

0000001

UNO



EN LO PRINCIPAL: Requerimiento de Inaplicabilidad por inconstitucionalidad; **PRIMER OTROSÍ:** Solicitud que indica; **SEGUNDO OTROSÍ:** Acompaña documentos; **TERCER OTROSÍ:** Solicita la suspensión del procedimiento; **CUARTO OTROSÍ:** Patrocinio y Poder.

EXCMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

REBECA ZAMORA PICCIANI, RUT N°17.329.454-9, chilena, soltera, abogada, en representación de **Tu Ves S.A.**, sociedad del giro de su denominación, rol único tributario número 76.038.873-4, ambos domiciliados en para estos efectos en Avenida Vitacura 2939, piso 8, Las Condes, a S.S. respetuosamente digo:

En virtud de lo dispuesto en los incisos primero numeral 6° y undécimo del artículo 93 de la Constitución Política de la República, y en los artículo 79 y siguientes de la Ley N°17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, deduzco requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 33 N°2 y 34 de la Ley 18.838 que crea el Consejo Nacional de Televisión (**Ley N°18.838**), en cuanto su aplicación al caso concreto en la gestión pendiente que se indicará, produce graves infracciones constitucionales, al no definir criterios, estándares, parámetros o principios que permitan aplicar una sanción legalmente determinada al caso concreto, deviniendo en una multa excesivamente gravosa, con la siguiente infracción al **principio de proporcionalidad**, reconocido en los artículos 19 N°2, N°3 inciso sexto y N°26 de la Carta Fundamental.

I. Gestión Pendiente

La Gestión pendiente en la que incide este recurso es la causa **Rol Contencioso Administrativo N°381-2023** tramitada ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de



Santiago, cuyo origen es el recurso de apelación interpuesto por TU VES en contra del Oficio Ordinario N°336-2023 del Consejo Nacional de Televisión (CNTV), de fecha 24 de mayo de 2023, que le impuso a TU VES una multa de 42 Unidades Tributarias Mensuales por *"infringir, a través de su señal "A&E"-Canal 203-, el artículo 5° de las Normas Generales sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión, al exhibir el día 20 de octubre de 2022 a partir de las 19:15:11 horas, la película "Monster –Asesina en Serie" en "horario de protección de los niños y niñas menores de 18 años", no obstante su calificación para mayores de 18 años efectuada por el Consejo de Calificación Cinematográfica"*.

En dicho acto administrativo, el CNTV ejerció amplias, vagas e indeterminadas facultades sancionatorias que le otorga el artículo 33 N°2 de la Ley N°18.838 en completa omisión del principio de proporcionalidad, el debido proceso y la posición que ocupa mi representado en la industria de la televisión, como operador de TV paga.

Todo lo anterior, se enmarca en un proceso de fiscalización y sanción indicado a través de Oficio Ordinario N°336-2023, de fecha 24 de mayo de 2023, proceso que se ha caracterizado por la sistemática vulneración de las garantías constitucionales de mi representado, según se expondrá a continuación.

II. Preceptos Legales Impugnados

Como señalábamos, los preceptos legales impugnados son los artículos 33 y 34 de la Ley N°18.838, y especialmente el N°2, que emana de la potestad del artículo 12, letra i) de la misma Ley, que dispone lo siguiente:

"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. Par al caso 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 de 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; 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."

Como S.S. Excma. podrá apreciar desde ya, el CNTV no cuenta con límite alguno para **estimar la gravedad** de las infracciones ni para establecer la **cuantía** de las multas.

Es así como se ha generado un enorme espacio para la discrecionalidad, riesgo que se materializó, tanto en la gestión pendiente de autos, como en cada uno de los procesos de fiscalización y sanción que el CNTV ha llevado a cabo durante el año 2022 y parte del año en curso.

En este escenario regulatorio se han impuesto sistemáticamente sanciones en contra de TU VES que no tienen correlato alguno con (i) el **daño** infringido, (ii) la capacidad económica del infractor, (iii) su **intencionalidad**, (iv) ni la **ganancia obtenida**.

Todos aquellos son elementos integrantes del principio de proporcionalidad reconocido transversalmente en nuestro ordenamiento jurídico, especialmente en su aspecto limitante del ejercicio del ius puniendi estatal.

Por otro lado, el artículo 34 de la Ley N°18.838, establece en su inciso primero:

“Artículo 34°.- El Consejo, antes de aplicar sanción alguna, deberá notificar a la concesionaria del o de los cargos que existen en su contra. Esta tendrá el plazo de cinco días hábiles para formular sus descargos y solicitar un término de prueba para los efectos de acreditar los hechos en que funde su defensa. Vencido este plazo, sin descargos o existiendo éstos, sin que se haya decretado un término probatorio, o vencido dicho término, se haya rendido prueba o no, el Consejo resolverá sin más trámites. La prueba y las notificaciones se regirán por las normas establecidas en el artículo 27 de esta ley.”

Como S.S. Excma. podrá apreciar desde ya, el CNTV no garantiza un debido proceso, ya que la mencionada Ley, no contempla disposición alguna en torno a la forma que debe realizarse la formulación de cargos, lo que deja un vacío normativo que genera un importante espacio de indefensión.

Anticipamos a S.S. Excma. que el caso que exponemos es solo uno de los varios ocurridos hasta esta fecha, en que el CNTV ha multado a TU VES en absoluta omisión del principio de proporcionalidad.

Además, debemos indicar a S.S. Excma. que **este precepto ha sido impugnado y declarado inconstitucional en bastantes oportunidades**, pudiendo indicar como ejemplos los roles **8196-20; 12322-21; 10733-21; 9166-20; 8018-19; 9167-20**.

III. Normas Constitucionales Infringidas

En primer lugar, los preceptos legales impugnados vulneran el artículo 19 N°2 de la Carta Fundamental, que consagra el principio de "igualdad ante la ley", estableciendo en su inciso segundo que *"Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias"*.

En segundo lugar, los preceptos legales impugnados infringen el artículo 19 N°3 que asegura a las personas *"La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos"*; añadiendo en su inciso sexto: *"Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos"*.

En tercer lugar, los preceptos legales impugnados infringen el principio de legalidad, específicamente el de tipicidad, consagrado en el artículo 19 N°3 inciso octavo de la Carta Fundamental, que señala *"Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella"*.

En cuarto lugar, los preceptos legales impugnados vulneran la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N°26 de la Carta fundamental, que establece que *"La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella*

lo autoriza, **no podrán afectas los derechos en su esencia**, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

IV. La Aplicación del Precepto Impugnado es Decisiva en la Resolución de la Gestión Pendiente

Como se ha adelantado, el fundamento legal de la multa de 42 UTM que el CNTV impuso a mi representado es el artículo 33 N°2 de la Ley N°18.838, en cuanto TU VES habría exhibido *“la película Monster -Asesina en Serie en horario de protección de los niños y niñas menores de 18 años, no obstante su calificación para mayores de 18 años efectuada por el Consejo de Calificación Cinematográfica.”*

Por ello, el artículo 34, en concordancia con el artículo 33 N°2 de la Ley N°18.838 es decisivo en la resolución de la gestión pendiente ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, tramitada bajo el **Rol Contencioso Administrativo N°381-2023**, al igual que lo fue en el procedimiento administrativo sancionado, llevado a cabo ante el mismo CNTV.

V. Los Hechos.

Aplicación arbitraria por parte del CNTV de sus amplias facultades fiscalizadoras y sancionatorias, contempladas en el artículo 33 N°2 de la Ley N°18.838, en relación con el artículo 34 de la misma ley.

Contexto de la Industria

Para comprender adecuadamente la infracción al principio de proporcionalidad en que incurrió el CNTV, es necesario considerar la estructura y actores de la industria

de la televisión de paga, que se compone de 3 eslabones, según se indica a continuación.

- Proveedores de Contenido: son empresas multinacionales dedicadas a estructurar canales o señales de televisión y su principal actividad consiste en el otorgamiento de licencias a los operadores de TV paga, para la transmisión de sus canales de televisión. En Chile, los principales actores son grandes conglomerados extranjeros como HBO-Turner, FOX4, ESPN Disney, y Discovery.
- Operadores de TV Paga: son empresas dedicadas a la distribución de señales de televisión a los consumidores a través de diferentes tecnologías como cable, satélite e IPTV. **TU VES** se encuentra en este punto.
- Consumidores: son los usuarios finales que contratan un servicio de suscripción pagada o prepagada.

Finalmente, los consumidores son los usuarios finales que contratan un servicio de suscripción pagada o prepagada que, dependiendo del plan, les permite acceder a diferentes canales de televisión. Lo anterior ya había sido reconocido expresamente por la Corte de Apelaciones de Santiago:

*"[...] se ha de considerar que efectivamente **una permisoria no es dueña de las señales que retransmite**, de manera que aún si fuere técnicamente posible ajustar o alterar partes de los programas exhibidos, como sí pueden hacerlo sin duda alguna, en cambio, las estaciones de televisión abierta, tal tarea importará una carga adicional cuyo grado de laboriosidad a objeto de ser eficaz ha de ser tenido también en cuenta en el examen al que es Tribunal se encuentra abocado". **(Corte de Apelaciones de Santiago, causa Rol 6773-2015, sentencia dictada el 22 de septiembre de 2015, considerando noveno.)***

Así las cosas, la formulación de cargos y sanción realizada por el CNTV carece de sustento legal, toda vez que, para configurar la infracción a la disposición legal supuestamente vulnerada por TU VES, dicho organismo ha omitido del análisis efectuado a la conducta de TU VES, la existencia del elemento subjetivo necesario en

materia punitiva, en el ámbito administrativo (ius puniendi del Estado), para que un actor sea considerado sujeto de un cargo o posible sanción.

En efecto, el CNTV al formular cargos y sancionar a TU VES por la exhibición de la película indicada anteriormente no hace otra cosa que estimar que TU VES voluntariamente ha dirigido todo su actuar (ya sea de forma dolosa o culposa) en contra de la disposición que se estima infringida, en circunstancias que el carácter o esencia de los servicios de televisión que brinda TU VES, en los hechos, hace materialmente imposible infringir la normativa materia del presente descargo.

Respecto de este último aspecto -intencionalidad del infractor- debemos considerar que los proveedores de contenido de TU VES son grandes empresas multinacionales como HBO, Turner, Discovery, ESPN-Disney, Televisa y Viacom, con quienes mi representado celebra "**contratos de adhesión**", respecto de los cuales no tiene ninguna posibilidad de influir, ni el poder negociador para modificar su contenido. Dicha circunstancia no es en sí misma una eximente de responsabilidad infraccional, no obstante, ha sido reconocida por la jurisprudencia como una atenuante y un elemento del principio de proporcionalidad.

En otras palabras, resulta improcedente imponer sanción alguna a TU VES, toda vez que no concurre en la especie un requisito esencial para configurar una infracción que legitime el ejercicio del ius puniendi estatal, a saber, la concurrencia de culpa. Como señala la doctrina en dicha materia, "la responsabilidad derivada de una infracción administrativa no es objetiva, ya que exige la reprochabilidad de la conducta del sujeto, en la medida que en la situación concreta podía haberse sometido a los mandatos y prohibiciones establecidos por la norma.

La facultad de fiscalización del CNTV y las disposiciones que consagran sus infracciones constituyen leyes penales en blanco, contrariando el principio de legalidad y reserva legal.

El principio de legalidad es el principal límite impuesto por las exigencias del Estado de Derecho al ejercicio de la potestad punitiva e incluye una serie de garantías para los ciudadanos, que genéricamente pueden reconducirse a la imposibilidad de que el Estado intervenga penalmente más allá de lo que le permite la ley.

El contenido esencial del principio de legalidad en materia penal radica en que no puede sancionarse ninguna conducta ni imponerse pena alguna que no se encuentre establecida en la ley, lo que coincide propiamente con el denominado principio de legalidad de los delitos y de las penas, frecuentemente expresado mediante el aforismo *nullum crimen, nulla poena, sine lege*. Se trata de un principio cuya plena consolidación pertenece al nacimiento del Derecho penal moderno, si por tal entendemos el propio del Estado liberal. Y, asimismo, nos encontramos ante un principio plenamente asumido por la comunidad internacional, como demuestra su acogimiento en los acuerdos supranacionales más importantes de nuestro tiempo (Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, etc.).

Sin embargo, la mera existencia de una ley no garantiza el cumplimiento del principio de legalidad en la aplicación de una pena. Precisamente para evitar que el principio de legalidad sea una declaración vacía de contenido, la ley debe reunir una serie de requisitos que generalmente se resumen en la necesidad de que sea escrita, previa a la realización de los hechos que se pretende sancionar y estricta, esto es, que establezca claramente las características del hecho punible.

El artículo 1° de la Ley señala:

Artículo 1°. - 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."

En ese sentido, las potestades del CNTV, cuya Ley data de 1989, **resultan vagas imprecisas y carentes de la precisión exigida por nuestro constituyente**. El "correcto funcionamiento" de un servicio es un concepto amplísimo, carente de un sentido y alcance conforme con la garantía de legalidad que exige nuestra constitución política. En este sentido, y aun cuando opera como importante factor de seguridad o de certeza jurídica, como presupuesto para un trato igualitario de los ciudadanos y hasta como instrumento de prevención general, el **Principio de Legalidad debe ser visto, antes que nada, como un instrumento de garantía del individuo frente a la actuación de los poderes estatales**. De lo que se trata, en efecto, es de establecer un límite al ejercicio de la potestad sancionatoria, en cuya virtud el individuo no se vea expuesto sino a la reacción penal establecida en una ley, única expresión legítima de la voluntad popular.

La Constitución chilena consagra la totalidad de las garantías que van implícitas en la idea de legalidad. El artículo 19 N°3 inciso octavo de la Constitución, en efecto, dispone que "*ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración (...)*". Este precepto constitucional, como se desprende de su simple lectura, al disponer que los delitos y las penas sólo pueden ser establecidos en normas de jerarquía legal, consagra de modo expreso la llamada garantía penal. Consagra, asimismo, la Constitución la llamada garantía procesal y jurisdiccional, al disponer, en el artículo 19 N°3 inciso sexto, que "*toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado*";

haciendo suya, de ese modo, la exigencia de legalidad tanto en orden al procedimiento conforme al cual son impuestas las sanciones penales, como en lo que respecta al tribunal encargado de aplicarlas.

Cuando la Ley indica que *"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"*, implica que ha quedado a total arbitrio de este CNTV la determinación de aquello que es correcto e incorrecto.

Asimismo, el artículo 19 N°3, inciso séptimo de la Constitución Política de la República, *"Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con **anterioridad** a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado"*. Lo que supone la necesidad de conocimiento previo y cabal acerca que las conductas que pueden dar lugar a infracción.

No Corresponde que se cuestione a la permisionaria por la transmisión de contenidos del mismo tenor de aquellos que se encuentran en otras plataformas y a los que los menores de edad pueden acceder libremente en razón de su "autonomía progresiva"

Sin perjuicio de que en razón de los argumentos que hemos venido desarrollando en cuanto a las dificultades procesales y de derecho sustantivo que impiden establecer la responsabilidad de TU VES en los hechos investigados y sancionados por el CNTV, el recurrente entiende que existe un deber legal de garantizar la protección de niños, niñas y adolescentes respecto de los contenidos que se expresen dentro de su ámbito de competencias.

Con todo, no hay que desatender que en el mundo actual nos encontramos ante circunstancias totalmente distintas a aquellas que se concebía hace 30 años atrás, cuestión de la que el CNTV no puede desentenderse y, en consecuencia, tampoco de la imposibilidad de proteger a los menores respecto a ciertos contenidos.

De hecho, la Convención de Derechos del Niño, tantas veces citada por el CNTV al formular cargos y finalmente sancionar a mi representada, establece en el artículo 16 el **principio de protección y promoción de la autonomía**, pues el niño tiene derecho a desarrollar progresivamente el ejercicio de sus derechos; es decir, que el niño como sujeto pleno de derechos, adquiere la autonomía, y el Estado y la Familia, apoyan y protegen el desarrollo del niño, de forma que progresivamente ejerza sus derechos, de acuerdo a la evolución de sus facultades, y de esta forma se aplica la Doctrina de la Protección Integral. La interpretación que hace el CNTV deslegitima por completo este Derecho Humano.

Lo anterior ya que, efectivamente es importante proteger a los niños de contenidos que pudiesen resultar atentatorios a sus derechos, sin embargo, tal protección no puede implicar un absurdo en que se sancione a TU VES, de manera completamente arbitraria, entendiéndose que existe, hoy en día con el desarrollo del internet y las redes sociales, medios que difunden ampliamente el mismo contenido por el que se sanciona a nuestros representados.

Luego, tal arbitrariedad se puede apreciar aún más, respecto a la falta de fundamento en la multa que se intenta cursar, si tenemos en cuenta que la misma Convención de Derechos del Niño señala la importancia de contar con una autonomía progresiva de los menores.

El CNTV no puede dejar de ponderar una realidad innegable: la sanción y castigo por contenidos en señales abiertas o Satelitales es absolutamente ineficaz frente a la difusión y disponibilidad de una serie de contenidos en internet que podrían, inclusive

con mayor fuerza, vulnerar las normas de “correcto funcionamiento” antes señaladas y respecto a las cuales no hay ninguna herramienta posible de control.

No es posible, por tanto, estimar estas fiscalizaciones como “eficaces”, ni tampoco la sanción impuesta a TU VES como idónea para los fines perseguidos por el legislador por lo que, si bien el recurrente entiende la necesidad de protección de niños, niñas y adolescentes, resulta difícil conciliar dicha intención con la elección de la sanción y su cuantía, en razón de la falta de eficacia de esta en su rol protector.

VI. Reconocimiento del Principio de Proporcionalidad

Origen y Aplicación al Derecho Administrativo Sancionador

El origen del principio de proporcionalidad es la propia Constitución Política de la República y representa una manifestación de los derechos y garantías consagrados en sus artículos 6, 7, 19 N°2 y 19 N°26, en cuanto establecen la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, el derecho al proceso racional y justo, y la proscripción de la arbitrariedad.

El principio de proporcionalidad es un límite a los actos de la Administración del Estado, especialmente a aquellos realizados en ejercicio del *ius puniendi* estatal. Una de sus finalidades más importantes es evitar o atenuar la discrecionalidad en la imposición de sanciones por parte de las autoridades.

Entre los elementos y criterios que componen el principio de proporcionalidad se encuentran los siguientes: “(a) *sanción mínima (no puede aplicarse una sanción que sea inferior al beneficio obtenido)*; (b) *gravedad de la infracción (debe tomarse en cuenta la mayor o menor gravedad, trascendencia o peligro)*; (c) *daño causado (debe considerarse su*

naturaleza y cuantía); (d) situación económica del infractor; (e) intencionalidad (elemento volitivo del autor); y (f) reiteración y reincidencia.”¹

Siguiendo la misma lógica se ha pronunciado el profesor de Derecho Constitucional, don Enrique Navarro Beltrán:

“En este sentido, resulta importante la proporcionalidad para establecer una regla de prudencia en la relación entre sanciones ínfimas aplicadas a infracciones graves contra el interés general o bien, en la aplicación de multas enormes respecto de hechos o conductas cuyas consecuencias respecto del interés general son menores, afectando desproporcionadamente el patrimonio o propiedad de los infractores”.²

El principio de proporcionalidad es plenamente aplicable en el Derecho Administrativo Sancionador, y el CNTV no está exento de su observancia. Así lo ha declarado expresamente el Tribunal Constitucional en reiteradas oportunidades:

“La regulación de la sanción administrativa exige cumplir, junto con los mandatos de reserva legal y tipicidad, el requisito proporcionalidad. En virtud de la proporcionalidad, la regulación ha de establecer un conjunto diferenciado de obligaciones y de sanciones directa relación con la entidad o cuantía del incumplimiento. La gravedad relativa de la infracción es determinante de la sanción que debe imponer la autoridad de conformidad con la regulación aplicable”.³

Al respecto, resultan esenciales para un correcto análisis del caso en comentario dos sentencias muy recientes, ambas dictadas por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago y cuya argumentación ha sido reiterada en distintos fallos: la primera de

¹ Bermúdez Soto, Jorge. Derecho Administrativo General, Segunda Edición, 2011. Lexis-Nexis. Santiago, páginas 291-293.

² Navarro Beltrán, Enrique. Notas sobre el Principio de Proporcionalidad en la reciente jurisprudencia constitucional. Revista de Derecho Público. Número Especial (2018). Página 314.

³ 10 Tribunal Constitucional, Rol 2666-2014, sentencia dictada el 3 de septiembre de 2015, considerando décimo séptimo.

ellas con fecha 11 de noviembre de 2015, en la **causa rol de ingreso número 7.334-2015**, en la que se le redujo a esta parte una multa impuesta por el CNTV por 200 UTM a una amonestación; la segunda de ellas –más reciente aun– dictada con fecha 20 de julio de 2016 en la **causa rol N° 5170-2016**, reduciendo a esta parte una multa impuesta por el CNTV por 250 UTM a una amonestación; En el mismo sentido, las sentencias dictadas, una con fecha 9 de agosto de 2016, dictada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago en la causa rol 5903-2016 redujo a esta parte una multa impuesta por el CNTV por 200 UTM a una simple amonestación y la otra con fecha 13 de septiembre de 2016 en causa rol 7448- 2016 por la cual se redujo a esta parte una multa impuesta por el CNTV por 250 UTM a tan solo 20 UTM. En todas ellas se reconoce la imposibilidad de una actuación distinta respecto de las permisionarias.

Esto es doctrina asentada en la jurisprudencia de la Iltrma. Corte de Apelaciones de Santiago. A modo meramente ilustrativo, citamos un reciente fallo de la mencionada Corte de 06 de noviembre de 2018, en autos contencioso administrativo **Rol I.C.A. 354-2018**, que estableció:

“NOVENO: Que finalmente, sin perjuicio de que no existe prueba alguna que justifique lo aseverado tanto por el Consejo Nacional de Televisión como por la permisionaria en orden a dilucidar si es posible o no que estas últimas editen o modifiquen de algún modo los programas que transmiten, situación que sea como sea y tal como ya se ha dicho, no las exonera frente a nuestra legislación de su propia responsabilidad por las emisiones que difundan, es lo cierto que no obstante ello y a efectos de determinar la entidad de la sanción a imponer a este tipo de radiodifusoras de señales televisivas frente a una infracción como la que se analiza, se ha de considerar que efectivamente una permisionaria no es dueña de las señales que retransmite, de manera que aún si fuere técnicamente posible ajustar o alterar partes de los programas exhibidos, como sí pueden hacerlo sin duda alguna, en cambio, las estaciones de televisión abierta, tal tarea importará una carga adicional cuyo grado de laboriosidad a objeto de ser 10 eficaz ha de ser tenido también en cuenta en el examen al que este Tribunal se encuentra abocado”

Asimismo, en la causa *Rol Contencioso Administrativo 573-2019* (exhibición de la película "Seducción Fatal" en horario de todo espectador) se resolvió rebajar multa impuesta de 50 UTM a 20 UTM. La resolución fue dictada el 8 de enero de 2020 y **su elemento central fue que para el permisionario resultaría extremadamente gravoso modificar el contenido de las señales que recibe desde los Proveedores de Contenido**, cuyas señales sólo son retransmitidas por los permisionarios:

Con todo, al resolver el asunto según consta en el Oficio, el CNTV señala que se acredita la culpa en sede infraccional, adoptando una postura de acuerdo a lo señalado por la Corte Suprema, la cual establece:

"Al ser el legislador, o bien la autoridad pública, según el caso, quien viene en establecer el deber de cuidado debido en el desempeño de las actividades tipificadas, cabe asimilar el principio de culpabilidad del Derecho Administrativo Sancionador al de la noción de la culpa infraccional, en la cual basta acreditar la infracción o mera inobservancia de la norma para dar por establecida la culpa." (Corte Suprema, sentencia de 19 de mayo de 2015, ingreso 24.233-2014. Considerando 12)

Sin embargo, como se ha venido desarrollando hasta ahora, lo cierto es que no existe una conducta exigible distinta para el recurrente que no implique a su vez incurrir en gastos excesivos para el desarrollo de su actividad económica, en tanto, solamente se limita a la retransmisión de las señales, y una revisión constante y exhaustiva de la parrilla programática de cada señal, considerando las diferencias que existen dependiendo del país de origen del canal respectivo, a que nada obsta a la eventual existencia de errores de programación por parte del prestador, entre otras circunstancias, excede con creces el grado de culpa que le resulta exigible a TU VES.

En un mismo sentido se ha pronunciado este Tribunal:

"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. 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.” (Sentencia Tribunal Constitucional Rol N°10.661- 21-INA de 21 de octubre de 2021)

En el mismo sentido y más recientemente se ha pronunciado S.S. Excma., destacando que en el Derecho Administrativo Sancionador también existe la necesidad de equilibrio entre la conducta imputada y el castigo impuesto:

“Que 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 encausa la protección de los derechos en un procedimiento racional (artículo 19 N°3)".⁴

El pasado 14 de noviembre de 2019, el Tribunal Constitucional volvió a ratificar los criterios mencionados a lo largo de este requerimiento, llegando incluso a señalar que al legislador le estaba "vedado" establecer regímenes de multas sin criterios de graduación:

*"Este Tribunal ha sido estricto respecto de la ausencia expresa de 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 circunstancias para la determinación de las correspondientes sanciones, en el caso concreto" (c. 27°)⁵*

Finalmente, es de notoria relevancia señalar que en un fallo aún más reciente del pasado 30 de julio de 2020, el Tribunal Constitucional, en requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 33, número 2, de la Ley N°18.838, que Crea el Consejo Nacional de Televisión, acogió el recurso presente deducido por Tú Ves S.A., declarando inaplicable dicho artículo. Al efecto, señaló en su considerando Vigésimo Cuarto lo siguiente:

"El precepto impugnado resulta en su aplicación contrario a los numerales 2 y 3 del artículo 19 de la Constitución, pues no garantiza realmente que el Consejo Nacional de Televisión o

⁴ Tribunal Constitucional, Rol 2658-2014, sentencia dictada el 9 de octubre de 2014, considerando séptimo.

⁵ Tribunal Constitucional, Rol 5969-2019, sentencia dictada el 14 de noviembre de 2019, considerando décimo.

*el juez de fondo, en su caso, puedan ajustar o calibrar la sanción, quedando entregada la determinación precisa de la multa, en el caso concreto, a la sola apreciación discrecional de quien la impone y ello no por defecto o error en la apreciación de dicho Consejo, sino porque el precepto legal contenido en el artículo 33 N°2 de la Ley N°18.838 adolece de criterios, márgenes o parámetros que son constitucionalmente exigidos para que resulte, en su aplicación, respetuoso de la Carta Fundamental*⁶

Por último, es muy importante considerar que nuestra Excelentísima Corte Suprema también se encuentra alineada con dicha interpretación y ha declarado que el principio de proporcionalidad *"apunta a la congruencia entre la entidad del daño provocado por la infracción y el castigo a imponer"*⁷.

S.S. Iltma, en atención de los antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales recién expuestos, ninguna duda cabe de que la consagración y aplicación del principio de proporcionalidad es transversal a nuestro ordenamiento jurídico y que ni el CNTV, ni la Ley N°18.838 pueden estar exentos de su observancia.

El Artículo 33 N°2 en relación con el artículo 34 de la Ley N°18.838 no cumple el estándar

El artículo 33 N°2 de la Ley N°18.838 no reúne las condiciones mínimas para garantizar una aplicación razonable y proporcionada del *ius puniendi estatal* por parte del CNTV, cuando se trata de la aplicación de una pena de multa.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre este aspecto, señalando expresamente que no sólo es el ente sancionador el llamado a respetar el principio de proporcionalidad, sino que dicha tarea -la de limitar adecuadamente a la Administración del Estado en el ejercicio del *ius puniendi estatal*- corresponde, en un primer lugar, al legislador:

⁶ Tribunal Constitucional, Rol 8018-2019, sentencia dictada el 30 de julio de 2020, considerando vigésimo cuarto.

⁷ Corte Suprema, Rol 5830-2009, sentencia dictada el 10 de diciembre de 2009, considerando noveno.

*“Que, igualmente, este Tribunal ha señalado que el principio de proporcionalidad es materia primeramente de la ley, para luego ser objeto del consiguiente acto singular que aplica la respectiva sanción. Así lo hace el legislador, al establecer la acción infractora y las penas correlativas, y, lo mismo, cuando considera la relevancia del bien jurídico protegido e incorpora determinados cuadros con márgenes mínimos y máximos de punición, dentro de los cuales el órgano de ejecución podrá juzgar y seleccionar la pertinente pena individual, acorde con ciertos criterios de graduación indicados en la ley, como la trascendencia del daño, la ganancia obtenida con la infracción, el grado de voluntariedad, la condición o no de reincidente, etc. Tales marcos y criterios están llamados a operar como límites a la discrecionalidad del órgano de aplicación, aunque sin eliminar la flexibilidad que amerita la adopción de una decisión esencialmente particular (Rol 2658-2014)”*⁸

Dichos criterios, límites y principios sí son recogidos en otros cuerpos legales de nuestro ordenamiento jurídico, como por ejemplo el modelo sancionatorio desarrollado por la Ley N°18.410 que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, el cual, además de clasificar las infracciones como “gravísimas, graves y leves”, establece parámetros objetivos para restringir la discrecionalidad del ente sancionador en la determinación de las multas y sanciones. Así lo dispone expresamente su artículo 16:

“Para la determinación de las correspondientes sanciones, se considerarán las siguientes circunstancias:

- a) La importancia del daño causado o del peligro ocasionado.*
- b) El porcentaje de usuarios afectados por la infracción.*
- c) El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción.*

⁸ Tribunal Constitucional, Rol 2922-2015, sentencia dictada el 29 de septiembre de 2016, considerando vigésimo primero.

- d) *La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma.*
- e) *La conducta anterior.*
- f) *La capacidad económica del infractor, especialmente si se compromete la continuidad del servicio prestado por el afectado.”*

Por su parte, la Ley N°20.417 que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente sigue estándares similares, clasificando las infracciones ambientales y estableciendo criterios de cuantificación de las sanciones, en los términos dispuestos en su artículo 40, el que dispone que:

“Para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar se considerarán las siguientes circunstancias:

- a) *La importancia del daño causado o del peligro ocasionado.*
- b) *El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción.*
- c) *El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción.*
- d) *La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma.*
- e) *La conducta anterior del infractor.*
- f) *La capacidad económica del infractor.*
- g) *El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3.*
- h) *El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida por el Estado.*
- i) *Todo criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción.”*

Siguiendo la misma lógica, pero en términos más escuetos, la Ley N°20.529 del Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y

Media, y su Fiscalización, señala criterios similares para la graduación y límites de las multas, en su artículo 73, letra b):

“Multa, de acuerdo a los rangos que establece la siguiente tabla:

	<i>Mínimo</i>	<i>Máximo</i>
<i>Infracciones Leves</i>	<i>1 UTM</i>	<i>50 UTM</i>
<i>Infracciones menos graves</i>	<i>51 UTM</i>	<i>500 UTM</i>
<i>Infracciones Graves</i>	<i>501 UTM</i>	<i>1000 UTM</i>

La multa aplicada deberá tomar en cuenta el beneficio económico obtenido con ocasión de la infracción, la intencionalidad de la comisión de la infracción y la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes, la matrícula total del establecimiento a la fecha de la infracción y la subvención mensual por alumno o los recursos que recibe regularmente, excluidas las donaciones”.

Asimismo, la reciente Ley N°21.000 que crea la Comisión para el Mercado Financiero, observa el principio de proporcionalidad estableciendo, en su artículo 38, los criterios para la determinación de la gravedad de las infracciones y cuantía de las multas:

“Para la determinación del rango y del monto específico de las multas a las que se refieren los artículos anteriores, la Comisión deberá procurar que su aplicación resulte óptima para el cumplimiento de los fines que la ley le encomiendan considerando al efecto las siguientes circunstancias:

- 1. La gravedad de la conducta.*
- 2. El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, en caso que lo hubiese.*
- 3. El daño o riesgo causado al correcto funcionamiento del mercado financiero, a la fe pública y a los intereses de los perjudicados con la infracción.*
- 4. La participación de los infractores en la misma.*

5. *El haber sido sancionado previamente por infracciones a las normas sometidas a su fiscalización.*
6. *La capacidad económica del infractor.*
7. *Las sanciones aplicadas con anterioridad por la Comisión en las mismas circunstancias.*
8. *La colaboración que éste haya prestado a la Comisión antes o durante la investigación que determinó la sanción.*

La calidad de reincidente del infractor no se tomará en consideración en aquellos casos en que haya determinado por sí sola el aumento del monto de la multa específica de conformidad con lo establecido en la letra a) del numeral 2 del artículo 36 y en la letra a) del numeral 2 del artículo 37.”

También es muy atinente a nuestro caso la “Guía Interna para solicitudes de multa de la Fiscalía Nacional Económica”, la que contiene las directrices y lineamientos autoimpuestos que orientarán su rol persecutor de las infracciones a la libre competencia, ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Dicho documento se encuentra disponible en el siguiente link (<https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2019/08/Gu%C3%ADa-de-multas.pdf>).

De este modo, la Fiscalía Nacional Económica trasmite certeza y seguridad a los ciudadanos y al mercado, mitigando razonablemente los riesgos de incurrir en actos arbitrarios, ilegales o discriminatorios, motivados por la mera discrecionalidad.

Todos los criterios anteriormente señalados se encuentran ausentes en el artículo 33 N°2 de la Ley N°18.838 y el Oficio N°336 del CNTV.

En el actual escenario regulatorio no existen límites, ni incentivos para que el CNTV actúe dentro de un marco respetuoso de los derechos constitucionales de los operadores de TV paga, ni del principio de proporcionalidad.

VII. Conclusiones Finales

- 1 El análisis en abstracto de los artículos impugnados lleva a la conclusión de que reúne las características de un artículo que permite e incentiva la discrecionalidad del CNTV y el ejercicio abusivo y/o discriminatorio del ius puniendi estatal.
- 2 El riesgo generado por este escenario regulatorio se ha concretado en la gestión pendiente de autos, donde se ha incurrido una evidente infracción al principio de proporcionalidad y debido proceso en contra de TU VES (análisis al caso concreto del artículo impugnado).
- 3 El principio de proporcionalidad se encuentra transversalmente reconocido en nuestro ordenamiento jurídico y su observancia debe garantizarse tanto en el ejercicio del ius puniendi estatal, como en la técnica legislativa de las disposiciones legales que establecen infracciones de carácter administrativo y/o penal. Nada de lo anterior se verifica en el artículo 33 N°2 de Ley N°18.838, ni en el Oficio N°336 del CNTV.

POR TANTO,

A S.S. EXCMA PIDO. Tener por interpuesto el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 34 y 33 N°2 de la Ley N°18.838 en cuanto produce un efecto inconstitucional en la gestión pendiente de la forma descrita en el presente requerimiento, en relación al recurso de apelación que actualmente conoce la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, en causa **Rol Contencioso-Administrativo N°381-2023**, por resultar -tanto en abstracto, como en su aplicación al caso concreto- contraria al principio de proporcionalidad y debido proceso consagrado en el artículo 19N°2, N°3 inciso sexto y octavo, y N°26 de la Constitución Política de la República, admitirlo a tramitación y, en definitiva, declarar inaplicabilidad por inconstitucionalidad de dicho precepto.

PRIMER OTROSÍ: En el evento que la Sala correspondiente de este Excmo. Tribunal tenga dudas respecto de la admisibilidad del requerimiento deducido en lo principal, solicito a S.S. Excma. que en virtud de lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, se sirva disponer que se oigan alegatos acerca de la admisibilidad del mismo.

A S.S. EXCMA. PIDO, acceder a lo solicitado.

SEGUNDO OTROSÍ: Vengo en acompañar los siguientes documentos:

1. Copia de Escritura Pública de Mandato Judicial de fecha 27 de agosto de 2020, otorgado en la Notaría del Notario Interino don Gino Paolo Beneventi Alfaro, bajo el repertorio N°26935-2020
2. Certificado emitido por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago el 22 de noviembre de 2023, en los términos del artículo 47 A de la Ley N°17.997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.
3. Oficio Ordinario N°336 de 24 de mayo de 2023, del Consejo Nacional de Televisión, que sanciona a Tu Ves S.A.

A S. S. EXCMA PIDO, tenerlos por acompañados.

TERCER OTROSÍ: Se sirva decretar, a través de la sala que corresponda al Excmo. Tribunal Constitucional, la suspensión del procedimiento en que incide el presente requerimiento de inaplicabilidad, esto es, el recurso de apelación tramitado ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago bajo el **Rol Contencioso Administrativo N°381-2023**, oficiándose al efecto, de conformidad con lo dispuesto en el inciso primero N°6 e inciso undécimo del artículo 93 de la Constitución Política de la

República, en cumplimiento de la necesidad de cautela, ya que sin la suspensión solicitada de la gestión pendiente, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago conocerá y resolverá la apelación deducida, haciendo ilusoria la tutela constitucional de las garantías hechas valer en el presente acto.

Hago presente que la suspensión inmediata es indispensable para que el pronunciamiento que S.S Excma. emita en definitiva en estos autos pueda tener efecto.

A S.S. EXCMA PIDO, acceder a lo solicitado.

CUARTO OTROSÍ: Hago presente a S.S. Excma. que en mi calidad de abogada habilitada para el ejercicio de la profesión asumo personalmente el patrocinio y poder para representar a Tu Ves S.A. en estos autos. Asimismo, confiero poder al abogado habilitado para el ejercicio de la profesión don **Rodrigo Antonio Maldonado Santelices**, RUT N°19.686.126-2, de mi domicilio, con quien podré actuar de manera indistinta, conjunta o individualmente, y quien firma en señal de aceptación.

A S.S. EXCMA PIDO, tenerlo presente.