



2022

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia

Rol 10733-2021

[11 de enero de 2022]

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DE LOS ARTÍCULOS 33, N°
2; 13, INCISO SEGUNDO; Y 1°, INCISOS PRIMERO, CUARTO,
QUINTO, SEXTO, SÉPTIMO Y OCTAVO; DE LA LEY N° 18.838, QUE
CREA EL CONSEJO NACIONAL DE TELEVISIÓN

DIRECTV CHILE TELEVISIÓN LIMITADA

EN EL PROCESO ROL N° 12-2021, SOBRE RECLAMO DE ILEGALIDAD,
SEGUIDO ANTE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

VISTOS:

Con fecha 15 de abril de 2021, DIRECTV Chile Televisión Limitada ha presentado un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 33, N° 2; 13 inciso segundo; y 1° incisos primero, cuarto, quinto, sexto, séptimo y octavo de la Ley N° 18.838, que crea el Consejo Nacional de Televisión, en el proceso Rol N° 12-2021, sobre reclamo de ilegalidad, seguido ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

Preceptos legales cuya aplicación se impugna

El texto de los preceptos impugnados dispone:

“Ley N° 18.838, que crea el Consejo Nacional de Televisión



(...)

Artículo 1º. - El Consejo Nacional de Televisión, en adelante "el Consejo", es la institución autónoma de rango constitucional creada por el inciso sexto del numeral 12 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, cuya misión es velar por el correcto funcionamiento de todos los servicios de televisión que operan, u operen a futuro, en el territorio nacional. Estará dotado de personalidad jurídica y de patrimonio propio, y se relacionará con el Presidente de la República por intermedio del Ministerio Secretaría General de Gobierno.

Al Consejo Nacional de Televisión no le serán aplicables las normas generales o especiales, dictadas o que se dicten para regular a la Administración del Estado, tanto centralizada como descentralizada, salvo lo dispuesto en el decreto ley N° 1.263, de 1975, y en la ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, aprobada por el artículo primero de la ley N° 20.285, y en el Título VI de la presente ley.

Para los efectos de velar por el correcto funcionamiento de los servicios de televisión, tendrá su supervigilancia y fiscalización, en cuanto al contenido de las emisiones que a través de ellos se efectúen, salvo en las materias técnicas normadas y supervisadas por la Subsecretaría de Telecomunicaciones.

Se entenderá por correcto funcionamiento de estos servicios el permanente respeto, a través de su programación, de la democracia, la paz, el pluralismo, el desarrollo regional, el medio ambiente, la familia, la formación espiritual e intelectual de la niñez y la juventud, los pueblos originarios, la dignidad humana y su expresión en la igualdad de derechos y trato entre hombres y mujeres, así como el de todos los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Para efectos de esta ley, se entenderá por pluralismo el respeto a la diversidad social, cultural, étnica, política, religiosa, de género, de orientación sexual e identidad de género, siendo deber de los concesionarios y permisionarios de servicios de televisión, regulados por esta ley, la observancia de estos principios.

Asimismo, se entenderá que el correcto funcionamiento de esos servicios comprende el acceso público a su propuesta programática y que en la difusión de ella, en la forma y de la manera que cada concesionario determine, se cautelen los derechos y principios a que hacen referencia los incisos anteriores.

De igual manera, el correcto funcionamiento de estos servicios comprende el cabal cumplimiento, por parte de los concesionarios y permisionarios, de las leyes Nos 17.336, 20.243 y del Capítulo IV, del Título II del Libro I, del Código del Trabajo.

También se podrá considerar correcto funcionamiento, entre otras cosas, la incorporación de facilidades de acceso a las transmisiones para personas con necesidades físicas especiales, la transmisión de campañas de utilidad pública a que



hace referencia la letra m) del artículo 12, y la difusión de programación de carácter educativo, cultural o de interés nacional.”.

(...)

Artículo 13°.- El Consejo no podrá intervenir en la programación de los servicios de radiodifusión televisiva de libre recepción ni en la de los servicios limitados de televisión. Sin embargo, podrá: 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 filmico calificado para mayores de dieciocho años de edad por el Consejo de Calificación Cinematográfica. La publicidad, autopromociones, resúmenes y extractos de este tipo de programación, que sean inapropiados para menores de edad, sólo podrán emitirse en esos mismos horarios; c) establecer restricciones y limitaciones a la exhibición de productos cuya publicidad se encuentre prohibida o limitada en virtud de la normativa vigente, ya sea respecto de sus horarios de exhibición o en aspectos cualitativos de sus contenidos, y d) fijar, de manera general, un porcentaje de hasta un 40% de producción chilena en los programas que transmitan los canales de servicios de radiodifusión televisiva de libre recepción. Este porcentaje deberá incluir la exhibición de películas, documentales y cortometrajes de producción nacional independiente.

Los concesionarios de servicios de radiodifusión televisiva de libre recepción y permisionarios 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.

Se prohíbe la transmisión o exhibición de películas calificadas con contenido pornográfico o excesivamente violento, por el Consejo de Calificación Cinematográfica, en los servicios de radiodifusión televisiva de libre recepción.

El Consejo no tendrá atribuciones para intervenir en los otros servicios de telecomunicaciones que sea factible prestar a través de las redes de los concesionarios, sin perjuicio de las atribuciones que le competen para velar por el correcto funcionamiento de los servicios de radiodifusión televisiva de libre recepción.”.

(...)

Artículo 33°.- Las infracciones a las normas de la presente ley y a las que el Consejo dicte en uso de las facultades que se le conceden, serán sancionadas, según la gravedad de la infracción, con:

1.- Amonestación.

2.- Multa no inferior a 20 ni superior a 200 unidades tributarias mensuales, en caso de tratarse de concesionarias de servicios de radiodifusión televisiva o permisionarios de servicios limitados de televisión regionales, locales o locales de carácter comunitario. Para el caso de concesionarias de servicios de radiodifusión televisiva o permisionarios de servicios limitados de televisión de carácter nacional, las multas podrán



ascender hasta un máximo de 1.000 unidades tributarias mensuales. En caso de reincidencia en una misma infracción, se podrá duplicar el máximo de la multa.

3.- Suspensión de las transmisiones, hasta por un plazo de 7 días, tratándose de infracción grave y reiterada.

4.- Caducidad de la concesión. Esta sólo procederá en los siguientes casos: a) no iniciación del servicio dentro del plazo y con la cobertura señalados en la resolución que otorga la concesión, salvo caso fortuito o fuerza mayor; b) incumplimiento de las exigencias establecidas en los incisos primero y final del artículo 18; c) resolución de liquidación ejecutoriada; d) suspensión de transmisiones, impuesta como sanción por resolución ejecutoriada del Consejo, por tres veces dentro de un mismo mes o por cinco veces dentro del año calendario, por alguna de las siguientes infracciones: 1) interrupción, injustificada o no autorizada previamente por el Consejo, de las transmisiones por más de cinco días; 2) incumplimiento de las normas técnicas por las cuales se rija la respectiva concesión, y 3) infracción de lo establecido en el artículo 1° de esta ley; e) Transferir, ceder, arrendar u otorgar el derecho de uso a cualquier título de una concesión de radiodifusión televisiva otorgada por concurso público, sin la previa autorización del Consejo, autorización que deberá ser otorgada una vez recibido el informe correspondiente por parte de la Subsecretaría de Telecomunicaciones. La referida autorización no podrá ser denegada sin causa justificada.

Las permisionarias de servicios limitados de televisión sólo podrán ser sancionadas en virtud de infracción a lo dispuesto en el artículo 1° de esta ley, en la letra l) de su artículo 12, en el artículo 14 y en el inciso segundo del artículo 15 quáter.”.

(...)

Síntesis de la gestión pendiente y del conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal

El requirente afirma ser proveedora de servicios de televisión limitados o televisión de pago y haber sido sancionada por el Consejo Nacional de Televisión (CNTV) a una multa ascendente a 50 UTM por la exhibición, en horario de protección de niños y niñas, de una película para mayores de 14 años.

Dicha sanción se impuso el 23 de diciembre de 2020, deduciendo ella posteriormente un reclamo de ilegalidad contra el acto sancionatorio, encontrándose dicho recurso pendiente de resolución por la Corte de Apelaciones de Santiago.

Afirma al respecto que la aplicación de estos preceptos vulnera el artículo 19 N°s 2°, N° 3° inciso sexto y N° 26° de la Constitución.

Estima que la disposición contenida en el artículo 33 N° 2 de la Ley N° 18.838 contiene un precepto legal vago e indeterminado, que no contiene criterios objetivos y ponderados para la determinación de la sanción en el caso concreto, posibilitando una absoluta discrecionalidad por parte del CNTV, para desatender las circunstancias particulares de cada caso a la hora de fijar la sanción administrativa.



Adicionalmente, dicha disposición transgrede el principio de proporcionalidad de sanciones pues: (i) contempla una sanción de multa cuyo rango es muy amplio, (ii) no establece un catálogo de infracciones determinando su gravedad, y (iii) tampoco establece criterios de razonabilidad objetiva y ponderada para la determinación específica de la sanción.

A su juicio, el artículo 13 inciso segundo del referido cuerpo normativo, igualmente posibilita infracciones constitucionales al permitir prescindir del elemento culpabilidad para sancionarle, vulnerando las garantías del procedimiento administrativo sancionatorio contemplados en el artículo 19 N°s 2° y 3° de la Constitución. En este sentido, explica que tal disposición asimilaría la esfera de control de los proveedores de televisión de libre recepción, que crean la grilla de contenidos que se transmitirán a los clientes (personas indeterminadas), con los proveedores de televisión de pago, sin considerar que éstos no tendrían injerencia alguna en el contenido que transmite el proveedor de contenido en sus respectivos canales de televisión. Además, en el acto sancionatorio se habría desestimado toda consideración al principio de culpabilidad, sosteniendo al efecto que, de conformidad con tal norma, la mera inobservancia de la Ley del CNTV conlleva responsabilidad.

Denuncia igualmente discriminación arbitraria con motivo de ello, en cuanto se trata como iguales a agentes desiguales, pues tal entidad le ha aplicado este artículo con el objeto de suplir el análisis de culpabilidad en cada caso, aplicando sanciones en prescindencia de este requisito.

En cuanto al artículo 1° de la Ley N° 18.838, en los incisos reprochados, arguye vulneración al principio de tipicidad, establecido en el artículo 19 N° 3° inciso final de la Constitución, en cuanto constituye un presunto “tipo infraccional”, pero que violenta todo estándar mínimo de seguridad jurídica exigida por el principio de tipicidad, dando paso para que el CNTV sancione cualquier conducta como infractora en abierta contradicción con el artículo 19 N° 3° de la Constitución.

Señala que la misión de velar por el correcto funcionamiento del servicio y los principios que éste protege no contendría una descripción precisa a nivel legal del deber de conducta que traiga aparejada la aplicación de una sanción que puede llegar a las 1.000 UTM. Por ello, dicha norma no podría dar base, por sí sola, a la aplicación de una sanción, pues no cumpliría con el requisito de la tipicidad, especialmente considerando que la normativa del CNTV no establece regulación alguna respecto de la emisión de películas calificadas como para mayores de 14 años por parte del Consejo, como sí ocurre con las calificadas como para mayores de 18 años.

Tramitación

El requerimiento fue acogido a trámite por la Primera Sala, con fecha 29 de abril de 2021, a fojas 90. Fue declarado admisible por resolución de la misma Sala el día 25 de mayo de 2021, a fojas 184, confiriéndose traslados de estilo.



Traslado evacuado por el Consejo Nacional de Televisión

El Consejo Nacional de Televisión ha evacuado traslado a fojas 192, abogando por el rechazo del libelo.

Para ello, examina jurisprudencia reciente relativa al artículo 33 N° 2 de ley N° 18.838, destacando que no existen pronunciamientos respecto a las otras normas impugnadas en autos.

Refiere que las STC Roles N°s 9166 y 9167 dejan en claro que el problema constitucional detectado sería propio y excluyente del mencionado artículo 33 N° 2, y que no podría sostenerse que aquel irradia o contamina, de manera general, al resto de la Ley N° 18.838 (c. 25°), razonamiento que anticipa que el libelo debe ser rechazado en relación a los artículos 1° y 13 cuestionados en autos.

En el caso, todos los argumentos de la empresa permisionaria en el juicio de fondo dicen relación con la interpretación (es decir, con dilucidar el verdadero sentido y alcance) de las disposiciones de la Ley N°18.838 y de las Normas Generales sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión.

De la lectura del libelo, destaca dos características.

La primera, es que se pretende inaplicar disposiciones de carácter estructural para el sistema de control que el legislador, mandatado por la Constitución, ha definido respecto de este medio de comunicación. En efecto, el artículo 1° contiene normas que dan cuenta de la existencia del Consejo Nacional de Televisión (inciso primero) y que aterrizan en el ámbito legislativo el contenido normativo del concepto “correcto funcionamiento” contemplado en el artículo 19 N° 12° inciso sexto de la Constitución. Lo mismo ocurre, a su juicio, con el artículo 13, que define un régimen de responsabilidad administrativa que permite que dicho control sea efectivo y no meramente ilusorio, especialmente respecto de las empresas permisionarias (aquellas que proveen televisión de pago).

La segunda, es que el tenor de las impugnaciones dirigidas contra estas disposiciones es eminentemente abstracto. Así, la empresa manifiesta su desagrado general con la normativa y, en algunos pasajes, derechamente con la técnica legislativa. Incluso, respecto del artículo 1°, pareciera impugnarse derechamente la existencia de un órgano que controle el correcto funcionamiento del medio de comunicación, contra disposición constitucional expresa que así lo establece.

Afirma que el libelo es improcedente pues se objeta, en el fondo, la propia Constitución. El artículo 1° de la Ley N° 18.848 es espejo del artículo 19 N° 12° inciso sexto de la Constitución que establece que “*Habrà un Consejo Nacional de Televisión, autónomo y con personalidad jurídica, encargado de velar por el correcto funcionamiento de este medio de comunicación. Una ley de quórum calificado señalará la organización y demás funciones y atribuciones del referido Consejo*”. En tal caso, si el parámetro de comparación ha de ser la Constitución -y no la crítica abstracta o las consideraciones de política



pública-, queda de manifiesto a su juicio, que no existe contradicción posible entre la aplicación del precepto impugnado y la Constitución, pues el contenido normativo del primero es idéntico al de una norma constitucional.

Añade que el requerimiento es improcedente pues impugna un sistema completo en relación al aludido artículo 1° y no sólo un precepto que lo conforma. Y el efecto de inaplicar tales normas sería la impugnación del sistema completo que permite el aseguramiento de este fin constitucional, tanto en lo orgánico como en lo sustantivo.

Adicionalmente, el efecto de una eventual sentencia estimatoria de inaplicabilidad sería la generación de un espectro normativo difuso e incoherente, haciendo ininteligible el problema jurídico para el juez del fondo. Dado que la empresa requirente pretende eliminar la existencia de un Consejo Nacional de Televisión (al menos en los términos contemplados en la Constitución), así como sus competencias para ejercer control sobre este medio de comunicación, la declaración de inaplicabilidad de las normas impugnadas produciría un efecto inconstitucional de mayor entidad todavía.

Señala que lo mismo puede decirse respecto de las impugnaciones dirigidas contra el artículo 13 inciso segundo. Dicho precepto contiene una norma de atribución de responsabilidad, en virtud de la cual, tanto los concesionarios de libre recepción como los permisionarios de servicios limitados son responsables del contenido que transmitan. Esta norma es impugnada por la requirente, pero aquella consiste en un reproche contra el sistema jurídico completo que sustenta el control del correcto funcionamiento de la televisión, tal como mandata la Constitución al legislador. En ese sentido, la requirente pretende sustraer sus acciones de la competencia del CNTV, ya no alterando las normas sobre atribución de responsabilidad, sino derechamente eliminándolas del derecho aplicable a la gestión pendiente.

En igual sentido, estima que el libelo se sustenta en impugnaciones de carácter general, impropias en sede de control concreto de inaplicabilidad.

Niega igualmente la existencia de contravenciones constitucionales. Es posible que el legislador, en ejercicio de sus facultades, defina regímenes de responsabilidad objetiva en ciertos ámbitos y la norma prevista en el artículo 33 antes aludido, satisface estándares de la jurisprudencia de esta Magistratura, en cuanto (i) los artículos 1°, 12, 13 y 33 de la ley señalan causales de procedencia de las sanciones del CNTV. En la misma línea, (ii) se identifica íntegramente la autoridad encargada de imponer las sanciones. Por otro lado, (iii) los artículos 34 y ss. de la misma Ley N° 18.838 contemplan un procedimiento de aplicación de las sanciones. Por último, (iv) el mismo artículo 34 contempla la posibilidad de revisión de la sanción por la Corte de Apelaciones, a través de un recurso especial que es, precisamente, el que la requirente ha ejercido, dando origen a la gestión pendiente respecto de la cual se deduce el requerimiento de inaplicabilidad de autos.



Por último, sostiene que el propio artículo 33 N° 2 contiene criterios de graduación de la sanción administrativa, cuestión que ha sido considerada particularmente importante por la Magistratura Constitucional en otras ocasiones. En efecto, en el numeral segundo impugnado existen dos criterios que determinan el rango de multa aplicable por la Administración: el alcance de la concesionaria o permisionaria sancionada (nacional vs. local) y su calidad de infractor por primera vez o de reincidente.

Vista de la causa y acuerdo

En Sesión de Pleno de 28 de septiembre de 2021 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública, alegatos por la requirente de la abogada Marissa López Baldazzi, y del Consejo Nacional de Televisión del abogado Patricio Zapata Larraín.

Se adoptó acuerdo en sesión de 28 de septiembre de 2021, conforme fue certificado por el relator de la causa.

Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, se ha requerido la inaplicabilidad de los artículos 1° incisos primero, cuarto, quinto, sexto, séptimo y octavo, 13 inciso segundo y 33 N° 2 de la Ley N° 18.838 que crea el Consejo Nacional de Televisión. En la primera de las disposiciones impugnadas se contempla la misión de dicho Consejo, consistente en velar por el correcto funcionamiento de todos los servicios de televisión que operan, u operen a futuro, en el territorio nacional, estableciéndose que, para ese efecto, tendrá la supervigilancia y fiscalización de dichos servicios, en cuanto al contenido de las emisiones y lo que se entiende por aquel correcto funcionamiento.

Por su parte, en el artículo 13 inciso segundo se impone a los concesionarios de servicios de radiodifusión televisiva de libre recepción y a los permisionarios de servicios limitados de televisión la responsabilidad exclusiva y directa de todo y cualquier programa, nacional o extranjero, que transmitan, aun cuando se trate de transmisiones o retransmisiones vía satélite.

En fin, el artículo 33 N° 2 señala que las infracciones a la Ley N° 18.838 son susceptibles de ser sancionadas, según su gravedad, con amonestación, multa, suspensión de las transmisiones o caducidad de la concesión. Respecto de la multa, el numeral 2 dispone que no puede ser inferior a 20 ni superior a 200 unidades tributarias mensuales, en el caso de concesionarias de servicios de radiodifusión televisiva o permisionarios de servicios limitados de televisión regionales, locales o locales de carácter comunitario, y hasta 1.000 unidades tributarias mensuales, tratándose de servicios de radiodifusión televisiva o permisionarios de servicios limitados de televisión de carácter nacional. En el evento de reincidencia de una misma infracción, además, la disposición permite duplicar el máximo de la multa;



SEGUNDO: Que, la requirente sostiene, en síntesis, respecto de la objeción que formula al artículo 1º, que vulnera el principio de tipicidad, establecido en el artículo 19 N° 3º inciso final de la Constitución. Respecto del artículo 13 inciso segundo alega que, al prescindir del elemento culpabilidad para sancionar, vulnera las garantías del procedimiento administrativo sancionatorio contempladas en el artículo 19 N°s 2º y 3º de la Constitución.

Por último y en nexa con el artículo 33 N° 2º sostiene que, al no establecerse criterios objetivos para la aplicación de la multa que se la ha impuesto, se vulnera la proporcionalidad de las sanciones administrativas, como límite a la potestad punitiva del Estado, que la Constitución asegura en su artículo 19 N° 2º y 3º;

TERCERO: Que, esta Magistratura ha conocido, en casos anteriores, requerimientos de inaplicabilidad en contra de este último precepto legal, habiéndolos acogido, lo cual también hará en esta oportunidad, atendido que no hay consideraciones particulares de esta causa que conduzcan a modificar aquellos pronunciamientos estimatorios. Al contrario, no ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca de las impugnaciones planteadas a los artículos 1º y 13 de la Ley N° 18.838;

I. CONSEJO NACIONAL DE TELEVISIÓN: FUNCIÓN CONSTITUCIONAL, REGULACIÓN LEGAL Y POTESTAD SANCIONADORA

CUARTO: Que, el artículo 19 N° 12º inciso sexto de la Constitución dispone que “[h]abrá un Consejo Nacional de Televisión, autónomo y con personalidad jurídica, encargado de velar por el correcto funcionamiento de este medio de comunicación. Una ley de quórum calificado señalará la organización y demás funciones y atribuciones del referido Consejo”;

QUINTO: Que, esta disposición tuvo su origen en el Anteproyecto propuesto por la *Comisión de Estudio*, el cual no sólo contemplaba la creación del Consejo -que, en su competencia original, hasta la reforma de 1989, incluía también a la radio-, sino que lo regulaba directamente en la Carta Fundamental en variados aspectos, incluyendo su integración, la atribución de velar porque la radio y la televisión cumplieran las finalidades de informar y promover los objetivos de la educación que la Constitución consagra y la potestad para otorgar, renovar o cancelar las concesiones de radiodifusión.

Además, el Anteproyecto contemplaba un inciso que preceptuaba: “De las resoluciones del Consejo que impongan sanciones a los medios de comunicación correspondientes y de las demás que determine la ley, podrá recurrirse ante la Corte Suprema, la que resolverá en conciencia” (Anteproyecto de Nueva Constitución, *Revista Chilena de Derecho* Vol 8 N° 1-6, 1981, p. 328), por cuanto, en opinión del Comisionado Jaime Guzmán, “[e]n lo referente a la sanción, se manifiesta partidario, después de escuchar todo lo



dicho, de señalar que, cuando se trate de establecer una sanción, haya siempre apelación a la Corte Suprema, la cual fallará en conciencia. Explica que es partidario de que tenga facultades sancionatorias de primera instancia dicho Consejo, no obstante los argumentos últimos del señor Ovalle, porque cree que, si existe siempre la facultad de ocurrir a la Corte Suprema de apelación, con garantías que la ley dará suficientemente para que tales apelaciones sean falladas en plazos breves, como lo hace la actual ley de televisión, en términos de no hacer ineficaz el recurso o gravosa la sentencia de primera instancia en exceso, ocurre que se va creando un flujo y un reflujo de jurisprudencia en esta materia, que le parece importante (...)" (Actas de la Comisión de Estudio, sesión 237ª, celebrada el 27 de julio de 1976, p. 745);

SEXTO: Que, el inciso transcrito fue modificado en el Proyecto propuesto por el Consejo de Estado, el cual planteó una disposición del siguiente tenor:

"De las resoluciones del Consejo por las cuales se cancele una concesión, podrá recurrirse directamente ante la Corte Suprema, la cual conocerá como jurado y en tribunal pleno. De las demás resoluciones, podrá reclamarse en los casos y en la forma que determine la ley" (Proyecto de Nueva Constitución, *Revista Chilena de Derecho* Vol 8 N° 1-6, 1981, p. 431).

Consta del debate habido en dicho Consejo que la modificación, en relación con los reclamos en contra de las sanciones que adoptaría el Consejo Nacional de Televisión, se fundó en no recargar excesivamente el trabajo de la Corte Suprema, habilitando al legislador para determinar el tribunal que conocería de ellas, optándose por "(...) un reclamo ante un tribunal ordinario de una jerarquía no tan elevada" (Jaime Arancibia Mattar et al. (Editores): *Actas del Consejo de Estado de Chile (1976-1990)*, Tomo I, Santiago, Centro de Estudios Bicentenario, 2008, sesión 61ª, celebrada el 2 de enero de 1979, p. 362);

SEPTIMO: Que, la Junta de Gobierno, sin embargo, sólo mantuvo el precepto relativo al Consejo en lo referente a su función principal, eliminando los demás aspectos propuestos, tal y como ya lo había hecho en el artículo 1° N° 12 del Acta Constitucional N° 3, para dejar nada más que lo que consideró esencial en el texto de la Carta Fundamental (Secretaría de Legislación de la Junta de Gobierno (julio-agosto, 1980). *Transcripción y Antecedentes. Decreto Ley N° 3.464*, Vol. 2, pp. 673-674);

OCTAVO: Que, en definitiva, la relevante función asignada por la Carta Fundamental al Consejo Nacional de Televisión justificó su incorporación en el texto constitucional, caracterizándolo, además, como un órgano autónomo y dotado de personalidad jurídica propia, lo cual no obsta a que sus decisiones, incluyendo las que dicen relación con la imposición de sanciones, sean susceptibles de revisión judicial, conforme lo establezca el legislador, el que, por ende, queda sujeto a la preceptiva constitucional vigente en la materia que, en este caso, nos exige verificar si, en su determinación, cumple el estándar fijado en las disposiciones de la Carta Fundamental invocadas por la requirente;



NOVENO: Que, desde esta perspectiva, situados ahora en el nivel legislativo, “[e]n cuanto a la regulación directa de la televisión en Chile, ésta comenzó de manera tardía respecto a otros países. Así, recién mediante el Decreto N° 7.039, de 28 de octubre de 1958, se aprobó el “Reglamento de Estaciones de Radiocomunicaciones que utilicen frecuencias superiores a 29,7 megaciclos por segundo” (Gerardo Ramírez González: *La Televisión Pública y su Rol Regulatorio*, Santiago, Editorial Hammurabi, 2019, p. 35), cuyo artículo 1° disponía que “[q]uedan comprendidas en las disposiciones del presente Reglamento todas las estaciones de radiocomunicaciones, de cualquier naturaleza que ellas sean y destinadas a efectuar cualquier tipo de servicio, que utilicen frecuencias superiores a 29,7 megaciclos por segundo (Mc/s.)”.

Dicha normativa, en el ámbito sancionatorio, estableció, en su artículo 51 inciso primero, que “[l]a explotación de una estación radiodifusora de frecuencia modulada o de televisión y la presentación de los programas es de responsabilidad exclusiva del concesionario. La contravención de esta disposición será sancionada con la suspensión de las transmisiones hasta por treinta días, sin perjuicio de la aplicación de las multas que fija el artículo 153 del decreto ley N° 244, de 15 de Mayo de 1931”, contemplando una multa de cinco a cincuenta mil pesos;

DECIMO: Que, posteriormente, en 1970, la Ley N° 17.377, sobre Televisión Chilena, dispuso, en su artículo 7°: “Créase una persona jurídica de derecho público denominada Consejo Nacional de Televisión a la que corresponderá la orientación general, supervigilancia y fiscalización de la televisión chilena, sin perjuicio de las funciones, atribuciones y facultades que, dentro de sus objetivos legales, corresponden en forma exclusiva a la Superintendencia de Servicios Eléctricos, de Gas y de Telecomunicaciones”.

Entre sus funciones y atribuciones, el artículo 8° de aquella contempló propender a la elevación del nivel programático y técnico de la televisión chilena, requerir y obtener la información adecuada y necesaria para velar por el cumplimiento de sus objetivos, así como también por el cumplimiento de las disposiciones de la ley y de las demás leyes y reglamentos que rijan sobre televisión y aplicar las sanciones a que se refería su artículo 6°, el cual preceptuaba, en su inciso tercero, que, “[s]in perjuicio de lo dispuesto en los incisos precedentes, el Consejo Nacional de Televisión podrá amonestar a determinado Canal y, en caso de infracciones graves y reiteradas, decretar la suspensión de sus transmisiones”.

En relación con dicha ley se sostuvo que “(...) [e]n general, se puede afirmar que se establecen atribuciones muy amplias, y se especifica poco acerca del funcionamiento e instrumentos administrativos que tendría el Consejo Nacional de Televisión para cumplir sus finalidades” (María de la Luz Hurtado, Paula Edwards y Rafael Guilisasti: *Historia de la TV en Chile (1958-1973)*, Santiago, Ediciones Documentas Ceneca, 1989, p. 307), lo cual, como se verá, ha ido siendo subsanado por la actual legislación en la materia;

DECIMOPRIMERO: Que, precisamente y en relación con la actual Ley N° 18.838, su artículo 1° disponía, en su texto original, “[c]réase el Consejo Nacional de Televisión a que se refiere el artículo 19, número 12°, de la Constitución Política, el que será



un servicio público autónomo, funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y de patrimonio propio, que se relacionará con el Presidente de la República por intermedio del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

Corresponderá a este Consejo velar por el correcto funcionamiento de los servicios de televisión, y, para tal fin, tendrá su supervigilancia y fiscalización, en cuanto al contenido de las emisiones que a través de ellos se efectúen, en conformidad con las normas de esta ley.

Se entenderá por correcto funcionamiento de esos servicios la constante afirmación, a través de la programación, de la dignidad de las personas y de la familia, y de los valores morales, culturales, nacionales y educacionales, especialmente la formación espiritual e intelectual de la niñez y la juventud”;

DECIMOSEGUNDO: Que, al examinar los antecedentes de este precepto legal aparece que “[s]e acordó reproducir el verbo “velar” que emplea la Carta Fundamental, cuyo alcance quedó explicitado por la Comisión de Estudios de la Constitución Política (Actas Oficiales de la Sesión N° 238, de 21 de julio de 1976), en el sentido de que es un concepto que lleva implícita la posibilidad de aplicar ciertas medidas sancionadoras o disciplinarias en caso de que no se cumplan los requerimientos que haga el organismo encargado de orientar, supervigilar y fiscalizar el correcto funcionamiento del medio de comunicación que regula el proyecto, pero sin atentar contra el principio de la libertad de expresión.

En suma, “velar”, si bien tiene un sentido activo, como es ejercer potestades fiscalizadoras, también supone cuidar solícitamente una cosa, mediante una actividad positiva y creadora con miras al cumplimiento de ciertos objetivos.

Por último, se precisa lo que debe entenderse por correcto funcionamiento de ese medio y servicio estableciendo que será la constante afirmación a través de su programación, de la dignidad de las personas y de la familia, y de los valores morales, culturales, nacionales y educacionales, especialmente la formación espiritual e intelectual de la niñez y la juventud.

La expresión correcto funcionamiento de ese medio, reviste importancia desde una doble perspectiva: primero, en cuanto permite fijar el marco de las atribuciones normativas que se confieren al Consejo; y segundo, porque en uso de tales atribuciones -y en concordancia con el sentido y alcance que se ha dado al verbo velar- puede llegar a aplicar ciertas medidas sancionadoras a los concesionarios por haber infringido esas disposiciones” (Informe de la Cuarta Comisión Legislativa, 17 de julio de 1989, Boletín N° 938-15);

DECIMOTERCERO: Que, efectivamente y según consta en el acta de la aludida sesión 238^a, el empleo de la palabra “velar” tuvo por finalidad que no se pudiera atribuir la idea de atentado contra el principio de la libertad de expresión, pues, como señaló el comisionado Jaime Guzmán, “(...) Es un verbo que permite que el legislador pueda conferir al Consejo las facultades que la actual ley de televisión confiere al Consejo Nacional de Televisión; vale decir, orientación, supervigilancia y fiscalización. Si se tiene claro y se deja constancia de que ese verbo y esa interpretación son congruentes, no divisa ningún inconveniente en usar el término velar”;



DECIMOCUARTO: Que, por su parte, el texto original del artículo 13 inciso primero establecía que *“[e]l Consejo Nacional de Televisión no podrá interferir en la programación de la radiodifusión televisiva y en la de los servicios limitados de televisión, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda haber a los concesionarios por los programas que emitan, de acuerdo con lo establecido en el artículo 33”*.

DECIMOQUINTO: Que, ambas disposiciones fueron objeto de modificaciones en la Ley N° 20.750.

Así, en relación con el artículo 1°, sustituyó su inciso primero para clarificar que el Consejo Nacional de Televisión no había sido creado por la ley, sino que por la Constitución y para incorporar la misión de velar por el correcto funcionamiento de todos los servicios de televisión que operan, u operen a futuro, en el territorio nacional. En seguida, se intercaló el inciso segundo y reemplazó el entonces inciso segundo por el que ahora aparece como inciso tercero, vinculando aquella misión con la supervigilancia y fiscalización que se confieren al Consejo.

Asimismo, reemplazó el inciso tercero, que pasó a ser cuarto, ampliando el contenido de lo que debe entenderse por correcto funcionamiento y se agregaron los incisos siguientes que hoy aparecen en el artículo 1°.

En fin, la Ley N° 20.750 agregó el inciso segundo al artículo 13, entre otras modificaciones que se introdujeron a dicho precepto;

DECIMOSEXTO: Que, finalmente y en lo que dice relación con los antecedentes del actual artículo 33 N° 2 en la Ley N° 18.838, se verifica que, en su texto original, el referido precepto legal disponía: *“[e]l Consejo Nacional de Televisión podrá sancionar con amonestación, multa o suspensión a los concesionarios de radiodifusión televisiva o de servicios limitados de televisión que infringieren esta ley y su reglamento”* y el artículo 34 agregaba que *“[l]as multas previstas en el artículo anterior no podrán ser inferiores a veinte ni superiores a cuatrocientas unidades tributarias mensuales. En todo caso, la primera multa por una determinada infracción no podrá exceder del cincuenta por ciento del máximo”*;

DECIMOSEPTIMO: Que, en virtud de la Ley N° 19.131, en 1992, se estableció, en un nuevo artículo 33, que las infracciones a la ley serían sancionadas, según su *gravedad*, entre otras sanciones, con: *“2.- Multa no inferior a 20 ni superior a 200 unidades tributarias mensuales. En caso de reincidencia en una misma infracción, se podrá duplicar el máximo de la multa”*. Finalmente, la Ley N° 20.750, en 2014, dio su redacción actual al texto del artículo 33 N° 2, habiendo extendido su aplicación, como recordaremos más adelante, junto a los concesionarios de servicios de radiodifusión televisiva, también a los permisionarios de servicios limitados de ese medio de comunicación social;

DECIMOCTAVO: Que, en consecuencia, desde la preceptiva contenida en el Decreto N° 7.039, de 1958, hasta la ley hoy vigente, la regulación de la multa que puede imponer el Consejo Nacional de Televisión se ha reducido a establecer un monto mínimo y uno máximo;



II. RECHAZO INAPLICABILIDAD DE LOS ARTÍCULOS 1° Y 13

DECIMONOVENO: Que, la requirente solicita la inaplicabilidad tanto del artículo 1° incisos primero, en la parte que indica, como de sus incisos cuarto, quinto, sexto, séptimo y octavo de la Ley N° 18.838 por cuanto vulnerarían el principio de tipicidad, establecido en el artículo 19 N° 3° inciso final de la Constitución, ya que “(...) *la misión de velar por el correcto funcionamiento del servicio y los principios que este protege no contiene una descripción precisa a nivel legal del deber de conducta que trae aparejada la aplicación de una sanción (...)*” (fs. 44);

VIGESIMO: Que, en una situación análoga se encuentra la inaplicabilidad intentada en contra del artículo 13 inciso segundo, en virtud del cual los concesionarios de servicios de radiodifusión televisiva de libre recepción y permisionarios 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, habida consideración que, a juicio de la accionante de inaplicabilidad, sería discriminatorio “(...) *por tratar como iguales a los concesionarios de televisión abierta y a los permisionarios de televisión de pago, en circunstancias que no ejercen el mismo control sobre el contenido que se transmite; y (ii) se resta consideración alguna a los niveles de diligencia que hubiere o no empleado el fiscalizado, sancionándose con la firmeza de una responsabilidad objetiva, sin atender al elemento de culpabilidad que debe existir para aplicar una sanción administrativa*” (fs. 42 y 43);

VIGESIMOPRIMERO: Que, desde luego, la requirente no se hace cargo que la misión contenida en el artículo 1° de la Ley N° 18.838 ha sido conferida, primeramente, por el artículo 19 N° 12° inciso sexto de la Constitución y que el legislador no sólo la reproduce en términos literales, sino que va precisando en los incisos que son objeto de la acción de inaplicabilidad, tanto en el texto original de dicho cuerpo legal como en virtud de la reforma introducida mediante la Ley N° 20.750, su sentido y alcance para ir dotando a esa misión constitucionalmente atribuida de certeza;

VIGESIMOSEGUNDO: Que, en este sentido, la Ley N° 20.750 fue objeto de diversos controles por parte de esta Magistratura durante su tramitación parlamentaria. Entre otros, en el Rol N° 2.541 en que se sostuvo la inconstitucionalidad de la definición de *pluralismo* que se buscaba agregar al artículo 1° de la Ley N° 18.838 y que hoy constituye uno de los incisos cuya inaplicabilidad se solicita en estos autos.

El texto de aquella definición, objetado en el requerimiento parlamentario, señalaba “*Para efectos de esta ley, se entenderá por pluralismo el respeto a la diversidad social, cultural, étnica, política, religiosa, de género, de orientación sexual e identidad de género, siendo deber de los concesionarios y permisionarios de servicios de televisión, regulados por esta ley, promover en los contenidos entregados la observancia de estos principios, excluyendo aquellos que atenten contra los mismos*”.



Precisamente, a propósito de aquella definición se declaró la inconstitucionalidad de la frase final -“*excluyendo aquellos que atenten contra los mismos*”- porque se consideró que “(...) *el deber asignado a los concesionarios y permisionarios de servicios de televisión en orden a excluir de los contenidos entregados aquellos que atenten contra ciertos principios que define el legislador, importa una evidente mutilación al pleno ejercicio de la libertad de emitir opinión y de informar, representando una forma de censura previa (...)*” (c. 7°);

VIGESIMOTERCERO: Que, a su turno y en relación al artículo 13 inciso segundo, viene al caso recordar que esta Magistratura, también en el Rol N° 2.541, consideró que la regla de responsabilidad allí contemplada se justifica porque el Consejo Nacional de Televisión “(...) *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) (...)*” (c. 19°), sin que, en el requerimiento, se explique cómo, entonces, podría producirse el resultado contrario a la Constitución de una norma que, al contrario de ser limitativa, busca garantizar la responsabilidad en el contexto del respeto a la libertad que se garantiza a concesionarios y permisionarios;

VIGESIMOCUARTO: Que, más aún, en sentencias anteriores, recaídas en inaplicabilidades respecto del artículo 33 N° 2°, ya hemos anticipado que, “(...) *Es preciso señalar, eso sí, que la falta de densidad normativa que constatamos en el artículo 33 N° 2° de la Ley N° 18.838 no es fundamento suficiente para atribuir, per se, el mismo déficit a otras disposiciones de dicho cuerpo legal, como lo hace el requerimiento, a fs. 12, en particular, a la que, por mandato constitucional, le exige velar por el correcto funcionamiento de la televisión*” (c. 25°, Roles N° 9.166 y 9.167);

VIGESIMOQUINTO: Que, en consecuencia, la acción de inaplicabilidad ataca preceptos legales que, por una parte, reproducen el texto de la Constitución y precisan su contenido o sirven como elemento que configura las potestades del Consejo Nacional de Televisión tendientes a asegurar la libertad de programación de que gozan concesionarios y permisionarios, de otra, frente a lo cual el requerimiento no da cuenta de la argumentación, fáctica y jurídica, suficiente para sostener, a juicio de estos sentenciadores, la acción de inaplicabilidad respecto de los artículos 1° y 13 inciso segundo de la Ley N° 18.838, por lo que lo desecharemos en esta parte;

III. SE ACOGERÁ INAPLICABILIDAD DEL ARTICULO 33 N° 2

VIGESIMOSEXTO: Que, finalmente y conforme a los términos planteados por las partes en estos autos, la última cuestión que debemos dilucidar exige resolver si la aplicación del artículo 33 N° 2 de la Ley N° 18.838, por la manera como ha configurado la sanción de multa, vulnera o no los numerales 2° y 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental;

VIGESIMOSEPTIMO: Que, resumiremos las consideraciones planteadas en pronunciamientos anteriores, pues las circunstancias de este caso concreto no nos



permiten variarlas, sin que sea necesario exponer latamente lo que ya resulta suficientemente conocido por las partes, como aparece de sus escritos y alegatos, así como por el Juez del Fondo, conforme a las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores en cumplimiento de nuestras decisiones previas de inaplicabilidad;

VIGESIMOCTAVO: Que, siguiendo este criterio, hemos recordado que esta Magistratura ha debido evaluar, prácticamente desde el Rol N° 244, distintos aspectos de constitucionalidad en relación con disposiciones vinculadas al Derecho Administrativo Sancionador, tanto respecto de preceptos legales -en sede de control preventivo o con motivo de requerimientos de inaplicabilidad- como de actos administrativos, habiendo adoptado sentencias en torno acerca del estándar que debe cumplir la descripción de la sanción (c. 22°, Rol N° 480), fundamentalmente, como se ha dicho, por lo asegurado en el artículo 19 N° 2° y N° 3° de la Constitución;

VIGESIMONOVENO: Que, específicamente, en torno de las sanciones administrativas, *“(...) este Tribunal Constitucional se ha pronunciado en numerosas oportunidades a favor del principio de proporcionalidad, especialmente en materia de sanciones o penas. Indicando que esa relación de equilibrio entre el castigo impuesto y la conducta imputada, que desde el campo penal se extiende como garantía a todo el orden punitivo estatal, viene a materializar tanto el derecho constitucional de igualdad ante la ley (artículo 19, N° 2°), cuanto aquella garantía que encauza la protección de los derechos en un procedimiento justo y racional (artículo 19, N° 3°) (...). (c. 7°, Rol N° 2.658), por cuanto “(...) el derecho a un procedimiento justo y racional no sólo trasunta aspectos adjetivos o formales, de señalada trascendencia como el acceso a la justicia de manera efectiva y eficaz, sino que también comprende elementos sustantivos de significativa connotación material (Rol N° 437, considerando 14°), como es -entre otras dimensiones- garantizar la proporcionalidad de las medidas adoptadas en su virtud. Esto es, en los procesos punitivos, que exista una relación de equilibrio entre la sanción impuesta y la conducta imputada” (c. 28°, Rol N° 1.518);*

TRIGESIMO: Que, por ello, esta Magistratura ha considerado que *“(...) el principio de predeterminación normativa se integra también con el elemento de correspondencia entre la conducta ilícita tipificada y la sanción consiguiente, como se ha discurredo en las consideraciones precedentes. Si bien tal correspondencia puede dejar márgenes más o menos flexibles a la discrecionalidad judicial, en función de las características del caso concreto, le está vedado al legislador -so riesgo de vulnerar el principio de proporcionalidad en el sentido de delimitación de la potestad sancionadora- prescindir de todo criterio para la graduación o determinación del marco de la sanción a aplicar, sea en términos absolutos o de manera excesivamente amplia. Ésta, por lo demás, ha sido la impronta seguida en general en nuestro ordenamiento jurídico administrativo en el ámbito de la regulación económica, comprobándose que, para el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa, los órganos dotados de *ius puniendi* deben sujetarse a ciertos límites impuestos objetivamente por el legislador para efectos de ponderación de la sanción. El esquema habitualmente utilizado se orienta a restringir la discrecionalidad del ente sancionador, a través de la incorporación de*



directrices que hacen obligatoria la ponderación de las circunstancias para la determinación de las correspondientes sanciones, en el caso concreto” (c. 13°, Rol N° 2.678).

TRIGESIMOPRIMERO: Que, en suma, no hay duda que la potestad sancionadora de la Administración del Estado se sujeta a los principios y normas constitucionales y, especialmente, a lo dispuesto en el artículo 19 numerales 2° y 3° de la Carta Fundamental tanto en su ejercicio por dicha Administración como, previamente, en la configuración de la respectiva potestad por el legislador, de tal manera que los preceptos legales sancionatorios “(...) *prevean lo siguiente: la relación entre la conducta y la pena prevista, en vista al bien jurídico protegido; la existencia de márgenes o rangos para la aplicación de las penas; y la presencia de criterios objetivos que auxilien a los intérpretes en la determinación de la sanción definitiva*” (Nicolás Enteiche Rosales: *Las Sanciones Administrativas. El Principio de la Proporcionalidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 52), lo cual exige, en lo que atañe a este caso, una suficiente determinación de la sanción prevista en el artículo 33 N° 2 de la Ley N° 18.838, sobre la base de criterios objetivos, reproducibles y verificables que determinen no sólo un mínimo y un máximo del monto a aplicar, sino también graduación y parámetros o criterios de determinación que la delimiten y contribuyan a su definición en casos concretos;

TRIGESIMOSEGUNDO: Que, por ende, en el caso que ahora debemos resolver se vuelve a cuestionar un aspecto preciso de la potestad sancionadora que el legislador ha atribuido al Consejo Nacional de Televisión, consistente en dirimir si la preceptiva legal impugnada ha configurado la sanción de multa respetando los principios y normas constitucionales referidos;

II. APLICACIÓN AL CASO CONCRETO

TRIGESIMOTERCERO: Que, como lo hemos manifestado en casos análogos anteriores (c. 2°, 3° y 4°, Rol N° 7.659), el precepto impugnado resulta en su aplicación contrario a los numerales 2° y 3° del artículo 19 de la Constitución, pues no contiene parámetros objetivos, claros y dotados de suficiente densidad normativa que garanticen realmente que el Consejo Nacional de Televisión pueda ajustar o calibrar la multa concreta y, luego, especialmente, que el Juez del Fondo examine -conforme a dichos parámetros- la sujeción de la respectiva decisión sancionatoria a la legalidad vigente, puesto que la elaboración y definición de esos criterios queda, entonces, entregada a la sola apreciación discrecional de la misma autoridad administrativa que la impone y de los Tribunales Superiores que realizan el control judicial en el respectivo reclamo deducido por el concesionario o permisionario, sin que las argumentaciones sostenidas en estos autos, como en los precedentes, sirvan para desestimar la acción intentada;

TRIGESIMOCUARTO: Que, en conclusión, la aplicación contraria a la Constitución no deviene del defecto o error en la apreciación que efectúe el Consejo -



cuya calificación no corresponde a esta Magistratura- ni de la mayor o menor laxitud con que se verifique el control judicial, sino que se produce a raíz que el precepto legal contenido en el artículo 33 N° 2 de la Ley N° 18.838 adolece de los criterios, márgenes o parámetros que son constitucionalmente exigidos para que resulte, en su aplicación, respetuoso de la Carta Fundamental, vulnerando lo preceptuado en su artículo 19 numerales 2° y 3° inciso sexto.

Y TENIENDO PRESENTE lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimer, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

- I. QUE SE **ACOGE** EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A LO PRINCIPAL DE FOJAS 1, POR LO QUE SE DECLARA LA INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 33, NÚMERO 2, DE LA LEY N° 18.838, QUE CREA EL CONSEJO NACIONAL DE TELEVISIÓN, EN EL PROCESO ROL N° 12-2021, SOBRE RECLAMO DE ILEGALIDAD, SEGUIDO ANTE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. OFÍCIESE.
- II. QUE SE RECHAZA EN LO DEMÁS EL REQUERIMIENTO DE AUTOS.
- III. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.

DISIDENCIA

Acordado con el voto en contra del Ministro señor JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN (Presidente), GONZALO GARCÍA PINO, y de la Ministra señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO, quienes estuvieron por rechazar del libelo de fojas 1 por las consideraciones siguientes:

1°. Como ya se ha indicado previamente, este requerimiento innova parcialmente respecto de las normas legales que se impugnan. Por un lado, ésta es la primera vez que se reprocha la constitucionalidad de los artículos 1°, inciso primero, cuarto, quinto, sexto, séptimo y octavo; y 13, inciso segundo de la Ley N°18.838 que crea el Consejo Nacional de Televisión. Ha habido unanimidad por el rechazo de dichas disposiciones. Por otro lado, la acción de inaplicabilidad también se ha interpuesto en contra del artículo 33 N° 2° de la mencionada ley, precepto sobre el cual



esta Magistratura ya se ha pronunciado en reiteradas oportunidades (STCs 10.661, 10.523, 10.510, 10.436, 10.387, 10.243, 9167, 9166, 8196 y 8018). En todas ellas los Ministros que suscriben esta disidencia hemos estado por su rechazo. Así, en lo que sigue, la fundamentación de la presente disidencia reiterará -con los ajustes que corresponden en atención al caso concreto- lo señalado en los votos en contra de las sentencias aludidas.

I. DELIMITACIÓN DEL ASUNTO CONSTITUCIONAL CONTROVERTIDO.

2º. *El agravio concreto alegado.* La empresa requirente culpa al régimen sancionatorio transcrito precedentemente de no contener criterios de graduación adecuados que permitan guiar a quien aplica una multa a establecer una cuantía que no sea excesivamente gravosa y a distinguir, por ejemplo, la muy disímil participación de mercado de quienes realizan una misma conducta infraccional. La recurrente estima que dicho régimen es tan vago e indeterminado que no lo hace apto para constreñir suficientemente a quien ha de determinar la sanción de un ejercicio arbitrario o desproporcionado, vulnerándose, en lo medular, la racionalidad y justicia procedimental exigida por el artículo 19, Nº 3º, inciso sexto, de la Constitución (amén de otros dos derechos derivados del defecto mencionado).

3º. **Interrogantes constitucionales relevantes.** Las preguntas que a continuación se plantean expresan, de diferente manera, la misma idea central: ¿Tienen las normas legales pertinentes el grado de precisión y especificidad suficiente para delimitar el espacio de discrecionalidad de la autoridad administrativa (y de la justicia) para imponer una sanción? ¿Tienen las normas sobre cuya inaplicabilidad debe pronunciarse este Tribunal la densidad legal suficiente para estructurar y guiar el ejercicio de la potestad sancionatoria? ¿Existen criterios, parámetros o guías para la determinación de la magnitud de la sanción aplicable? ¿Tienen las normas legales pertinentes la aptitud para que la autoridad administrativa o judicial pueda imponer (si es el caso) una sanción proporcionada o que no carezca de racionalidad en cuanto a su severidad?

II. ACUERDOS Y DIVERGENCIAS CON LA POSTURA EXPRESADA EN EL FALLO.

4º. Este voto disidente, al igual que el fallo, valora la revisión judicial de sanciones administrativas como una condición ineludible derivada del principio constitucional de racionalidad y justicia procedimental. Igualmente, no discutimos sobre la necesidad de que un régimen sancionatorio cuente con un grado tal de especificidad que quite sustento a la pretensión de considerar como legítimo la aplicación de multas arbitrarias o desproporcionadas. En este último sentido, coincidimos en descartar la constitucionalidad de diseños legislativos que carezcan de



algún criterio para la graduación de la severidad de una sanción. Asimismo, existe coincidencia en que este Tribunal, al conocer de una acción de inaplicabilidad de las características antes señaladas, no se pronuncia sobre si en el caso concreto procede o no sancionar o, en su caso, cuán severa debe ser la multa.

5°. Por el contrario, diferimos del fallo en lo referente a las pautas que pueden extraerse de la jurisprudencia de este Tribunal. Estimamos que las sentencias de este Tribunal toleran mayores matices que los que parece admitir el fallo. Así, este voto disidente rescata la importancia del criterio de la gravedad para la determinación del importe de la multa. Asimismo, descartamos que sea inconstitucional un régimen sancionatorio que carezca de una clasificación de las infracciones (según su importancia o gravedad) a las cuales asociar sanciones con distinto rango de severidad. Adicionalmente, no estamos de acuerdo con asumir como supuesto que el criterio de gravedad expresado en el inciso inicial del artículo que establece el marco sancionatorio no procede ser aplicado para definir el monto de la multa, sino que tiene como única función discriminar según el tipo de sanción aplicable (amonestación, multa, suspensión de transmisiones o caducidad de la concesión).

III. ALGUNOS ASPECTOS PROPIOS DE UN RÉGIMEN ADMINISTRATIVO SANCIONADOR RACIONAL Y JUSTO.

6°. Antes de abordar el tema, es importante tener presente que el análisis que este Tribunal debe acometer ha de hacerse sobre la base no del mejor arreglo procedimental posible, sino intentando descubrir si el diseño legal objeto de escrutinio supera o no estándares mínimos de tolerabilidad constitucional.

7°. *Posibilidad de graduación.* Una primera característica que debe existir en un buen régimen administrativo sancionador es que proporcione un espacio o flexibilidad suficiente para que el juzgador determine el importe de la multa al caso particular. Tiene que existir alguna posibilidad de que la autoridad administrativa o el juez, según sea el caso, pueda ajustar o graduar la sanción de acuerdo con las circunstancias concretas de la infracción e infractor, lo cual es especialmente atinente dada las diferencias existentes entre la esfera administrativa y la penal.

8°. En materia penal, en donde el principio de legalidad es particularmente fuerte, los espacios de flexibilidad para que el juzgador realice el necesario ejercicio de ajustar o graduar la sanción según las circunstancias son más acotados en virtud de que, por un lado, los diferentes tipos penales llevan asociados una sanción específica y, por otro lado, existen reglas detalladas respecto de cómo determinar la severidad de la pena (por ejemplo, el aumento o disminución de grados según la existencia de circunstancias agravantes o atenuantes).

9°. En materia administrativa sancionadora, en la que se admite una atenuación de los mayores requerimientos de precisión y especificidad exigibles en materia penal (ver STC 480), es posible apreciar y entender, en primer lugar, que el



nivel de precisión con que están redactadas las infracciones suele ser menor. En segundo lugar, no existen, en general, sanciones específicas asociadas a cada infracción, lo cual determina un menor grado de densidad normativa y precisión del régimen sancionador. Y, en tercer lugar, los espacios de que dispone un juez para graduar la severidad de la sanción suelen ser mayores, y así debiera ser dada la naturaleza de la regulación administrativa.

10º. *En base a criterios o parámetros fijados en forma previa por parte del legislador.* El hecho de que los exigentes requerimientos de precisión y especificidad característicos del sistema sancionatorio penal no necesariamente estén presentes en el ámbito administrativo sancionatorio, no significa que las posibilidades de graduación de que deba disponer la autoridad administrativa o el juez para la determinación, en este caso, del importe de una multa por una infracción a la normativa de emisión de programación para mayores de edad en horario de protección de niños y niñas no deban estructurarse en base a algún o algunos criterios o parámetros orientadores fijados en forma previa por parte del legislador. En efecto, un buen régimen administrativo sancionador debe contar con uno o más criterios o parámetros legales que el juzgador debe tomar en consideración para determinar el grado de severidad de la sanción a ser impuesta.

IV.- NO ESTAMOS ANTE UN RÉGIMEN SANCIONADOR IRRACIONAL O INJUSTO.

11º. En lo concerniente a los puntos recién discutidos y que resultan pertinentes para el análisis del caso concreto que se somete a nuestra consideración, explicaremos por qué es posible aseverar que sí se cumplen con los estándares mínimos de lo que sería un régimen sancionador racional y justo.

12º. La ley brinda espacios de flexibilidad para que la autoridad administrativa (el CNTV) y, luego, una corte de justicia, revisando lo obrado, pueda determinar el tipo de sanción (amonestación, multa, suspensión de transmisiones o caducidad de la concesión) y la severidad de la sanción específica (en este caso, la cuantía de la multa), en base a criterios o parámetros fijados en forma previa por parte del legislador.

13º. Hacer justicia es dar a cada uno lo que le corresponde y, para esto, se requiere que, previamente, la ley provea de opciones para acometer tal ejercicio de ponderación. El artículo 33 de la Ley N° 18.838 le brinda al CNTV y a la Corte de Apelaciones la posibilidad de ponderar eligiendo entre diferentes tipos de sanciones y, en el caso de la multa, ajustarla dentro de cierto margen.

14º. La antítesis está representada por aquellos casos en que la ley aplica de forma automática una sanción sin posibilidad de ponderar o graduar su aplicación. Ilustrativo de lo anterior han sido las sentencias estimatorias de inaplicabilidad del artículo 4º, inciso primero, segunda oración, de la Ley N° 19.886, referente a la sanción



de inhabilidad para contratar con el Estado en caso de haber sido condenado por práctica antisindical o infracción a los derechos fundamentales de los trabajadores. En dicho tipo de casos, este Tribunal ha señalado que *“la disposición cuestionada desborda los límites que debe respetar el Legislador a la hora de perseguir y castigar a quienes cometen ilícitos, conforme a la Carta Fundamental. Por cuanto, cualquiera sea la naturaleza o entidad de la falta cometida, con prescindencia absoluta de su extensión o gravedad, siempre e ineluctablemente la disposición legal objetada da lugar a esa sanción única de obstrucción contractual durante el lapso inamovible e invariable de dos años”* (STC Rol N° 3750, c. 9° - énfasis agregado).

15°. El criterio orientador rector que la ley pone a disposición del sentenciador es el de la gravedad. En efecto, el artículo 33, inciso primero, de la Ley N° 18.838 dispone expresamente que *“las infracciones [...] serán sancionadas [...] según la gravedad de la infracción”* (énfasis agregado). Este criterio no se limita a la determinación del tipo de medida o sanción aplicable. Ni el tenor literal ni la aplicación práctica permiten sustentar dicha hipótesis restrictiva erróneamente sustentada en que la gravedad dice relación con el tipo infraccional, mas no con la conducta infraccional, concepto más amplio. Es más, la estructura interna del régimen contravencional de esta ley no contempla clasificación explícita alguna que distinga tipos de contravenciones según su nivel de gravedad. Por consiguiente, al hacerse referencia a la *“gravedad de la infracción”* dicha disposición está aludiendo a la conducta ilícita. Así, es posible concluir que el criterio de graduación referido a la gravedad opera, también, como pauta orientadora para determinar la sanción dentro de determinado margen. En este caso particular, ha de utilizarse para fijar el *quantum* preciso de la multa.

16°. La aplicación de la sanción de multa está estructurada sobre la base de tres criterios. El primero dice relación con el *carácter local o nacional del concesionario* (sujeto pasivo de la multa). Dicho criterio diferencia la extensión del rango dentro del cual puede aplicarse la multa, el que es idéntico en el límite inferior (20 UTM), pero que difiere en cuanto al límite máximo. Así, aquellas concesionarias cuyas transmisiones tienen un alcance territorial mayor (nacional) y, por lo mismo, una aptitud potencial de daño más elevada, pueden ser multadas hasta por 1.000 UTM (en contraste con las 200 UTM contempladas para las concesionarias locales). El segundo parámetro está referido a si ha habido o no *reincidencia* por parte del sujeto en la comisión de la misma infracción por la cual se la está multando. Si se acredita tal circunstancia agravante, se podrá imponer hasta el doble de la cuantía máxima. El tercer y principal criterio es el de la *gravedad*, el cual tiene por función orientar a la autoridad administrativa o judicial (en su caso) en la fijación precisa del importe de la multa que ha de aplicarse al infractor, dentro de los márgenes permitidos.

17°. La postura a favor de la declaración de inaplicabilidad desestima significativamente la importancia de la gravedad como criterio de graduación de una sanción, lo que está lejos de ser una postura asentada por parte de esta Magistratura.



Desde una mirada global podría, más bien, afirmarse lo contrario. La línea jurisprudencial predominante ha sostenido, además, que lo contrario a la racionalidad y justicia procedimental en el diseño de procedimientos sancionatorios es la ausencia de criterios de graduación, lo que no ocurre en este caso. Como ha sido reiteradamente manifestado en diversas sentencias por más de media década, “[e]ste Tribunal ha sido estricto respecto de la ausencia expresa en un régimen legal punitivo de criterios que permitan graduar, caso a caso, el quantum de la sanción. Así lo ha recalcado en la STC 2922, recaída sobre la misma materia objeto de análisis y en la que expresa, aludiendo a la STC 2648, que le está vedado al legislador -so riesgo de vulnerar el principio de proporcionalidad en el sentido de delimitación de la potestad sancionadora- prescindir de todo criterio para la graduación o determinación del marco de la sanción a aplicar, sea en términos absolutos o de manera excesivamente amplia (...) El esquema habitualmente utilizado se orienta a restringir la discrecionalidad del ente sancionador, a través de la incorporación de directrices que hacen obligatoria la consideración de las circunstancias para la determinación de las correspondientes sanciones, en el caso concreto (c. 27º)” (ver c. 10º de STC 3932 y equivalentes).

18º. Antes, este Tribunal no tenía reparos en afirmar que “la ponderación de la gravedad de la infracción va de suyo con la imposición de cualquier sanción” (STC 2658, c. 13º). Hoy, en este tipo causas por sanciones aplicadas por el CNTV, y repitiendo lo señalado en la STC 7454 recaída en causa sobre el régimen sancionador por defecto establecido en el artículo 506 del Código del Trabajo¹, el fallo expresa su temor de que el mandato legal de tener en consideración la gravedad de la infracción no tenga eficacia real, al decir que “no garantiza realmente que el operador encargado de aplicar la misma, vaya a ajustar o calibrar la sanción según la gravedad de la infracción”. Esto ha llevado, nuevamente, a sostener -al contrario de lo que generalmente ha considerado esta Magistratura²- que el criterio de graduación de sanciones referido a la gravedad de la infracción se transforma en vacuo, vacío o insuficiente si el legislador no hace una clasificación de las infracciones en leves, graves o gravísimas.

19º. A diferencia de lo que se manifiesta en el fallo del cual disentimos, la gravedad es un criterio de graduación de sanciones que tiene un contenido de gran riqueza y que resulta importante desde el punto de vista constitucional. Cuando se habla de proporcionalidad se está aludiendo a la severidad de la sanción en relación con la gravedad del ilícito, lo cual está íntimamente relacionado con la justicia, elemento central en el lenguaje del inciso sexto del numeral 3º del artículo 19º de la Constitución.

¹ El reproche común en dicho tipo de causas (al menos inicialmente -causa rol 2671) consiste en que la manera en que se configuran los rangos parcialmente escalonados de multas no guardaría relación con el parámetro de gravedad establecido por el mismo artículo 506 del Código del Trabajo, ya que más que atender al número de personas a las cuales les habría afectado la infracción, se consideraría el número de personas que trabajan.

² Ver, por ejemplo, STC 480 y STC 2658.



20°. La falta de proporcionalidad entre la severidad de las sanciones y la gravedad de los ilícitos sancionados puede atentar contra consideraciones de justicia retributiva, la cual asume, en general, que la comisión de un ilícito más grave merece, también, una sanción más grave, en términos relativos. Este principio del “justo merecimiento” (o “just deserts”) no sólo proporciona una justificación moral para la imposición de una sanción, sino también una base teórica para determinar, en alguna medida, el quantum de la misma o, al menos, para limitar su grado de severidad, que es aquello que aflige a la empresa requirente. En efecto, los teóricos de esta escuela argumentan que el quantum de la sanción debe estar determinada por el principio de proporcionalidad, el cual implica que la severidad de la pena debe estar relacionada con la gravedad de la infracción. Dicho de otra forma, la severidad de la sanción permite comunicar el grado de reproche atribuido a la infracción, de modo que mientras más grave sea la conducta, más severa será la sanción. Y, cuando se habla de gravedad de la infracción, es posible hacer referencia a dos componentes claves de dicho concepto: el daño causado y la culpabilidad. Esto último ha sido reconocido por este mismo Tribunal: “No es ajeno a la doctrina jurídica el reconocimiento de que la culpabilidad y el daño son dos componentes claves del concepto de “gravedad” (Von Hirsch, Andrew: “Doing Justice: The Principle of Commensurate Deserts”. En Hyman Gross and Andrew von Hirsch (eds), Sentencing, Oxford University Press, 1981, p.243)” (STC 2995, c. 10º - énfasis agregado).

21°. La principal fortaleza del modelo retributivo del que la noción de gravedad es tributaria, como hemos dicho, está dada por su estrecha vinculación con el sentido de justicia. Pero, no es la única, ya que la noción de gravedad, la que, como hemos señalado, está íntimamente relacionada con el daño y la culpabilidad, permite la acomodación o integración de diversas variables, muchas de las cuales sirven de sostén al modelo disuasorio. Por ejemplo, la noción de daño es uno de los factores para determinar la gravedad de la sanción al mismo tiempo de ser uno de los elementos fundantes de una de las variantes del modelo disuasorio.

22°. Considerar en serio la *gravedad* como criterio de graduación permite responder satisfactoriamente a objeciones centrales de la parte requirente, esto es, la falta de consideración de su baja participación de mercado o la (supuesta) falta de consideración del daño causado o de su intencionalidad.

23°. Incluso más, el parámetro utilizado por el legislador para distinguir entre rangos de multas constituye una aproximación ex ante del daño potencial derivado de la extensión territorial. Como ya se advirtió, el precepto legal impugnado reconoce que hay concesionarias cuyas transmisiones tienen un alcance territorial mayor (nacional) y que, por lo mismo, tienen una aptitud potencial de daño más elevada. Por consiguiente, el monto máximo de la multa susceptible de ser impuesta a dicho tipo de concesionarios es mayor que la contemplada en caso que el infractor sea una concesionaria local.



24°. Cuando se minusvalora el criterio de la gravedad y, a su vez, se subraya, como lo hace el fallo, la necesidad de que la ley establezca criterios objetivos, reproducibles y verificables para la determinación del monto de la multa, uno se pregunta si no estarán, acaso, concibiendo el estándar de racionalidad y justicia como uno susceptible de ser satisfecho sólo con lo óptimo más que con lo suficiente. Es más, surge también la pregunta acerca del nivel de realismo de modelos “óptimos”.

25°. Al respecto, es importante no perder de vista que no existe una multa óptima. No estamos en presencia de un ejercicio “científico”. Ya la STC 2995 asumía - incluso en materia penal- que *“es un tanto inevitable la existencia de algún grado menor de desproporción en el tratamiento punitivo dispensado por el legislador”* (c. 18º). En un sentido similar, pero esta vez en el ámbito administrativo sancionador, la STC 3932 manifestaba que *“[no se puede] aspirar a que el nivel de precisión y densidad normativa sea tal que de un proceso de subsunción cuasi-automático sea posible determinar la multa óptima en cada caso”* (c. 13º).

V.- LA EXISTENCIA DE NORMAS ADMINISTRATIVAS COMO EVIDENCIA DE UNA SUPUESTA LAXITUD INCONSTITUCIONAL EN EL ARTÍCULO IMPUGNADO.

26°. El fallo intenta reforzar su argumentación sobre la “laxitud inconstitucional” de la norma legal impugnada poniendo como ejemplo la reciente dictación de la Resolución Exenta N° 591, sobre *Normas Generales para la determinación de la cuantía de las multas que debe aplicar el Consejo Nacional de Televisión*. Según éste, la necesidad de dictación de esta norma es un esfuerzo por regular – con igual laxitud – hipótesis distintas para su aplicación insuficientemente determinada. Se plantea que la dictación de dicha resolución demostraría una inconstitucional carencia de densidad normativa en cuanto a los parámetros para la determinación de la sanción concreta a ser aplicada a quien cometiere una infracción.

27°. Sobre el particular, cabe señalar que existiendo un criterio legal guía tan esencial como el de gravedad, no resulta reprochable, en sí mismo, que la autoridad administrativa elabore directrices o guías internas que le permitan abordar el ejercicio de determinación de una sanción de una manera que facilite dicha labor y que propenda a que su dictación se realice de manera razonablemente uniforme y predecible. De la existencia de directrices infralegales no se sigue, necesariamente, la inexistencia de parámetros legales suficientes. Un problema distinto es si las decisiones que surjan luego de aplicar los parámetros orientadores o criterios de las normas generales dan lugar a un resultado inadecuado, para cuyo caso, no obstante, existe la posibilidad de enmienda por la vía judicial. Reiteramos, no hay defectos constitucionales en el diseño legal.



VI.- HECHOS QUE SERÍAN INDICIARIOS DE LOS DEFECTOS DE CONSTITUCIONALIDAD ALEGADOS.

28°. La postura a favor de la inaplicabilidad ha hecho algunos juicios concretos sobre la práctica jurisprudencial administrativa y judicial sobre sanciones impuestas por el CNTV. **Se ha argumentado que hay dos hechos que serían indiciarios o reflejarían los defectos de constitucionalidad alegados:** (i) el reconocimiento en estrados de que, en muchos de los casos, la I. Corte de Apelaciones ha disminuido la multa impuesta por la mencionada repartición. Y (ii) el que todas las empresas que transmitieron la misma película fueron multadas en el mismo monto.

29°. Al respecto, cabe hacer dos comentarios. Primero, una recurrente modificación judicial favorable de las multas administrativas impuestas por el CNTV puede demostrar cosas diversas no necesariamente compatibles entre sí y, por ende, inidóneas para sacar conclusiones con algún grado convicción. En efecto, sentencias judiciales que rectifiquen la sanción impuesta por el mencionado órgano pueden tener su origen en: (i) falencias del CNTV en la aplicación de las normas legales irreprochables, (ii) falencias del CNTV en la aplicación de normas legales debido a los defectos de que adolecen, o (iii) idoneidad del sistema para corregir multas mal aplicadas por medio del uso adecuado de las reglas existentes.

Segundo, hay que tener presente que, con independencia del parecer que se tenga respecto de la suficiencia o insuficiencia constitucional de la norma impugnada, la facultad de la Corte para modificar la multa impuesta es algo no controvertido. Como bien es reconocido en el propio fallo (con el cual concordamos a este respecto), “conviene dejar constancia, previamente, que no corresponde a este Tribunal entrar a examinar si se cometió o no la infracción sancionada por el Consejo Nacional de Televisión, hoy reclamada judicialmente, ni determinar cuál es su gravedad -todo lo cual corresponde al juez del fondo”.

VII.- EL EFECTO DE LA DECLARACIÓN DE INAPLICABILIDAD Y SU RATIFICACIÓN EN CONSIDERACIÓN A LOS PRECEDENTES SOBRE LA MATERIA.

30°. Para finalizar, y aunque no se trata de un argumento determinante para rechazar el requerimiento, es necesario recalcar lo que hemos señalado en los precedentes anteriores en esta materia: **la declaración de inaplicabilidad de la norma requerida significará, en la práctica, la eliminación de la aplicación de sanciones contra el requirente.**

31°. Como señalamos en los precedentes, la declaración de inaplicabilidad del artículo 33° N° 2 de la Ley N° 18.838 no restituirá el respeto por el estándar constitucional de proporcionalidad, ni tampoco permitirá a la Corte de Apelaciones graduar de manera distinta la multa aplicada al requirente, como pretende la sentencia de autos. Al contrario, significará la imposibilidad de aplicar multa alguna



al requirente por la infracción verificada por el Consejo Nacional de Televisión. La declaración de inaplicabilidad de la norma impugnada constituye la base legal para la aplicación de una sanción pecuniaria por parte de la Corte de Apelaciones de Santiago. De esta manera, al momento de conocer el fondo del recurso de apelación interpuesto por el requirente contra el Acuerdo del Consejo Nacional de Televisión, la Corte de Apelaciones de Santiago deberá forzosamente declarar la ilegalidad de la multa impuesta al no existir base legal para su determinación.

32º. En efecto, y tal como ha ocurrido con precedentes que han sido acogidos por este Tribunal (véase, por ejemplo, las STCs 8018 y 8096), la declaración de inaplicabilidad de la norma impugnada significará -de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Santiago- que se deje sin efecto la aplicación de la multa a la requirente. Al respecto, resulta útil tener en cuenta que aun cuando -en causas similares- se ha solicitado en recursos de reclamación previos la sustitución de la sanción de multa por una de amonestación, la Corte ha determinado la improcedencia de tal opción.

Por lo anterior, aunque el fallo señale que “no corresponde a este Tribunal entrar a examinar si se cometió o no la infracción sancionada por el Consejo Nacional de Televisión, hoy reclamada judicialmente, ni determinar cuál es su gravedad -todo lo cual corresponde al juez del fondo- y menos cuestionar las facultades de fiscalización y sanción que el legislador, con claro fundamento constitucional, ha atribuido a dicho Consejo”, el efecto práctico probable de la declaración de inaplicabilidad será absolver al requirente de toda sanción.

POR LO TANTO, en consideración a los argumentos expuestos y a las normas constitucionales pertinentes, **no corresponde declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la norma legal impugnada en autos**. El requerimiento ha debido rechazarse.

PREVENCIONES

Los **Ministros señores JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN (Presidente)**, **GONZALO GARCÍA PINO** y **Ministra señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO** previenen que también rechazan el requerimiento en lo concerniente a los artículos 1º, inciso primero, cuarto, quinto, sexto, séptimo y octavo; y 13, inciso segundo de la Ley N° 18.838 que crea el Consejo Nacional de Televisión. Para tal efecto, adhieren a la fundamentación expresada en el fallo en los considerandos décimo noveno a vigésimo quinto del fallo, con excepción de lo expresado en su considerando vigésimo cuarto.

El Ministro señor NELSON POZO SILVA, previene que concurre al voto por acoger el requerimiento, únicamente respecto del artículo 33, N° 2 de la Ley 18.838,



que crea el Consejo Nacional de Televisión, en atención a las consideraciones que pasa a exponer:

1°. Que compartiendo los considerandos del fallo principal por acoger la norma en cuestión glosados en los motivos 26° a 32°, debe incidirse en su análisis preciso que la aplicación efectiva de la norma cuestionada implica su forma de operar dentro de los parámetros cuyos márgenes se encuentran fijados en el precepto ya referido.

2°. Que el fundamento que motiva este voto particular hace suyo aquellos sustentos relativos a la infracción del principio de proporcionalidad en el caso concreto, teniendo en consideración que en la especie se ha generado un desequilibrio entre la infracción imputada y la sanción aplicada, de modo que este previniente razona en el sentido de ser esta la única motivación para el acogimiento de la presente acción.

3°. Que cumpliéndose los componentes de la proporcionalidad en cuanto al fin adecuado, la conexión racional, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto (la ponderación), debemos adosar la razonabilidad a la proporcionalidad, atendido a que estamos en presencia de una materia propia de la sanción administrativa, que exige que esta materia -la proporcionalidad- forma parte de la categorización de la arquitectura jurídica, la cual refleja que este instituto es una herramienta jurídica diseñada para resolver conflictos entre derechos fundamentales o conflictos entre derechos fundamentales y el interés público.

4°. Dado lo anterior, la requirente al exhibir una película con contenido inapropiado para menores de edad, en horario protegido, lleva implícito que el rol que cumple la actora constitucional es transmitir un contenido ya embazado, lo cual al tenor del criterio seguido en los precedentes STC Nos 8018, 8196, 9166 y 9167, entre otros, estuvo por acoger el requerimiento con idéntica prevención.

El Ministro señor RODRIGO PICA FLORES previene que concurre al voto por acoger el requerimiento, pero sin compartir lo razonado en sus considerandos 5°, 6° y 7°, y teniendo además presente:

1°. En materia de interpretación constitucional, la relevancia del elemento histórico no es la misma que en materia de interpretación de leyes, y si el constitucionalismo contemporáneo es esencialmente democrático, la apelación a la “voluntad” o “intención” de quienes participaron en órganos asesores de una junta militar debe ser descartada como acto legitimante de una determinada opción hermenéutica en el año 2021. En lugar de ello, resulta más pacífico atender a la búsqueda de la finalidad de la preceptiva constitucional específica, situada dentro de un sistema normativo, en una Constitución que debe responder a necesidades y conflictos jurídicos actuales, por lo que la concreción del sentido normativo de la misma será indisociable del contexto sociopolítico y cultural de cada época, y en ese



sentido, el rol del Estado con la Tv es muy distinto hoy al que tuvo en una época en la que solamente existía la tv por aire vía vhf, sin tv cable, tv satelital domiciliaria, iptv ni menos internet. De esta suerte, lo que pudieren ser las convicciones íntimas o las intenciones de los participantes en los diversos órganos, asesores o no, que fueron parte de la elaboración del texto original de la Carta de 1980 aparecen evidentemente subordinadas al devenir de la norma, al desarrollo de la ciencia y a la evolución de la sociedad a la que rige y la del sistema político hasta la actualidad, no pudiendo conformar así las actas de los órganos asesores de una junta militar una suerte de testamento constitucional, ni menos una verdad indiscutida.

2°. Además, el Estado constitucional y democrático de nuestra época, con todas las imperfecciones y déficits que tenga, es incompatible con la atribución del carácter y la fuerza de historia fidedigna o canon interpretativo con estándar de verdad a las actas de los órganos asesores de la Junta Militar, como lo fue la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sobre todo si se tiene en cuenta que, con variadas, reiteradas y sustanciales reformas, hoy nos rige un texto constitucional sustancialmente diferente, que ha sido sucesivamente enmendado por órganos expresivos de la soberanía popular en períodos de democracia y normalidad constitucional, lo cual no obsta a que en el ejercicio de autodeterminación el titular de la soberanía pueda considerar insuficiente lo obrado a través de las atribuciones constituyentes derivadas, lo cual es parte del devenir actual del sistema político, en el marco de la discusión constituyente ya iniciada mediante el plebiscito del 25 de octubre de 2020 y la instalación de la Convención Constitucional.

3°. Que, en referencia al caso concreto, el CNTV obvia que las empresas operadoras de tv por cable y por satélite, como la requirente, sancionada en el caso de marras, son intermediarias de servicios y señales extranjeras, cuya emisión y programación se encuentra regida por la legislación del Estado desde el cual transmiten.

4°. La aplicación de la preceptiva impugnada y el sometimiento de los intermediarios de señales a las potestades del CNTV generan que, en los hechos, se les trate como responsables de las emisiones de canales extranjeros y que se les exija la misma responsabilidad infraccional por contenidos que se les asigna a los canales que emiten señal desde Chile. Es decir, en esta materia, se trata a las intermediarias de TV paga como si fueran canales emisores, asimilando el tratamiento de sujetos que se encuentran en diferente posición: canal emisor chileno e intermediario de señales, sean chilenas o extranjeras.

5°. Esa asimilación es indebida y relevante constitucionalmente, pues no reconocer la diferencia entre un emisor y un intermediario implica hacer responsables a los prestadores de servicios intermediados de algo que no les es imputable: la administración de la programación y de la emisión de los canales extranjeros, pues es imposible que tengan injerencia en ellas al no ser dueños, administradores ni gestores de los mismos. A su vez, los canales extranjeros, como el que emitió la película que



motiva la sanción, son empresas situadas en territorio extranjero y contrapartes contractuales de los intermediarios, en relaciones jurídicas transfronterizas y generalmente de adhesión, generando la preceptiva impugnada multas para el intermediario por la conducta del emisor, sancionando así a causa de hechos ajenos que son incontrolables por el sancionado, en omisión de toda noción de culpabilidad y determinación de la conducta propia, lo cual es un trato diferenciado y más gravoso que el estándar sancionatorio común, que reconoce a la culpabilidad como elemento esencial. Así, una sanción por hecho ajeno imposible de controlar, y la omisión de la noción de culpabilidad devienen en un trato discriminatorio y arbitrario, de aquellos que prohíbe el numeral 2° del artículo 19 de la Constitución Política.

6°. Esa asimilación entre canal emisor chileno e intermediario de señales, sean chilenas o extranjeras, encierra además una paradoja que se puede resumir en la siguiente pregunta: ¿puede la legislación y un órgano del Estado Chileno tener potestades para limitar el derecho a la libertad de emitir, de expresar y de informar de los canales de TV extranjeros y fuera de las fronteras de Chile?, a este respecto, cabe mencionar que la autonomía editorial de un medio es parte del contenido esencial de la libertad de abrir y mantener medios de comunicación y que un Estado de derecho democrático y respetuoso de libertades mínimas no puede pretender potestades limitativas ni injerencistas en canales de tv ni medios extranjeros por la vía de pretender regirlos por la ley chilena sin estar situados en nuestro territorio, cuestión que recuerda episodios de otras épocas, como lo fue la criminalización de la recepción de transmisiones radiales en onda corta por parte regímenes dictatoriales o como lo es la imposibilidad de acceder a redes sociales y medios web en algunos Estados en nuestro tiempo.

7°. A lo anterior se suma una nueva paradoja propia de nuestra época: el espacio virtual y la internet han permitido el pleno ejercicio de los derechos humanos de acceso a la cultura y de libre circulación de la misma y de las artes (ver en este sentido el artículo 19, numeral 25° de la Constitución Política de la República y el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), al punto que muchos canales de TV transmiten en vivo no solo por los diversos sistemas de tv conocidos, sino que replicando su señal además a todo el mundo vía páginas web propias o por plataformas como www.youtube.com (entre otros, por ejemplo, los canales RT, HISPANTV, TELESUR), a lo que se agrega que algunos grupos mediales tienen además una señal especial de transmisión por dichas plataformas de internet (t13movil, 24horasplay, France24, Euronews, entre otras). A ello cabe agregar que también por vía web hoy se presta el servicio denominado IPTV, que no es otra cosa que una parrilla de canales de televisión pagados, que se reciben vía internet (sin cable ni receptor satelital) para ser vistos en teléfonos, tablet, computadores y smart TV, parrilla en la cual vienen incluidos usualmente los mismos canales que tienen los servicios de cable y satelitales. Adicionalmente, es posible mencionar que diversas plataformas e intermediarios de comunicación han incorporado -a fin de cautelar el derecho de los padres, respecto de sus hijos, en el ámbito de la protección de su



integridad, en las diversas esferas- sistemas de control parental, con el objeto de evitar que niños, niñas y adolescentes tengan acceso a programación inadecuada a su etapa formativa, o bien a la que los padres, en su legítimo derecho, estimen inapropiadas conforme a sus definiciones culturales o religiosas, o la especial condición que los NNA tengan. Ello, en el contexto de que las transmisiones emitidas son propias de actividades económicas lícitas (como el desarrollo de filmaciones artísticas), que es limitada por las diferentes regulaciones establecidas en el Ordenamiento Jurídico. En consecuencia, sin entrar en la discusión -que no empece a este sentenciador, al tratarse de una definición del legislador- sobre el ámbito de limitación que puede establecer el Estado respecto al desarrollo de una actividad económica lícita y el que comprende a la responsabilidad de los privados. Cabe hacer presente que el bien jurídico que se intenta cautelar mediante la aplicación de una multa, podría ser cautelado con la supervisión y control parental, por cuanto la aplicación de una multa, en los términos previstos en el precepto que se intenta inaplicar, no sólo en su dimensión sustantiva es incompleto, sino que podría devenir en inaplicable al no superar un estándar de proporcionalidad en atención al elemento de relevancia jurídica que se intenta cautelar.

8°. Cabe tener presente que en función de la necesaria interdicción de la censura y del principio de neutralidad de la web (reconocido en la Ley N° 20.453, Consagra el Principio de Neutralidad en la red Para los Consumidores y Usuarios de Internet) surge otra conclusión evidente: el CNTV no podría arrogarse potestades de control y sanción sobre la programación de esos canales que transmiten utilizando la internet como medio de difusión, salvo que se sostenga que los contenidos que circulen por la web puedan ser objeto de examen, administración, multas, censura y regulación por el Estado, encarnado en el CNTV para el caso de Chile, a lo que se agrega que la neutralidad de la web y la no intervención en los contenidos de la misma por los prestadores de servicio ha sido reconocida por el Estado chileno mediante la dictación de la Ley N° 20.453, que incorpora al respecto la obligación de ofrecer controles parentales al respecto de lo cual se colige que todos los usuarios tenemos el derecho a que no se bloqueen sitios web, lo cual incluye a los canales de tv que por esa vía transmitan.

9°. Así, es perfectamente posible que una emisión que se considere sancionable por parte del CNTV para un operador de cable o tv satelital se desarrolle a la misma hora y pueda ser vista por el mismo espectador en un servicio de internet o de IPTV, sin que pueda ser intervenida ni por el prestador ni menos por el Estado, lo cual desnuda aún más la falta de razonabilidad que la aplicación del precepto impugnado podría llegar a tener, deviniendo además el caso concreto en un verdadero halo sospechoso de limitación ilegítima al derecho fundamental a la libre creación y circulación de las artes, en específico de creaciones cinematográficas, que fue incorporado al numeral 25° del artículo 19 de la Constitución Política por la Ley N° 19.742 de reforma constitucional no por un acto de generosidad garantista, sino por ser obligatorio hacerlo en cumplimiento de la sentencia condenatoria de la Corte



Interamericana de Derechos Humanos dictada en el caso “Olmedo Bustos y otros v/s Estado de Chile”, a causa del conjunto de actos de censura de la película “La última tentación de Cristo” de Martin Scorsese. Al respecto, cabe recordar que justamente una de las vías para impedir que dicha película fuera vista en Chile consistió en bloquear señales de tv por cable en las fechas y horarios que era transmitida, lo cual resulta irónicamente coincidente con la pretendida conducta debida que se invoca por el CNTV acerca de los hechos de la multa del caso concreto.

Redactó la sentencia el Ministro señor MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ y la disidencia el Ministro señor JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN (Presidente).

Las prevenciones corresponden a los Ministros señores JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN (Presidente), NELSON POZO SILVA, y RODRIGO PICA FLORES, respectivamente.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 10.733-21-INA

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN y por sus Ministros señores IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL, GONZALO GARCÍA PINO, CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, NELSON POZO SILVA, JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ, señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO, MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ y RODRIGO PICA FLORES.

Firma el señor Presidente del Tribunal, y se certifica que los demás señoras y señores Ministros concurren al acuerdo y fallo, pero no firman por no encontrarse en dependencias físicas de esta Magistratura, en cumplimiento de las medidas dispuestas ante la emergencia sanitaria existente en el país.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora María Angélica Barriga Meza.