

Santiago, veintinueve de marzo de dos mil doce.

VISTOS:

Con fecha 17 de junio de 2011, Claudio Rafael Segovia Cofré ha requerido a esta Magistratura la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los siguientes preceptos legales:

- artículo 36 B letra a) de la Ley N° 18.168, de Telecomunicaciones (fojas 2):

“Artículo 36 B.- Comete delito de acción pública:

a) El que opere o explote servicios o instalaciones de telecomunicaciones de libre recepción o de radiodifusión sin autorización de la autoridad correspondiente, y el que permita que en su domicilio, residencia, morada o medio de transporte, operen tales servicios o instalaciones. La pena será la de presidio menor en sus grados mínimo a medio, multa de cinco a trescientas unidades tributarias mensuales y comiso de los equipos e instalaciones, y

b) El que maliciosamente interfiera, intercepte o interrumpa un servicio de telecomunicaciones, sufrirá la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados y el comiso de los equipos e instalaciones.

c) El que intercepte o capte maliciosamente o grave sin la debida autorización, cualquier tipo de señal que se emita a través de un servicio público de telecomunicaciones, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio y multa de 50 a 5.000 UTM.

d) La difusión pública o privada de cualquier comunicación obtenida con infracción a lo establecido en la letra precedente, será sancionada con la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de 100 a 5.000 UTM.”

- artículos 15 y 18 de la Ley N° 18.838, que crea el Consejo Nacional de Televisión, referidos al estatuto de las concesiones de servicio de radiodifusión televisiva de libre recepción:

"Artículo 15°.- Las concesiones de servicio de radiodifusión televisiva de libre recepción sólo se otorgarán a personas jurídicas, cuyo plazo de vigencia

no podrá ser inferior al de la concesión. Las concesiones durarán 25 años.

El Consejo, con 180 días de anticipación al vencimiento del plazo de vigencia de toda concesión,

o dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que

quede ejecutoriada la resolución que declara caducada

una concesión, o dentro de los 30 días siguientes a la

fecha en que sea requerido para ello por cualquier particular interesado en obtener una concesión no otorgada, llamará a concurso público. Las bases de la licitación deberán publicarse en el Diario Oficial

por tres veces, mediando no menos de tres ni más de cinco días hábiles entre cada publicación; deberán señalar con claridad y precisión la naturaleza y la extensión de la concesión que se licita y sólo podrán exigir requisitos estrictamente objetivos. La concesión será asignada al postulante cuyo proyecto, ajustándose cabalmente a las bases del respectivo concurso, ofrezca las mejores condiciones

técnicas para garantizar una óptima transmisión. Se entenderá, sin necesidad de mención expresa, que toda

postulación conlleva la obligación irrestricta de atenerse y mantener permanentemente el "correcto funcionamiento" del servicio, en los términos establecidos en el inciso final del artículo 1° de esta ley.

En toda renovación de una concesión, la concesionaria que la detentaba tendrá derecho preferente para su adjudicación, siempre que iguale

la mejor propuesta técnica que garantice una óptima transmisión.

No podrá adjudicarse concesión nueva alguna a la concesionaria que haya sido sancionada de conformidad

al artículo 33, N° 4, de esta ley, como tampoco a la

persona jurídica que sea titular de una concesión VHF

o que controle o administre a otra concesionaria de servicio de radiodifusión televisiva de libre recepción VHF, en la misma zona de servicios del país."

"Artículo 18°.- Sólo podrán ser titulares de una

concesión de servicio de radiodifusión televisiva de

libre recepción o hacer uso de ella, a cualquier título, personas jurídicas de derecho público o privado, constituidas en Chile y con domicilio en el país. Sus presidentes, directores, gerentes, administradores y representantes legales deberán ser chilenos y no haber sido condenados por delito que merezca pena aflictiva.

Se aplicarán a las concesionarias las normas establecidas en el artículo 46 de la ley N° 18.046 sobre Sociedades Anónimas. La infracción a estas disposiciones será sancionada por el Consejo, de acuerdo con el informe de la Superintendencia de Valores y Seguros, conforme a lo establecido en el artículo 33 de esta ley."

La Gestión judicial invocada es el Proceso penal simplificado RUC 1100474360-3, Rit 913-2011 del Juzgado de Garantía de Graneros, en el cual el requirente es imputado por el delito contenido en el primer precepto impugnado.

Señala que gestionaba un canal UHF de servicios comunitarios en Graneros, por lo que fue detenido y acusado del delito contemplado en el primer precepto impugnado.

Expone que fue requerido en proceso simplificado y que al no aceptar responsabilidad en los hechos se realizó la audiencia preparatoria del juicio simplificado.

Señala que su canal realizó ayuda a la comunidad y servicios comunitarios con las policías y que incluso se adjudicó un proyecto en el gobierno regional para la realización de la página web del canal.

El actor señala que la aplicación de la preceptiva impugnada infringe el artículo 1° de la Constitución, en la medida que se niega el acceso a las telecomunicaciones, y se exige ser persona jurídica y tener un cierto capital, en infracción a la protección constitucional de los grupos intermedios y al deber de asegurar la participación con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

Considera que se infringe también la garantía de la igualdad ante la ley contenida en el numeral 2° del artículo 19 de la Carta Fundamental, pues se le acusa por un delito consistente en transmitir sin autorización, la cual jamás podrá ser obtenida por él, pues la norma discrimina entre personas naturales y jurídicas. La aplicación de esta normativa a señales comunitarias como la suya sería discriminatoria.

En otro capítulo, considera infringida la libertad de emitir opinión y de informar sin censura previa, contenida en el numeral 12° del artículo 19 de la Carta Fundamental, además del artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica y del artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos.

En mérito de lo expuesto, solicita la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la preceptiva referida.

Con fecha 28 de junio, el requerimiento fue ACOGIDO A TRÁMITE por la Segunda Sala de este Tribunal, que decretó la SUSPENSIÓN del procedimiento confirió TRASLADO para resolver acerca de la admisibilidad.

A fojas 36 el Ministerio Público comparece y solicita la declaración de inadmisibilidad del requerimiento, toda vez que

las normas de los artículos 15 y 18 de la Ley N° 18.838, que crea el Consejo Nacional de Televisión no resultarían de aplicación decisiva. La decisión de otorgar o denegar una concesión no es materia del proceso penal, pues lo único que debe juzgarse en la gestión invocada es si el actor operaba o no instalaciones de televisión y a qué título lo hacía. Por otra parte, alega que no se contendría en el libelo argumento alguno que sustente una contradicción con la Constitución del artículo 36 B de la Ley N°18.168. Señala además que se está en presencia de una cuestión abstracta, sin referencia a la aplicación de los preceptos al caso concreto.

A fojas 43 comparece el Consejo Nacional de Televisión, solicitando se le tenga por parte. Pide la declaración de inadmisibilidad, aduciendo que la cuestión descansa en considerar inconstitucional la normativa que establece que sólo las personas jurídicas pueden acceder a concesiones de televisión. Expone, por otra parte, que los artículos 15 y 18 impugnados no son normas aplicables al caso, ya que lo que se debe decidir es si el requirente explotaba o no una frecuencia de tv sin autorización y aun si se declararan inaplicables dichas normas el actor se encuentra dentro de la conducta típica que se le imputa en el proceso penal. Por otro lado, señala que no se expone de qué manera la aplicación de las normas vulnera la Carta Fundamental.

Con fecha 9 de agosto, en votación dividida, se declaró la admisibilidad del requerimiento, tras lo cual se confirió traslado acerca del fondo del asunto planteado.

A fojas 63 el Ministerio Público evacuó el traslado conferido solicitando el rechazo de la acción, reiterando lo argumentado en sede de admisibilidad, agregando que las cuestiones planteadas carecen de aptitud para influir en la decisión de la gestión pendiente y que la incorporación del artículo 36 B en la preceptiva impugnada es puramente funcional, ya que no hay ningún cuestionamiento autónomo que lo afecte.

A fojas 70 compareció el Consejo Nacional de Televisión, solicitando el rechazo de la acción, reiterando lo argumentado en etapa de admisibilidad.

Con fecha 29 de septiembre de 2011 se ordenó traer los autos en relación.

Con fecha 27 de diciembre de 2011 se verificó la vista de la causa.

CONSIDERANDO:

Antecedentes.

1. Que de conformidad a lo establecido en el artículo 93, inciso primero, N°6 de la Constitución, don Claudio Segovia Cofré ha solicitado a este Tribunal que declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 36 B letra a) de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley N°18.168, y de los artículos 15 y 18 de la Ley N°18.838, del Consejo Nacional de Televisión;
2. Que, los preceptos cuya aplicación se impugna establecen que sólo se otorgarán concesiones de servicio de radiodifusión televisiva de libre recepción a personas jurídicas (artículo 15, inciso primero, de la Ley N° N°18.838), y que sólo éstas podrán ser titulares de una concesión de radiodifusión televisiva de libre recepción o hacer uso de ella, a cualquier título (artículo 18, inciso primero, de la Ley N° N°18.838). El artículo 36 B letra a) de la Ley General de Telecomunicaciones, por su parte, señala que "Comete delito de acción pública: a) El que opere o explote servicios o instalaciones de telecomunicaciones de libre recepción o de radiodifusión sin autorización de la autoridad correspondiente, y el que permita que en su domicilio, residencia, morada o medio de transporte, operen tales servicios o instalaciones. La pena será la de presidio menor en sus grados mínimo a medio, multa de cinco a

trescientas unidades tributarias mensuales y comiso de los equipos e instalaciones”;

3. Que, la gestión pendiente en la cual incidiría la aplicación de tales preceptos legales se sigue ante el Juzgado de Garantía de Graneros, bajo el RUC 1100474360-3, en la cual se imputa responsabilidad al requirente por el delito de acción pública previsto en el artículo 36 B letra a) de la Ley General de Telecomunicaciones. Los hechos por los cuales el Ministerio Público ha dado inicio a una persecución penal en contra del requirente consisten en la operación, por éste, de instalaciones de telecomunicaciones de libre recepción por la frecuencia del Canal N° 15, UHF, sin contar con autorización de la autoridad correspondiente;

Garantías fundamentales invocadas.

4. Que, a juicio del requirente, el impedir que se entreguen concesiones de radiodifusión televisiva de libre recepción a personas naturales como él, y la persecución penal que se hace en su contra por haber operado un canal de televisión sin autorización, son discriminatorias y afectan su libertad de expresión, impidiendo que el Centro Cultural que dirige desarrolle sus fines específicos como grupo intermedio, vulnerando así los artículos 1° y 19 N°s 2 y 12 de la Constitución;
5. Que respecto de la garantía de igualdad ante la ley, el requirente aduce que ésta se infringiría toda vez que las normas cuya aplicación se cuestiona exigen que se cuente con personalidad jurídica para ser titular de una concesión de radiodifusión televisiva, sin distinguir el tipo de canal o programación que se pretende

trasmitir. Frente a la ausencia de normativa especial para las organizaciones comunitarias como el Centro Cultural que dirige, indica, las señales comunitarias tendrían que someterse a la misma regulación general de todo concesionario, cuestión que no se condice con las particulares condiciones y finalidad de ese tipo de organizaciones. Así, se trata de forma idéntica a sujetos que se encuentran en situaciones jurídicas distintas, de modo que se infringiría la igualdad ante la ley;

6. Que, a juicio del requirente, se infringiría el artículo 19 N°12 de la Constitución, pues por no contar con personalidad jurídica, se le impide transmitir una señal de radiodifusión de libre recepción y se le sanciona penalmente por hacerlo, de manera que se le veda emitir opinión e informar. Agrega que se transgredirían también el artículo 13.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;
7. Que, además, frente lo formulado por un Ministro en la vista de la causa en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 88 de la ley orgánica constitucional de esta magistratura, el requirente extendió su alegato. Sostuvo que la aplicación del artículo 36 B letra a) de la Ley General de Telecomunicaciones sería inconstitucional por infringir el principio de proporcionalidad en materia penal, reconocido en el artículo 19 N°s 2° y 3° de la Constitución. A su juicio, la persecución penal en el caso concreto resultaría excesivamente lesiva en atención al fin que persigue la norma, lo que no se condice con la naturaleza de *última ratio* del derecho penal;

8. Que, antes de analizar cada uno de los planteamientos del requirente a fin de determinar la constitucionalidad de la aplicación de los preceptos cuestionados en el proceso sub lite, nos referiremos brevemente a la regulación de las concesiones y permisos de radiodifusión televisiva a la luz de la Constitución Política;

Regulación de las concesiones y permisos de difusión televisiva.

9. Que, en nuestro ordenamiento jurídico el acceso a la transmisión televisiva se encuentra regulado en diversos cuerpos legales e intervienen en su aseguramiento distintos órganos del Estado, dependiendo de la modalidad de acceso o título de intervención de que se trate. Tales títulos pueden ser permisos provisorios a título experimental, permisos para desarrollar servicios limitados de televisión y concesiones de radiodifusión televisiva de libre recepción.

Todo ello, como lo señaló esta Magistratura en sentencia Rol 1849-10, en virtud de las facultades que el Presidente de la República tiene de administración del Estado: *"Que, dado que los Ministros de Estado son los colaboradores directos e inmediatos del Presidente de la República en el gobierno y la administración del Estado, según el artículo 33, inciso primero, de la Constitución, y atendida la circunstancia de que este cometido se traduce, entre otros, en "asignar recursos y fiscalizar las actividades del respectivo sector", merced al artículo 22 de la Ley N° 18.575, por ello al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones le corresponde, a través de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, "administrar y controlar el espectro radioeléctrico", según prevé el Decreto Ley N° 1.762, de 1977, en su artículo 6°, letra f).*

Lo cual debe entenderse sin perjuicio de las atribuciones que, para aquellas concesiones tratadas en la Ley N° 18.838, le corresponden al Consejo Nacional de Televisión, servicio público descentralizado colaborador del Presidente de la República en el cumplimiento de la función administrativa, en los términos del artículo 1° de la Ley N° 18.575." (c. 11°);

Corresponde al Ministro de Transportes y Telecomunicaciones otorgar permisos provisorios para el funcionamiento temporal, sin carácter comercial y a título experimental o demostrativo, para instalar servicios de telecomunicaciones en ferias o exposiciones (Art. 15 inciso final de la Ley N° 18.168). Por su parte, la Subsecretaría de Telecomunicaciones de dicho Ministerio se encarga de otorgar permisos para desarrollar servicios limitados de televisión, los cuales tienen duración indefinida y se pueden otorgar a toda persona interesada, natural o jurídica (Art. 9 de la Ley N° 18.168).

La administración de las concesiones de radiodifusión televisiva de libre recepción, en cambio, corresponde al Consejo Nacional de Televisión, en tanto servicio público descentralizado, con autonomía constitucional, colaborador del Presidente de la República en el cumplimiento de la función administrativa, en los términos del artículo 1° de la Ley N° 18.575;

10. Que, como se desprende de lo reseñado en el considerando anterior, las concesiones de radiodifusión televisiva de libre recepción, cuya regulación se cuestiona por el requirente en autos, no son el único mecanismo o título para acceder a la transmisión televisiva;

11. Que, las concesiones en cuestión envuelven una autorización para utilizar y explotar un bien

nacional de uso público, cual es el llamado "espectro radioeléctrico", compuesto por las diferentes bandas o bloques de frecuencias por donde discurre la transmisión televisiva. Como bien nacional de uso público constituye un recurso de libre acceso, pero como se trata de un bien limitado y escaso, es administrado por el Estado para su mejor aprovechamiento según los avances tecnológicos (STC Rol N° 1895, c. 10° y STC Rol N° 1849-10, c. 12°).

Como ha reconocido esta Magistratura, cabe distinguir entre la asignación de frecuencias y el otorgamiento de concesiones: *"Que, atingente a la administración del espectro radioeléctrico, el artículo segundo del Decreto Supremo N° 264, explicitado en el considerando 9°, numeral 9.2 del mismo texto, ordena a la Subsecretaría de Telecomunicaciones no que asigne, sino que determine y calendarice -por resolución pública y transparente- cuáles frecuencias precisas dentro de la banda UHF van quedando paulatinamente disponibles, a objeto de que las correspondientes concesiones se puedan abrir al ingreso de nuevos operadores;"*. (STC Rol 1849-10, c. 16°);

12. Que para comprender la exigencia de personalidad jurídica para ser titular de una concesión, debe tenerse presente que el artículo 19 de la Constitución, si bien en su enunciado señala que la Constitución asegura "a todas las personas" los derechos que enumera a continuación, en su N°12 distingue los derechos que se reconocen a las personas naturales y a personas jurídicas, indistintamente, de aquellos derechos respecto de los cuales se ha entregado al legislador determinar quiénes podrán ejercerlos. Así, el inciso tercero del N°12 del artículo 19 reconoce el derecho de rectificación

en las condiciones que determine la ley, a "toda persona natural o jurídica ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social". Lo mismo sucede con el inciso cuarto de la misma disposición, en el cual se señala que "toda persona natural o jurídica" tiene el derecho de fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos, en las condiciones que señale la ley".

En cambio, en su inciso quinto, respecto del derecho de establecer, operar y mantener estaciones de televisión, el artículo 19 N° 12 de la Constitución señala que éste corresponde al "Estado, aquellas universidades y demás personas o entidades que determine la ley". Consecuente con lo anterior, la Ley N° 19.838 exige que para ser titular de una concesión de radiodifusión televisiva de libre recepción, se requiere contar con personalidad jurídica con un período de duración al menos equivalente al de la concesión;

13. Que, la exigencia de personalidad jurídica para ser titular de una concesión de radiodifusión televisiva de libre recepción se inserta en un sistema regulado, que apunta asegurar que la utilización del espectro radioeléctrico se realice de forma continua y seria, sometiéndose a los deberes de "correcto funcionamiento" a que alude el inciso sexto del artículo 19 N°12 de la Constitución.

Ello corresponde a la importancia que el constituyente reconoce a la televisión como medio de comunicación social, a cuya regulación dedica dos incisos especiales, que podría haber omitido si la hubiera asimilado a los demás medios de comunicación conocidos en la época: diarios, revistas y periódicos. Esta preocupación particular por el impacto social y cultural

de la televisión se refleja además en la historia del establecimiento de la televisión en el país: al principio sólo podían ser titulares de canales de televisión el Estado y las universidades reconocidas por éste. Por eso el texto constitucional prescribe que sólo podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión el Estado aquellas universidades y demás personas o entidades que la ley determine. Tales personas sólo pueden ser de naturaleza jurídica, pues si la ley pudiera determinar que ciertas personas naturales pueden obtener concesiones de televisión y otras no, sin que tal distinción fuera objetiva y razonable, estaría incurriendo en una discriminación arbitraria. Por eso la distinción que la Constitución contempla es entre ciertas personas o entidades, en el entendido que se está refiriendo a ciertas personas jurídicas o entidades que tienen la capacidad para gestionar adecuadamente un canal de televisión, y las personas naturales que quedan excluidas.

Así, la Ley del Consejo Nacional de Televisión en su artículo 15 establece que los titulares de las concesiones deben ser "personas jurídicas de derecho público o privado, cuyo plazo de vigencia no podrá ser inferior al de la concesión", o sea 25 años. Luego, estas personas deben estar constituidas en Chile y tener domicilio en el país. Sus presidentes, directores, gerentes, administradores y representantes legales deben ser chilenos y no haber sido condenados por delito que merezca pena aflictiva (Arts. 15 y 18 de la Ley N° 18.838). Además, a las concesionarias se les aplican las normas del artículo 46 de la Ley N° 18.046, referidas a la obligación del directorio de proporcionar a los accionistas y al público, las informaciones suficientes, fidedignas y oportunas que la ley y, en su caso, la Superintendencia determinen respecto de la situación legal, económica y financiera de la sociedad.

Por la importancia que la Constitución atribuye a la televisión, establece además que un organismo especializado, el Consejo Nacional de Televisión, velará por el correcto funcionamiento de este medio de comunicación, lo que no ocurre con ningún otro. Para tal fin su ley orgánica estipula que tendrá la supervigilancia y fiscalización de los servicios de televisión. Privado de facultades para inmiscuirse en la programación de los canales, dicho Consejo puede, sin embargo, sancionarlos según lo previsto en su Título V. La ley le otorga a cualquier ciudadano la capacidad para denunciar ante ese organismo una falta al correcto funcionamiento o una infracción a las normas del Consejo para impedir programas que contengan violencia excesiva, truculencia, pornografía o participación de niños o adolescentes en actos reñidos con la moral o las buenas costumbres (Art. 40 bis).

En síntesis, cabe recordar que la propia Constitución contempla un estatuto especial para los servicios de televisión, encargando a la ley su regulación sin vulnerar la libertad de expresión;

14. Que, el otorgamiento de concesiones de radiodifusión televisiva debe respetar el principio de libre e igualitario acceso exigido por los artículos 2º y 8º de la Ley General de Telecomunicaciones, en concordancia con el principio de igualdad ante la ley y del derecho de libre expresión consagrados por el artículo 19 N°s 2º y 12º de la Carta Fundamental. Ello se expresa en que los requisitos establecidos para optar a una concesión son de general aplicación y que se accede a ella mediante un concurso público que asegura la transparencia e integridad de la concesión, acorde con el hecho de recaer en un bien nacional de uso público (Art. 15 de la Ley N° 18.838);

15. Que, debe recordarse que ya en otras oportunidades este Tribunal se ha pronunciado sobre la exigencia impuesta por ley de contar con personalidad jurídica para ejercer determinados derechos que suponen una cierta organización capaz de garantizar la seriedad del prestador de un servicio. Así ocurrió cuando esta Magistratura tuvo que pronunciarse, ejerciendo control preventivo obligatorio de constitucionalidad, sobre la Ley General de Educación. Se señaló que la exigencia de personalidad jurídica a los sostenedores de establecimientos educacionales, otorga un grado de permanencia, transparencia y estabilidad a los establecimientos educacionales que no es posible alcanzar por las personas naturales, y apunta a cumplir de mejor manera la obligación de garantizar una educación de calidad que asegura el artículo 19 N° 10 de la Constitución. Así se establecía una clara distinción entre el patrimonio personal del dueño del establecimiento reconocido y el de la personalidad jurídica que cumple las veces de sostenedor, lo que resulta indispensable para asegurar el buen uso de la subvención educacional. En ese sentido, se apuntó, la libertad de enseñanza supone determinada organización para su ejercicio (STC Rol N° 1363, c. 17°, 18° y 19°);

16. Que, lo mismo ocurre con la libertad de expresión y su ejercicio por medio de la radiodifusión televisiva. Para que pueda explotarse de forma adecuada el espectro radioeléctrico y permitir la mejor utilización de éste en tanto bien nacional de uso público, la ley ha previsto que el establecimiento, operación y mantención de estaciones de televisión sea

realizado por personas jurídicas, que cumplan con las exigencias que la ley indica. La particular regulación del sistema de concesiones de radiodifusión televisiva responde a la especial naturaleza y relevancia que posee la televisión como medio de comunicación, lo que ha sido reconocido por la Constitución según se ha señalado anteriormente;

17. Que, la exigencia de personalidad jurídica se presenta como justificada cuando ello asegura la prestación permanente de un servicio o satisfacción de un derecho. Así, en los casos en que la Constitución entrega al legislador determinar quiénes podrán desarrollar una determinada actividad o ejercer un derecho, son numerosas las situaciones en que el ordenamiento jurídico exige una determinada organización para ello. Tal como se señaló en la sentencia citada en el considerando anterior, *“exigencias de esta especie existen en otras áreas de manera mucho más estricta y nunca han sido objeto de reproche de constitucionalidad. Así, por ejemplo, las ISAPRES, de acuerdo al artículo 171 del D.F.L. N° 1, de Salud, de 2005, “deberán constituirse como personas jurídicas y registrarse en la Superintendencia”. En algunos otros casos se exige una específica forma societaria como respecto de los Bancos o de las AFP. Así, el artículo 27 de la Ley General de Bancos establece que “las empresas bancarias deben constituirse como sociedades anónimas en conformidad a la presente ley”. En el mismo sentido, el artículo 23 del D.L. N° 3.500 establece que “las Administradoras de Fondos de Pensiones, denominadas también en esta ley Administradoras, serán sociedades anónimas que*

tendrán como objeto exclusivo administrar Fondos de Pensiones y otorgar y administrar las prestaciones y beneficios que establece esta ley". Un último ejemplo, también más estricto, lo encontramos en el artículo 15 del D.F.L. N° 1, de Educación, de 1980, también conocido como Ley de Universidades, que establece que "podrán crearse universidades, las que deberán constituirse como personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro";" (STC Rol N° 1363, c. 21°);

Exigencia de personalidad jurídica frente a las garantías invocadas en el caso concreto.

18. Que, la libertad de expresión asegura a las personas poder manifestar sus opiniones y difundir y recibir información, sin censura previa. Como se ha planteado por este mismo Tribunal: *"la libertad de expresión, por su parte, desempeña un papel fundamental en la sociedad democrática, pues permite el debate de ideas, el intercambio de puntos de vista, emitir y recibir mensajes, la libre crítica, la investigación científica y el debate especulativo, la creación artística, el diálogo sin restricción, censura ni temor, y la existencia de una opinión pública informada"* (STC Rol N° 567, c. 32). Además, *"dentro del contenido de la libertad de expresión, se comprenden las declaraciones sobre hechos y también las meras opiniones, con independencia de si son fundadas racionalmente o no. Su protección alcanza no sólo al contenido de las ideas, sino también a la forma en que ellas son expresadas; las personas puedan escoger libremente el lugar, los medios y las*

circunstancias para hacerlo" (STC Rol N° 567, c. 34);

- 19.** Que, no obstante lo anterior, la misma Constitución distingue entre la titularidad del derecho y quienes pueden ejercerlo en cada una de sus manifestaciones atendido el medio que se emplee. Como se indicó en el considerando XX, conforme a la Constitución, sólo pueden establecer, operar y mantener estaciones de televisión, el "Estado, aquellas universidades y demás personas o entidades que la ley determine". Así, con todo, corresponde analizar si esta exigencia que ha efectuado el legislador afecta en el caso concreto la libertad de expresión del requirente (Art. 19 N°12 de la Constitución), la igualdad ante la ley (Art. 19 N°2 de la Constitución) y el deber del Estado de promover el bien común y de amparar a los grupos intermedios (Art. 1, incisos 3° y 4°, de la Constitución);
- 20.** Que, en primer lugar, la exigencia de personalidad jurídica no es un real obstáculo para el funcionamiento de un canal de televisión comunitario, pues éste podría desarrollarse mediante un permiso de servicio limitado de televisión, sin necesidad de conformar una personalidad jurídica. Tampoco puede considerarse que constituir una persona jurídica sea un trámite engorroso en nuestro ordenamiento jurídico, pues actualmente toda persona puede hacerlo en forma expedita, según lo establece el Título XXXIII del Libro I del Código Civil y la Ley N°20.500, Sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública. Por ende nada impedía al requirente formar una personalidad jurídica u obtener un permiso de servicio

limitado de televisión, como de hecho ocurre en múltiples comunas del país en casos análogos. Como se sabe, la exigencia de personalidad jurídica no excluye a las personas naturales, sino que supone que éstas dirigen e integran la persona jurídica;

- 21.** Que, no corresponde a esta Magistratura hacerse cargo de la negligencia del requirente. Éste pudo solicitar un permiso de radiodifusión limitado a la Subsecretaría de Telecomunicaciones, como muchas televisiones comunitarias lo hacen. También pudo constituir una personalidad jurídica y luego esperar un proceso de licitación de una concesión por parte del Consejo Nacional de Televisión, cuestión que no hizo. En el caso, como consta en autos, el requirente simplemente optó por transmitir sin autorización alguna en conocimiento que esa conducta se encontraba sancionada por la ley;
- 22.** Que, por lo demás, aun cuando el requirente contara con personalidad jurídica y postulara a una concesión televisiva de libre recepción, nada le asegura ganar el concurso y efectivamente acceder a una concesión de radiodifusión televisiva, pues el espacio radioeléctrico es limitado;
- 23.** Que, consecuentemente, no puede estimarse que la aplicación de las normas cuestionadas pueda infringir la libertad de opinión e información del requirente, quien además puede ejercer dicha libertad en otros medios de comunicación o transmitir sin utilizar el espectro radioeléctrico;
- 24.** Que, por los motivos señalados en los considerados anteriores, tampoco pueden estimarse

infringidos los derechos consagrados en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 13.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. La regulación impugnada -que tiene un fundamento objetivo en el carácter limitado del espacio radioeléctrico- no puede ser considerada una forma indebida de restringir la libertad de expresión por vías o medios indirectos, pues no se trata de una manipulación del uso de las frecuencias radioeléctricas sino de requisitos razonables para ser titular de una concesión de servicios televisivos;

25. Que, respecto de la igualdad ante la ley, supuestamente infringida por la aplicación de las normas cuestionadas, es preciso recordar que ésta supone *“la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; pues no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo, debiendo quedar suficientemente claro que el legislador, en ejercicio de sus potestades, puede establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales, siempre que ello no revista el carácter de arbitrario”* (en otras, STC Roles N°s 986 y 1414);
26. Que no se aprecia en qué forma se produciría una discriminación arbitraria (infracción al artículo 19 N°2 de la Constitución) en perjuicio del requirente al aplicarse las normas cuestionadas. Tales normas establecen criterios objetivos y rigen para la generalidad de los

sujetos. Incluso, el artículo 15 de la Ley N° 18.838, objetado en autos, en su inciso tercero señala que los requisitos que habrán de exigirse en las bases de la licitación serán públicos y estrictamente objetivos. El otorgamiento de concesiones de radiodifusión televisiva debe respetar el principio de libre e igualitario acceso exigido por los artículos 2° y 8° de la Ley General de Telecomunicaciones;

27. Que, consecuentemente, por lo sostenido en los considerandos anteriores, tampoco es acertado lo alegado por el requirente sobre la supuesta infracción a los incisos 3° y 4° del artículo 1° de la Constitución. La organización comunitaria que el requirente dirige no se ha visto ni habrá de verse obstaculizada en el cumplimiento de los fines que le son propios por la aplicación de las normas cuestionadas, sino que por los eventuales ilícitos que ha cometido su director;

28. Que, por último, determinar si el delito previsto en el artículo 36 B ya citado, en su aplicación al caso concreto, resulta desproporcionado, exige tener presente que, conforme al principio democrático (artículo 4° de la Constitución), el legislador es libre para determinar razonablemente los requisitos para castigar una conducta y establecer la sanción correspondiente.

Así lo ha reconocido esta Magistratura en la STC Rol 786-2007, en los siguientes términos: ..."VIGESIMOCTAVO:.... En efecto, ya se ha recordado de qué manera la protección de los derechos de los adolescentes se ha encontrado especialmente presente en la gestación y desarrollo de toda la legislación sobre responsabilidad penal en que ellos puedan incurrir, la que, sin duda, ha

tenido presente que, de conformidad con el artículo 37, letra b), de la Convención sobre los Derechos del Niño, no se prohíbe la privación de libertad de los adolescentes, sino que se impide que ella sea ilegal o arbitraria, exigiendo también que sólo proceda conforme a la ley y en carácter de último recurso, por el período más breve posible, a juicio del mismo legislador.

Pero, además, debe tenerse presente que la determinación de las penas es de resorte exclusivo del legislador, al tenor de lo dispuesto en el artículo 19 N° 3, incisos séptimo y octavo, de la Constitución, que señalan, el primero, que *"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"* y, el segundo, que *"ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella"*.

La competencia reservada al legislador en esta materia ha sido destacada por varias Cortes Constitucionales, pertenecientes a diversas áreas geográficas. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional del Perú ha señalado que: *"En materia de determinación legal de la pena, la evaluación sobre su adecuación o no debe partir necesariamente de advertir que es potestad exclusiva del legislador, junto a los bienes penalmente protegidos y los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, la proporción entre las conductas que pretende evitar, así como las penas con que intenta conseguirloen tales casos, el legislador goza, dentro de los límites de la Constitución, de un amplio margen para determinar las penas ..."* (Sentencia de 21 de julio de 2005, Expediente 0019-2005-AI/TC, considerando 198°).

El Tribunal Constitucional de Alemania, por su parte, refiriéndose a la pena de trabajos forzados, ha afirmado que: "La ley fundamental obliga al legislador a desarrollar un concepto efectivo de la resocialización y a estructurar la ejecución de la pena con base a estos criterios. Para esto se ha dejado a él (al legislador) un amplio espacio de regulación (...) Él puede, atendiendo a toda clase de conocimientos, principalmente en los campos de la antropología, la criminología, la terapia social y la economía, llegar a una regulación que -atendiendo a los costos- se encuentre en concordancia con el rango y necesidad de otras funciones del Estado." (Schwabe, Jürgen (compilador). Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán. Fundación Konrad Adenauer, Uruguay, 2003, pág. 268);

29. Que esta Magistratura, entretanto, ha invocado previamente jurisprudencia del Consejo Constitucional francés, el que, conociendo de un requerimiento que impugnaba un proyecto de ley tendiente a crear y aumentar penas, decidió que: *"Dentro de los márgenes de su misión, no le cabe al Consejo Constitucional reemplazar el juicio del Parlamento por el propio con respecto a la necesidad de las penas impuestas a los delitos (Sentencia Rol N° 591, considerando 9°);*

30. Que, afirmada la exclusividad de la competencia legislativa en la determinación de las penas como en la fijación de sus modalidades de cumplimiento, resulta que lo que corresponde al Tribunal Constitucional es cerciorarse de que las penas obedezcan a fines constitucionalmente lícitos y de que no se vulneren los límites precisos que la misma Carta ha impuesto como, por ejemplo, en el caso del artículo 19 N° 1, que prohíbe la aplicación de apremios ilegítimos, del artículo 19 N° 7, inciso segundo, letras g) y h), que impiden

establecer la pena de confiscación de bienes o la de pérdida de los derechos previsionales, todo lo cual tiende, finalmente, a dar cumplimiento al deber que el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución impone a los órganos del Estado en orden a respetar y promover los derechos esenciales del ser humano.

El mismo criterio fue reafirmado en la STC N° 1328 (considerando 13°), al establecer: "Corresponde al legislador el establecimiento de una pena para un determinado delito. Por tanto, éste tiene discrecionalidad para la fijación de las penas, en la medida que respete los límites que le fija la Constitución. Así, asignar penas para un delito es parte de la política criminal y depende de un juicio de oportunidad o conveniencia que corresponde efectuar al legislador...".

Las normas penales deben respetar los criterios y principios que contempla la Constitución, no pudiendo establecer discriminaciones arbitrarias. En STC N° 1584 (considerandos 21° y 22°) se reconoce que a mayor gravedad del delito corresponde una pena superior. Por lo mismo, deben ajustarse a un criterio de proporcionalidad, dada la intensidad de la afectación de derechos fundamentales que su aplicación provoca. El Derecho Penal es la herramienta del Estado más invasiva en la restricción de la libertad, por lo que requiere un mayor cuidado en su configuración. Efectivamente, la norma de carácter penal debe ser idónea y necesaria para proteger un determinado bien jurídico, manteniendo un equilibrio entre la trascendencia social de la conducta típica y la pena que se asigna al delito (Constitución y Principios del Derecho Penal: algunas bases constitucionales, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2010).

De lo cual cabe concluir que a esta Magistratura sólo le incumbe pronunciarse sobre la proporcionalidad de una sanción penal en casos de extrema gravedad en que se

pueda concluir que se está en presencia de una discriminación arbitraria explícita o encubierta;

31. Que, en el presente caso, no parece desproporcionada la configuración del delito contemplado en el artículo 36 B, letra a), de la Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones, ni su penalidad, dada la importancia que para la sociedad tiene el bien jurídico protegido, cual es el correcto uso del espacio radioeléctrico, para lo cual se requiere la autorización de la autoridad competente una vez cumplidos los requisitos que la ley establece, los cuales, como se ha afirmado en este fallo, se ajustan a la Constitución.

Cabe tener también en cuenta que el requirente se ha sometido a un juicio simplificado, en el cual la pena se limita aun más, al no poder exceder la de presidio o reclusión menor en su grado mínimo, sin considerar las eventuales atenuantes de responsabilidad penal que pudieran beneficiar al requirente.

Analizar más allá de los criterios reseñados el precepto penal impugnado podría implicar la formulación de un juicio de mérito, cuestión que escapa a la competencia de esta Magistratura.

Y TENIENDO, ADEMÁS, PRESENTE lo previsto en los artículos 1°, 6°, 7° y 19, números 2° y 12°, de la Constitución Política, así como las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE DECLARA: Que se rechaza el presente recurso de inaplicabilidad. Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento, oficiándose al efecto.

Se previene que el Ministro señor Carlos Carmona Santander concurre a la presente sentencia sin compartir lo razonado en su considerando vigesimocuarto.

Acordada la sentencia con el voto en contra de los Ministros señores Raúl Bertelsen Reppetto, Marcelo Venegas Palacios, Hernán Vodanovic Schnake e Iván Aróstica, quienes estuvieron por acoger el requerimiento sólo en cuanto a declarar inaplicable por inconstitucional, en el proceso respectivo, la aplicación de la pena corporal contemplada en la letra a) del artículo 36 B de la Ley N° 18.168 y decidir, en consecuencia, que la aplicación en el caso *sublite* del precepto legal que establece como pena la de "*presidio menor en sus grados mínimo a medio*", contenido en la citada disposición legal, resulta contraria a la Constitución.

Tienen presente para ello los motivos siguientes:

- 1) La necesaria caracterización de la relación jurídico procesal en que incide la acción cobra particular relevancia en este caso, atendido a que el tipo penal -bajo una cobertura común, operar o explotar servicios de instalaciones de telecomunicaciones de libre recepción o radiodifusión sin autorización de la autoridad correspondiente- admite hipótesis fácticas de la más variada intensidad o disímil peligrosidad. Así, puede ser sancionado con la misma pena corporal tanto la operación de un canal de televisión clandestino de gran alcance, incluso difundiendo contenidos contrarios al orden o salud públicos, como otro de extensión restringida y local, que divulgue noticias de interés público para la comunidad.
- 2) En la especie, la conducta incriminada alude a la operación de un canal de televisión en la frecuencia 15 de la banda UHF, en la localidad de Graneros, que

-según el imputado y requirente- “emitía programación solamente para dicha comuna, dirigido a la información, cobertura de noticias, ayuda a la comunidad, entre otras, realizando muchas de las actividades en conjunto con organismos públicos, entre otros Carabineros de Chile, la Policía de Investigaciones de Chile y el hospital local, afirmando aquél haber conseguido la adjudicación por parte del gobierno de la Región de O’Higgins, de un proyecto destinado a la realización de una página web de dicho canal de televisión.

- 3) La disposición objetada sanciona al responsable con presidio menor en sus grados mínimo a medio, multa de 5 a 300 Unidades Tributarias Mensuales y comiso de los equipos e instalaciones, constituyendo la acumulación de penas, a través de la imposición de la corporal, el elemento transgresor del principio de proporcionalidad constitucionalmente protegido.
- 4) Según lo ha hecho presente esta Magistratura (roles N°s. 755, 790, 1138, 1140, 1254 y 1518), “la igualdad ante la ley supone analizar si la diferenciación legislativa obedece a fines objetivos y constitucionalmente válidos. De este modo, resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción; a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados”;
- 5) De la misma forma, se ha considerado por este Tribunal “que 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 (roles N°s. 437 y 1518), 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”.

- 6) En la especie, la reclamada proporcionalidad no se produce, como se ha dicho anteriormente, estimándose que la pena corporal mencionada en su aplicación resulta contraria al principio establecido en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política.
- 7) Que no resulta acorde con el pleno respeto a los derechos y garantías constitucionales exigido por el inciso cuarto del artículo 1° de la Carta Fundamental, admitir una versión restringida del principio de legalidad punitiva ni aceptar una discrecionalidad legislativa sin límites efectivos, como tampoco parece procedente juzgar en sede constitucional el comportamiento de un imputado, correspondiéndole a este Tribunal estimar arbitraria una norma que criminaliza y sanciona con presidio una conducta si ello, como ocurre, infringe el principio de proporcionalidad.
- 8) Todo lo cual se ve corroborado cuando se observa la existencia de otros cuerpos legales que, atendiendo al contenido de las transmisiones y los propósitos perseguidos, sancionan drásticamente como delito la emisión de noticias falsas o tendenciosas con el designio de alterar el orden o perturbar el orden institucional de la República, cuyo es el caso de la Ley N° 12.927 (artículo 4° letra g).

Redactó la sentencia el Ministro señor José Antonio Viera-Gallo Quesney y la disidencia el Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake.

Notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 2022-2011-INA.

Se certifica que el Ministro señor Marcelo Venegas Palacios concurrió a la vista de la causa y al acuerdo del fallo, pero no firma por encontrarse haciendo uso de feriado legal.

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

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