

INFORME EN DERECHO FRANJA ELECTORAL

AUTOR: JUAN IGNACIO GARCIA RODRIGUEZ.
2010 - MAYO

c) El derecho a la libre expresión

Por último, se muestra especialmente relevante en este problema el derecho fundamental a la libertad de expresión (art. 19 N° 12 CPol). La opinión de que la libertad de expresión es uno de los derechos fundamentales que tienen directa relación con la democracia y con la participación política es universal y poderosa. La posibilidad de un ejercicio real de la libertad de expresión y, más allá, la obligación del Estado de velar para establecer un régimen de igualdad de oportunidades para expresarse, son ideas que son admitidas en general en el derecho comparado y en el derecho internacional de los derechos humanos.

2.- Franja electoral en la ley 18.700 Orgánica Constitucional sobre votaciones populares y escrutinios.

La franja electoral consiste en la destinación, por parte de todos los canales de televisión de libre recepción, de 20, 30 o 40 minutos diarios para transmitir propaganda electoral previamente a las elecciones de Presidente de la República, de diputados y de senadores. También se utiliza en el caso de plebiscitos nacionales. La franja electoral está reglamentada en los artículos 31 y 31 bis de la Ley 18.700.

El estatuto de la franja electoral que dichos artículos establecen puede describirse de la siguiente forma:

a) Sólo está establecida para los medios de comunicación televisivos, excluyendo por tanto a los radiales y a la prensa escrita;

b) La franja electoral es gratuita, tanto para los candidatos como para el Estado. Esto en lo que respecta a la destinación del espacio de tiempo en que se transmite por parte de los canales, pues el contenido de cada propaganda debe ser proveído por cada candidato o partido;

c) La franja electoral es obligatoria para todos los canales de televisión de libre recepción del país, tanto estatales como privados;

d) La franja electoral es la única forma en que se puede realizar propaganda y publicidad a través de los canales de televisión de libre recepción. Además, a los canales de televisión que no sean de libre recepción (de pago) les está prohibido hacer propaganda electoral, por lo que debe concluirse que la franja electoral es la única forma en que se

puede realizar propaganda electoral por medio de la televisión, cualquiera sea su tipo;

e) la franja tiene normalmente una duración de 27 días, término que empieza a contarse 30 días antes y termina 3 días antes del día de la elección. En este sentido, la franja electoral sigue las reglas generales sobre la propaganda electoral (art. 30 Ley 18.700). Para el caso de la franja electoral previa al balotage, su duración es de 11 días, extendiéndose desde el decimocuarto hasta el tercer día antes de la elección, y (f) la duración de la franja es variable (20, 30 o 40 minutos). Será de 40 minutos cuando la elección sea conjunta de Presidente y de parlamentarios. Será de 30 minutos en los casos en que la elección presidencial o parlamentaria no sea conjunta. Será de 20 minutos en el caso del balotage de la elección presidencial.

Los criterios de distribución de la franja

El órgano encargado de realizar la distribución de la franja entre los candidatos y partidos es el Consejo Nacional de Televisión, quien lo hará mediante un Acuerdo de su directorio, que deberá publicarse en el Diario Oficial. La franja electoral se distribuye siguiendo diversos criterios. La Ley señala cuáles son las reglas que debe seguir el Consejo para la distribución del tiempo de la franja entre los candidatos y los partidos. Para la elección presidencial el inciso 3° del artículo 31 no presenta mayores problemas en la medida que establece una regla de distribución igualitaria entre todos los candidatos presidenciales.

En el caso de las elecciones parlamentarias, la regla presenta una complejidad mucho mayor. Existen tres supuestos de tratamiento diferenciado.

En primer lugar, está el caso de los partidos que participaron en la elección anterior, para ellos la ley establece un criterio estrictamente proporcional, señalando que en las elecciones de diputados y senadores, a cada partido político corresponderá un tiempo proporcional a los votos obtenidos en la última elección de diputados.

En segundo lugar, para el caso de los partidos políticos nuevos, esto es, aquellos que no participaron de la elección anterior y que, por tanto, no se les puede aplicar la regla

la proporcionalidad derechamente, la ley establece una regla de equivalencia teniendo el mismo tiempo que le corresponda al partido político que hubiere obtenido menos votos.

En tercer lugar, para el mismo caso de diputados y senadores, pero ahora en relación a las candidaturas independientes, la ley sostiene nuevamente una regla de equivalencia como requisito de la regla de proporcionalidad. Sin embargo, incorpora una tercera regla, una regla de distribución igualitaria, igual que en el caso de los candidatos presidenciales, De esta forma se dispone que al conjunto de las candidaturas independientes corresponderá un tiempo equivalente al del partido político que hubiere obtenido menos sufragios en la última elección, el que se distribuirá entre ellas por iguales partes.

3.- Jurisprudencia.

En el único antecedente jurisprudencial encontrado en esta materia, Rol 92-2005, el Tribunal Calificador de Elecciones dictó sentencia el 21 de octubre de 2005. A continuación se exponen los detalles del caso en cuestión.

a) La resolución del Consejo Nacional de Televisión

El Consejo ejerció su competencia de fijar el tiempo correspondiente a cada candidato y partido en las elecciones parlamentarias de acuerdo a las reglas de proporcionalidad, equivalencia e igual distribución del tiempo. El Consejo ajustó su decisión a los resultados electorales obtenidos por los partidos políticos en la elección inmediatamente anterior al proceso electoral en curso. El Consejo sostuvo que tomó en cuenta los siguientes criterios para realizar el cálculo antedicho:

- 1) No se consideran los votos nulos ni los votos blancos de la elección del dos mil uno;
- 2) No se consideran los votos obtenidos por los partidos políticos que participaron en estas elecciones, pero cuya inscripción posteriormente haya sido cancelada por el Servicio Electoral;
- 3) No se consideran los votos obtenidos por las candidaturas independientes en el año dos mil uno;

4) A los partidos que no participaron en la elección parlamentaria de dos mil uno se les asigna una votación igual a la del partido que participó en esas elecciones y obtuvo la menor cantidad de votos. El partido de referencia fue el Liberal;

5) Al total de candidaturas independientes inscritas se le asigna una proporción similar de votos a la obtenida por el partido menos votado en la elección de dos mil uno, luego ese tiempo se divide por el número de candidaturas independientes.

La resolución del Consejo fijó, en consecuencia, el tiempo correspondiente a cada partido que no participó en la elección anterior en un segundo y para los candidatos independientes en conjunto estableció que debería distribuirse un segundo en partes iguales.

b) La apelación a la resolución del Consejo

Ante la decisión del Consejo, Ricardo Fernández, representando a la Alianza Nacional de los Independientes dedujo recurso de apelación respecto a la resolución arriba descrita ante el Tribunal Calificador de Elecciones, dado que tal resolución decía "relación con la distribución del tiempo" asignado a los partidos políticos y candidatos electorales (inc. 3 art. 31 bis ley 18700) y, por tanto, era de aquellas apelables. La apelación se fundó en que la resolución del Consejo, de asignar un segundo a cada uno de los partidos integrantes de la alianza recurrente, vulneraba el principio de igualdad ante la ley. Solicitaba el apelante que se ampliara "en conciencia" el tiempo de propaganda electoral por televisión que había sido asignado a su partido.

El Tribunal Calificador de Elecciones soluciona la cuestión planteada de la siguiente manera:

Que confrontados los referidos resultados electorales con la operación efectuada por el Consejo Nacional de Televisión debe concluirse que la distribución del tiempo que, en este caso, ha realizado dicha institución, por el mandato expreso de la Ley [...], lo ha sido dentro de su competencia y en la forma que prescribe la ley;

Que, sin perjuicio de lo razonado y concluido, el Tribunal no puede menos que observar que, con la forma actual de distribución del tiempo de propaganda electoral gratuita [...], en la práctica se llega a ciertos casos a no poder ejercer realmente el derecho

a comunicar ideas a la audiencia, como resultado de la excesiva brevedad de tiempo que se asigna a algunos partidos y a los candidatos independientes (cc. 12-3).

Voto de minoría

El Ministro Juica concurrió a la decisión del Tribunal, en una argumentación que se asemeja más a un voto disidente. Su argumentación puede presentarse de la siguiente manera:

El Consejo Nacional de Televisión tiene un deber de "asegurar un trato mínimo equitativo entre los distintos candidatos". Dicho deber tiene por objeto el "que la población destinataria se ilustre adecuadamente de los postulantes al Congreso Nacional, sean éstos militantes de partidos políticos o independientes"

Dicho deber se funda en las siguientes normas legales y constitucionales: el artículo 1° de la Ley 18.838, según el cual corresponderá al Consejo "velar por el correcto funcionamiento de los servicios de televisión" (inc. 2°), lo que debe entenderse como 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 (inc. 3);

El artículo 14 de la misma ley, que establece el principio del pluralismo, señalando que El Consejo deberá adoptar medidas y procedimientos a fin de asegurar que en los programas de opinión y de debate político que se emitan por cualquier canal de televisión, se respete debidamente el principio del pluralismo.

Por último, el artículo 18 de la Constitución, que establece un deber para el legislador de dar un trato igual a los candidatos independientes frente a los partidos políticos;

Cuando el Consejo fija el tiempo de propaganda electoral para los partidos que no participaron en la elección anterior y para los independientes en un segundo, excede con mucho el criterio y prudencia que es menester considerar a fin de que los independientes puedan, dentro del trato igualitario y de observancia al principio de pluralismo político, exponer las ideas que justifiquen, ante la opinión pública, su programa político (v. min);

El Consejo debería, para no incurrir en una infracción al principio del pluralismo, fijar "un mínimo aceptable para estos fines". El mínimo aceptable, en opinión del Ministro Juica no puede ser inferior a veinte segundos para cualquier candidato.

4.- Comentario

El sistema legal de distribución de tiempo para la elección parlamentaria antes expuesto, consta de tres tipos de reglas: a) una regla de distribución proporcional: entre partidos antiguos; b) dos reglas de equivalencia: partidos nuevos e independientes en su conjunto se asimilan para los efectos de la distribución del tiempo al partido antiguo menos votado en la elección anterior, y c) regla de distribución igualitaria: del tiempo asignado en conjunto entre los candidatos independientes. El sistema legal de distribución establece, mediante las reglas señaladas en relación al tiempo determinado para la franja, una fórmula bastante rígida de distribución.

Teniendo a la vista los resultados de la elección anterior y aplicando las reglas establecidas en la ley, el cálculo que el Consejo debió realizar arroja necesariamente un porcentaje del tiempo correspondiente a cada partido o candidato. En el caso de marras, el Consejo consideró un universo de votos que excluyó los votos blancos y nulos, excluyó también los recibidos por partidos que no se presentan en la elección en curso y los recibidos por los candidatos independientes. Con ese universo correspondiente al 79,53% del total de votos emitidos, determinó cuál era el porcentaje que correspondía a cada partido y candidato en la franja electoral. En el caso del Partido Liberal, que obtuvo el 0,05% de los votos en la elección parlamentaria anterior y, por tanto, fue el partido menos votado, el porcentaje correspondiente fue de 0,063% del tiempo de la franja. Las reglas de equivalencia hacen extensivo ese porcentaje a los independientes en su conjunto y a los partidos nuevos. Por último, una regla de igual distribución dividirá ese 0,063% entre el número de los candidatos independientes.

La ley no sólo fija reglas de distribución sino también el tiempo de duración de la franja electoral, que en este caso fue de 20 minutos. Sin embargo, la ley no fija lo que el Ministro Juica llamó un "mínimo aceptable" de tiempo por candidato o partido, sino que se limita a establecer reglas de equivalencia y una regla general de proporcionalidad. La resolución del Consejo presenta un sistema que fija el mínimo asignable en un segundo. Si

seguimos estrictamente la regla de la proporcionalidad, el tiempo asignado debería ser de 0,756 segundos. La pregunta consiguiente es: ¿por qué el Consejo fijó un mínimo si ello no era exigido por la ley? La respuesta desde una perspectiva formal es que el Consejo ejerció su competencia para fijar la distribución, en la que debía, de alguna manera, racionalizar la distribución del tiempo de la franja. Un segundo como unidad mínima de distribución parecía razonable. Pero frente a esa conclusión surge una nueva pregunta: ¿por qué el mínimo fue de un segundo? ¿Por qué no fue de medio segundo o de diez segundos? La respuesta debería ser que el Consejo tiene un margen de discreción para ejercer su potestad de ejecución de la ley y su Acuerdo es un legítimo ejercicio de dicha potestad.

La única respuesta que queda para justificar que el Consejo haya fijado una alteración a la regla de la estricta proporcionalidad es que el Consejo tenía un margen de discrecionalidad en la resolución de la distribución del tiempo de la franja.

b) Las alternativas interpretativas y la interpretación correcta de la ley

El primer sistema alternativo de distribución que puede presentarse es un sistema que no tenga un "mínimo aceptable". Un sistema que siga fielmente el principio de distribución proporcional del tiempo de la franja no puede fijar ese mínimo. En ese sistema, el tiempo asignado a cada nuevo partido sería de 0,756 segundos, los mismos que se distribuirían entre los candidatos independientes. Este sistema no se diferencia de manera relevante del sistema del Consejo en lo que respecta a su conformidad con los principios de igualdad y pluralismo. Un segundo sistema es el que plantea el Ministro Juica. Un sistema con un mínimo aceptable mayor. Ese mínimo aceptable de diez segundos establecería una mayor coherencia con los principios de igualdad y pluralismo, pero traería más problemas con la regla de proporcionalidad que los que ya acarrea el sistema del Consejo.

Un sistema jurídicamente correcto no necesita infringir la regla de proporcionalidad para estar conforme a los principios constitucionales. La regla de proporcionalidad es una regla que no debe romperse. Lo que exigen los principios constitucionales atinentes al caso es una mejor interpretación de la regla, una interpretación que dé cuenta de los principios que están en la base del ordenamiento jurídico del cual la regla del artículo 31 de la ley 18.700 es parte. La forma de llegar a ese sistema se basa en la consideración de la totalidad de la franja electoral, a través de todo el

periodo de propaganda, como una unidad de distribución. La ley establece claramente el porcentaje de tiempo de franja que corresponde a cada partido y candidato, pero no señala cómo ese porcentaje ha de distribuirse en forma temporal. Es perfectamente posible que el objetivo pretendido por el recurrente de contar con una secuencia de segundos o minutos más extensa que la que se le otorga, se logre, en la medida que se omita su participación en algunas emisiones de la franja, aumentándose otras. Con esto, los partidos nuevos, y tal vez los independientes, podrán expresar un discurso articulado y de más contenido, siendo preferible esto, que aparecer sólo como imágenes repentinas a los ojos de los electores, y no poder exponer las ideas que justifiquen, ante la opinión pública, su programa político.

El que una distribución tal pueda ser posible dependerá de la justificación de que el ejercicio de la potestad del Consejo tiene un margen de discrecionalidad y que ésta no infringe el tenor de la ley.