a establecer, operar y mantener estaciones de televisión. También afecta la igualdad ante la ley. Finalmente, afecta la autonomía de los grupos intermedios.

Partiremos por este último argumento;

1. No se vulnera la autonomía de los grupos intermedios.

22. Que, durante los alegatos, se incluyó el argumento de que la norma afecta la autonomía de los grupos intermedios. Se sostiene que la regulación contenida en el precepto impugnado afecta dicho mandato constitucional, consagrado en el artículo 1° de la Constitución;

23. Que compartimos que las empresas que tienen concesión de radio o televisión son grupos intermedios. Tienen las características que esta Magistratura ha definido para ellos: son agrupaciones creadas en virtud del derecho de asociación; son asociaciones distintas al aparato público; por lo mismo, son conocidas también como organizaciones no gubernamentales; y tienen fines propios distintos a los del Estado y sus órganos (STC 1295/2009);

24. Que a estas asociaciones la Constitución les garantiza su autonomía. Esta se configura, entre otros rasgos esenciales, por "el hecho de regirse por sí mismas; esto es, por la necesaria e indispensable libertad para organizarse del modo más conveniente según lo dispongan sus estatutos, decidir sus propios actos, la forma de

administrarse y fijar los objetivos o fines que deseen alcanzar, por sí mismas y sin injerencia de personas o autoridades ajenas a la asociación, entidad o grupo de que se trata" (STC 184/1994).

La autonomía "es la potestad o capacidad de gobierno, mediante autoridades y normas propias, que incumbe a cada grupo intermedio. Autonomía es, en este sentido, libertad de formación, de organización y actuación frente al Estado y a otros grupos. El Estado, entonces, señala el marco normativo global dentro del cual los grupos intermedios se desenvuelven, pero se compromete a respetar el derecho de ellos a dictar su normativa y a hacerla cumplir por medios propios" (Cea, José Luis; Derecho Constitucional chileno; tomo I, Ediciones PUC, Santiago, 2008, p. 178);

25. Que, sin embargo, esta autonomía no es absoluta. Por de pronto, "porque no significa, en modo alguno, que puedan estos entes actuar de manera ilegal, dañosa o ilícita, amparándose en la referida autonomía, ya que de incurrir en excesos en su actuación quedan, obviamente, sujetos a las responsabilidades consecuenciales". (STC Rol 184/94).

Enseguida, porque lo que la Constitución garantiza es "la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos". "Adecuada" significa "apropiada, proporcionada o conveniente para los fines específicos del grupo" (Cea, José Luis; ob. cit., pág. 178).

Finalmente, porque si intervienen “indebidamente en actividades ajenas a sus fines específicos”, son sancionables en conformidad a la ley (artículo 23, Constitución);

26. Que, en tal sentido, autonomía no es sinónimo de imposibilidad para que el legislador regule a estos grupos intermedios. Por de pronto, porque es la manera en que el Estado los “reconoce y ampara”. Enseguida, porque varios de estos grupos intermedios tienen derechos específicos, consagrados en el artículo 19 constitucional, que reflejan dicho mandato de reconocimiento y amparo. Así sucede con los sindicatos (artículo 19, N° 19°), las empresas (artículo 19, N° 21°), las asociaciones en general (artículo 19, N° 15°). Asimismo, es la misma Constitución la que establece que tratándose de las empresas, esta actividad debe llevarse a cabo “respetando las normas legales que las regulan” (artículo 19, N° 21°). Del mismo modo, la potestad legislativa tiene también rango constitucional. El legislador está llamado a dictar normas generales y obligatorias, de modo que cuando cumple esa tarea, no realiza una intromisión ilegítima en dicha autonomía;

27. Que dicha intervención legislativa, por definición, afecta la autonomía, porque establece restricciones, limitaciones, obligaciones. Sin embargo, lo relevante es que no la elimine y que no la restrinja gravemente;

28. Que si bien la autonomía puede interpretarse como autorregulación, tratándose de los sujetos activos de la libertad de opinión e información en materia televisiva, es la propia Constitución la que convoca a la ley en el artículo 19, N° 12°. El vínculo de los medios de comunicación con la autonomía de los cuerpos intermedios es una relación de precisión para ejercer la libertad jurídica. Sin embargo, el vínculo del medio de comunicación con el estatuto del artículo 19, N° 12°, es una relación de medio a fin sin el cual no se obtiene un ejercicio práctico del derecho invocado siendo norma especial aplicable. Por una parte, respecto de la configuración de este derecho en relación a todo medio de comunicación social. Así, la ley es convocada para regular los delitos y los abusos que se cometan en su ejercicio (artículo 19, N° 12°, inciso primero). También es la Constitución la que establece que es la ley la que no puede establecer el monopolio estatal sobre los medios de comunicación (artículo 19, N° 12°, inciso segundo). Asimismo, la ley es llamada a definir el derecho de aclaración o rectificación. Además, es la ley la que debe señalar las condiciones para que las personas puedan fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos. Finalmente, no hay que olvidar que es la Ley N° 19.733 la que regula las libertades de opinión e información y el ejercicio del periodismo.

Por otra parte, respecto específicamente de la televisión, la ley es convocada en dos aspectos. De un lado, para

determinar qué personas o entidades distintas del Estado o de las universidades puede establecer, operar y mantener estaciones de televisión. Del otro, porque es una ley de quórum calificado la que debe regular la organización y atribuciones del Consejo Nacional de Televisión. Dicha ley es la Ley N° 18.838, que establece que sólo pueden ser titulares de concesión de servicio de radiodifusión televisiva, no las personas naturales, sino las personas jurídicas, constituidas en Chile y con domicilio en el país, regulando el procedimiento para el otorgamiento de dicha concesión. En virtud de la misma facultad constitucional, la mencionada ley regula la supervigilancia y fiscalización que el Consejo Nacional de Televisión ejerce sobre los servicios de televisión, facultándolo para sancionar, incluso con la caducidad de la concesión, si se incurre en ciertas infracciones;

29. Que, por otra parte, no puede considerarse que la prohibición de uso de sistemas de medición de audiencia en línea afecte dicha autonomía.

En primer lugar, porque no es muy distinta a otras regulaciones de igual tipo que tiene la televisión, tanto en la ley vigente como en el proyecto de ley en que se inserta la norma cuestionada. Por ejemplo, el artículo 13 de la Ley N° 18.838 prohíbe “la transmisión o exhibición de películas calificadas con contenido pornográfico o excesivamente violento”.

En segundo lugar, la norma no afecta que la programación del canal respectivo sea de entera y exclusiva responsabilidad de éste (artículo 13). De hecho, la norma se propone para agregarla como inciso final de dicho precepto. Justamente cada canal de televisión se obliga a anunciar previamente su programación y, salvo situaciones excepcionales, debiera estar desvinculada su programación del sistema de medición de audiencia.

En tercer lugar, la televisión está constitucionalmente estructurada en base a que debe brindar el servicio con un "correcto funcionamiento". Dicho concepto no está definido en la Constitución, sino que ha sido precisado por el legislador. Por lo mismo, éste puede establecer qué queda comprendido dentro de este concepto. La televisión está destinada a transmitir contenidos a terceros. Para ese propósito, se le reconoce autonomía. Pero si sacrifica la libertad de recibir información, por el propósito de recibir mayores utilidades, distorsiona esa autonomía;

30. Que, entonces, no consideramos que se afecte la autonomía de los grupos intermedios;

2. No se afecta la igualdad ante la ley.

31. Que, en estrados, también se sostuvo que se afectaba la igualdad ante la ley, toda vez que mientras el resto de los medios de comunicación social pueden establecer mediciones sobre la circulación o la audiencia, no lo podría hacer la televisión;

32. Que, al respecto, cabe señalar que la actividad económica de proveer la medición de audiencia es una actividad desregulada, pues no hay una ley que así lo establezca. De hecho, durante la tramitación del proyecto de ley que se transformó en la Ley N° 19.733, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, hubo una indicación que no prosperó para que fuera el Instituto Nacional de Estadísticas quien licitara la elaboración de estadísticas sobre la circulación de la prensa escrita y la medición de la radio y la televisión. En materia de diarios, tal función la lleva a cabo una organización no gubernamental denominada Valida, formada por la Asociación Nacional de Avisadores, la Asociación Chilena de Agencias de Publicidad y los principales medios gráficos del país. Esta organización emite un boletín sobre circulación de medios;

33. Que nada impide que el legislador establezca una regulación en la materia, para todos los medios o para algunos. En este caso, la norma impugnada establece la restricción de uso de la medición en línea;

34. Que, como hemos señalado, la norma no establece una prohibición de medición de audiencia. Sólo establece que no puede haber una medición en línea. Todas las demás mediciones quedan permitidas. Por lo mismo, desplaza la oportunidad de una determinada información en horas;

35. Que el hecho de que sólo afecte a la televisión, tiene justificación. Por de pronto, ya hemos señalado que la

Constitución trata de manera diferenciada a la televisión de los otros medios de comunicación social. Por lo mismo, puede establecer una regulación especial. Enseguida, el proyecto en que se inserta la norma tiene que ver con la televisión, no con otro medio. De hecho, es de artículo único, donde lo que se modifica es la Ley N° 18.838. Y se vería afectada la idea matriz del mismo si se incorporan otras regulaciones. Finalmente, la sintonía de audiencia en línea es aplicable a la televisión. De ahí que se establezca la normativa en relación a este servicio;

36. Que la norma, por otra parte, se aplica a todos los concesionarios de radiodifusión televisiva de libre recepción y de servicios limitados de televisión. Se aplica, en consecuencia, a todos los sujetos involucrados, no sólo a algunos;

37. Que no consideramos, en consecuencia, que se afecte la igualdad ante la ley;

3. La norma no establece una censura indirecta.

38. Que el requerimiento sostiene que la norma impugnada establece una verdadera censura indirecta para acceder a fuentes de información. Como las concesiones de televisión son de libre recepción, se financian vía publicidad. Por lo mismo, no se cobra por ellas. Los medios de televisión no hacen caridad; ejercen una industria de la libertad de expresión. La norma prohíbe contratar una modalidad de un insumo que orienta decisiones de mercado;

39. Que, al respecto, cabe señalar, en primer lugar, que durante la tramitación de la iniciativa, la norma se fundó en los siguientes argumentos. De un lado, se sostuvo que la medición en línea de la audiencia no apunta a mejorar la calidad de la programación. Con este tipo de medición, se compite no por dar buenos programas, sino por tener buen *rating*, porque con eso se cobra más a las empresas auspiciadoras. Del otro, se sostuvo que se manipulan programas, alterando su contenido original, pues por el *rating* hay que poner información que lo mantenga o suba, obligando a los medios a no difundir noticias, a difundir noticias que no son tales, a potenciar notas policiales o deportivas, o catástrofes, que suban la sintonía (Intervención del Diputado Carlos Montes, en sesión 7a., miércoles 23 de marzo de 2011, Legislatura 359; y de la Diputada María Antonieta Saa, en sesión 10a., de miércoles 6 de abril de 2011, Legislatura 359);

40. Que este Tribunal puede no compartir esas razones. Pero entrar en ese tipo de análisis es un razonamiento de mérito, ajeno a sus competencias. Lo que sí nos corresponde hacer es calificarlas, sin sustituir al legislador.

Como éstas son las razones que se dieron para establecer la medida, ellas, por de pronto, existen. Son también suficientes. No se trata de persuadir o de convencer. Y son consistentes con la medida adoptada. Pasan, por tanto, el test de la no arbitrariedad del legislador (STC 1295/2009);

41. Que, asimismo, la medida puede perfectamente enmarcarse, por una parte, en la dimensión social de la libertad de opinión y de información. Es decir, en el derecho a recibir información. En la medida que las decisiones de programación se orienten únicamente por el *rating*, se compromete seriamente esta dimensión de la libertad de opinión e información, pues se produce una verdadera autocensura del medio. Por la otra, se enmarca dentro del criterio del correcto funcionamiento de la televisión. Dado que la televisión opera con concesiones otorgadas por la autoridad, utilizando un espectro radioeléctrico limitado, no se puede enfrentar la disputa entre la rentabilidad, que emana de la necesidad de autofinanciamiento, y la libertad de opinión y de información, sacrificando esta última. La televisión se enmarca en un proceso tecnológico creciente y vertiginoso que estimula al ejercicio directo de la relación entre su programación y sus audiencias. Ese ejercicio se realizará cada vez más en línea. Para ello, el televidente y ya no solamente los concesionarios cuentan con mecanismos o redes sociales virtuales que permiten impactar sobre la programación. Tal vínculo o diálogo virtual modifica y seguirá cambiando las relaciones entre los actores de cada una de las puntas de un medio de comunicación social. Nada de ello es alterado por el legislador puesto que este mercado libre de ideas no puede ser impedido. Éste sólo realiza un ejercicio más depurado de este diálogo, restándole eficacia al componente publicitario medido en

línea, pero sin imponer cambio ninguno a una relación que se intensificará por los efectos tecnológicos;

42. Que, en segundo lugar, los medios de comunicación social, en la medida que están organizados como empresas, tienen una doble condición. Por una parte, ejercen la libertad de opinión e información. Por la otra, realizan una actividad económica.

No hay que confundir esos dos planos. Como actividad económica una empresa periodística está sujeta a una serie de regulaciones propias de ese giro. Por ejemplo, se rige por la Ley de Sociedades Anónimas (Ley N° 18.046); eventualmente, por la Ley de Mercado de Valores (Ley N° 18.045). En esta última ley, se prohíbe efectuar transacciones en valores con el objeto de estabilizar, fijar o hacer variar artificialmente los precios (artículo 52, Ley N° 18.045). Nadie podría alegar que esa regulación afecta la libertad de opinión e información;

43. Que lo mismo puede afirmarse respecto de la norma impugnada. Esta no afecta negativamente la libertad de informar o emitir opinión, sino que impacta en el carácter de empresa que pueda tener. Es una norma que se inserta en la organización industrial del medio.

Esta Magistratura ha calificado como ilegítimo que se obligue a un medio a entregar determinada información (STC 226/1995). Nada tiene que ver la norma impugnada con ese ámbito. No se está prohibiendo un programa, definiendo un

contenido, estableciendo un horario de programación, "pauteando" al medio;

44. Que tampoco la norma está impactando en la médula de la organización empresarial ni afecta el vínculo de ésta con los avisadores. Igual el medio tendrá acceso a una encuesta de medición, que en vez de ser en línea, llegará con unas horas de retraso. Igual podrá definir cuál es el comportamiento de la audiencia, a fin de focalizar su programación, para aumentar los niveles del *rating*. No es una medida abusiva o excesiva;

45. Que no consideramos, en consecuencia, que se afecte el artículo 19, N° 12°, de la Constitución;

4. La norma no afecta el artículo 19, N° 21°.

46. Que el último argumento hecho valer en el requerimiento es que las prohibiciones no las puede establecer el legislador; a lo más, las puede establecer el juez, para el caso concreto;

47. Que no compartimos lo anterior. En primer lugar, porque el legislador puede prohibir una actividad. Lo que la Constitución exige es que se den razones válidas para ello;

48. Que, en segundo lugar, en este caso no se prohíbe la actividad económica de prestar el servicio de medición de audiencia. La empresa que eventualmente lleva a cabo esta actividad, puede seguir comercializándola, incluso a los

mismos canales, quienes no pueden usarla para tomar decisiones. Por su parte, el canal de televisión puede seguir contratando y usando los servicios de medición de la audiencia que no sean en línea;

49. Que, en tercer lugar, la televisión ha sido gravada con una serie de regulaciones en su actividad. Unas están en ley vigente. Así sucede con la franja de televisión para las campañas electorales de Presidente de la República y parlamentarios. Otras se establecen en el propio proyecto en que se inserta la norma impugnada, como el aumento de las horas de programación cultural y artística; como la obligación de transmitir gratuitamente campañas de utilidad o interés público; como la obligación de replicar la misma transmisión en los canales de televisión digital y analógica.

Por lo mismo, la norma se suma a esa regulación, sin desentonar con ella ni en la forma ni en el fondo;

50. Que, por tanto, no consideramos que se afecte el artículo 19, N° 21°, de la Constitución;

51. Que, por todo lo antes expuesto, estos disidentes están por rechazar el presente requerimiento.

Redactó la sentencia el Ministro señor Domingo Hernández Emparanza, la prevención, su autora, y la disidencia el Ministro señor Carlos Carmona Santander.

Notifíquese, comuníquese y archívese.

Ro1 N° 2358-12-CPT.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, y por sus Ministros señores Marcelo Venegas Palacios, Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino y Domingo Hernández Emparanza.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.