

Libro: Contencioso-Administrativo

Rol de ingreso: 551-2021

Materia: Recurso de reclamación Ley 18.838

EN LO PRINCIPAL: INFORMA RECURSO DE RECLAMACIÓN
PRIMERO OTROSÍ: ACOMPAÑA DOCUMENTOS
SEGUNDO OTROSÍ: RESPALDO AUDIOVISUAL

ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

[REDACTED], abogado, en representación del Consejo Nacional de Televisión, en recurso de reclamación Rol N° 551-2021, [REDACTED], a US. Ilustrísima respetuosamente digo:

Que cumpla con lo ordenado por SS Ilma., informando el presente recurso como sigue:

I. ANTECEDENTES

1. El Consejo Nacional de Televisión recibió 681 denuncias contra la concesionaria de Televisión Compañía Chilena de Televisión S.A. (La Red) por emitir un segmento -en el cual se desarrolla una performance- de su programa "Las Gansas" con fecha 21 de agosto de 2021;
2. El tenor y contenido de las denuncias es, en síntesis, el siguiente¹:
 - Acto pornográfico sadomasoquista, que ofende a los católicos utilizando símbolos católicos.
 - Discurso de odio que ofende a una religión.
 - Expresión de intolerancia. Contenido obsceno y discriminatorio.
 - Se profieren insultos en contra de la autoridad eclesiástica.
 - Se atenta contra la paz social, a través de un llamado a "quemar" y a dañar a Carabineros.
3. A continuación, se transcriben algunas denuncias ciudadanas representativas de las temáticas denunciadas²:
 - «El programa Las Gansas llevó de invitado a [REDACTED] quien realizó un acto pornográfico que además contraría la libertad de culto y ofende a los católicos, es un acto repulsivo, chocante, que puede dañar psicológicamente a las personas que vean el programa. El espacio Las Gansas debiese ser eliminado de la televisión por atentar gravemente a la moral y a las buenas costumbres, junto con ser ofensivo y pornográfico.» [REDACTED]
 - «Durante el día 21 de agosto en el programa las gansas, se realiza una presentación de carácter pornográfica, en donde una persona agachada y semidesnuda le retira un rosario del trasero a otra persona.» [REDACTED]

¹ Las denuncias se detallan en un documento acompañado en un otrosí del informe.

- «Durante la transmisión del correspondiente programa, fue durante la performance realizada por la artista [REDACTED] en la cual se expresa textualmente la frase: ...o mejor quemar al paco y a su general. Dicha frase necesariamente constituye una afrenta y una incitación al odio y la violencia intolerables al invocar a violentar a cierto sector de la sociedad, afectando no solo la dignidad de dichas personas aludidas, sino la paz social y el respeto como fundamento democrático» [REDACTED]
 - «Independiente de su orientación sexual un par de personas hacen una performance pornográfica donde acan un rosario con los dientes del ano de uno de ellos agrediendo violentamente el credo religioso Católico, junto con eso, en el canto llama a "quemar a los Carabineros" haciendo públicamente un llamado a la violencia y a un delito que es dañar o asesinar a personas.» [REDACTED]
 - «Va en contra de la conciencia y en contra de un pensamiento, llamando al odio y en contra de la moral humana, un acto plenamente pornográfico y en burla contra el cristianismo.» [REDACTED]
 - «Se llamó abiertamente a quemar Iglesias y Carabineros.» [REDACTED]
4. Ante el grave tenor de las numerosas denuncias, esta entidad procedió a fiscalizar la emisión, y su Departamento de Supervisión y Fiscalización emitió un informe técnico de fiscalización [REDACTED] donde dio cuenta de que en la emisión se detectaron una serie de elementos y conductas contrarias al respeto debido por la diversidad de creencias religiosas y principios democráticos que posibilitan una adecuada convivencia pacífica y la tolerancia necesaria, en un marco de pluralismo, pudiendo configurar un ejercicio abusivo de la libertad de expresión que afectaría bienes y valores tutelados por el art. 1° de la ley 18.838;
 5. Ante ello, y basado en dicho informe de fiscalización-, en **Sesión de 06 de septiembre de 2021**, el H. Consejo formuló cargos en contra de **Compañía Chilena de Televisión S.A. (en adelante LARED)**, por «supuesta infracción al artículo 1° de la Ley N° 18.838, la que se configuraría por la exhibición, el día **21 de agosto de 2021**, de una performance en el programa "**Las Gansas**", donde no habría sido observado el respeto debido a la dignidad personal y el derecho a la igualdad y no discriminación, constituyendo lo anterior una posible inobservancia del principio del correcto funcionamiento de los servicios de televisión, sin perjuicio, además, de detectar expresiones que mermarían el principio democrático por contener expresiones que implican un eventual atentado a la democracia y paz social;
 6. El cargo fue notificado válidamente y la concesionaria, tal como se acreditó en el procedimiento, presentó sus descargos fuera del plazo contemplado en el artículo 34° de la Ley 18.838, y no aportó probanzas dentro del procedimiento que derribasen la presunción de legalidad sobre la fiscalización;
 7. Ante ello, en sesión de H. Consejo Nacional de televisión de fecha 18 de octubre de 2021, dicho órgano -a pesar de no estar obligado a ponderar los descargos-, los analizó y descartó fundadamente, y estimó que la transmisión referida amagó la dignidad personal y el derecho a la igualdad y no discriminación de las personas que profesan la fe cristiana -descartándose la imputación de amago al principio democrático y paz social-, por lo que tomando en cuenta la gravedad de la infracción acordó multar a la concesionaria con monto de 80 UTM, conforme al artículo 33° N° 2 de la Ley N° 18.838, por infringir a través de dicha discriminación el correcto funcionamiento de la televisión, todo conforme al artículo 1°, inciso cuarto de la Ley 18.838;
 8. En contra de tal acuerdo, la permisionaria interpuso la presente reclamación;

II. DESCRIPCIÓN DEL PROGRAMA SANCIONADO Y FUNDAMENTOS DE LA SANCIÓN ADOPTADA POR EL CONSEJO NACIONAL DE TELEVISIÓN

9. Los contenidos objeto de fiscalización en este caso y que en definitiva fueron sancionados por el Consejo Nacional de Televisión, constan en el material audiovisual que se acompaña en un otrosí, y fueron completamente descritos en el Informe de Caso [REDACTED] elaborado por el Departamento de Fiscalización y Supervisión del CNTV; descripción que posteriormente fue reiterada [REDACTED]

10. Sin perjuicio de lo anterior, SS. debe tener especialmente presente las siguientes secuencias de la transmisión, en orden a reafirmar el juicio de culpabilidad de la concesionaria por su emisión y a que sus argumentos no derriban la presunción de legalidad que rige a los actos administrativos;

- **(22:01:19-22:04:18)** El programa comienza con la imagen del set, donde se observa un escenario con iluminación tenue y una mujer vestida con un conjunto de cuero negro y remaches de metal, frente a un micrófono. Inmediatamente, ella, identificada mediante el GC como [REDACTED] presenta su performance con la siguiente introducción: «*Esta performance va dedicada al Papa y a los constituyentes para que por fin en este país Iglesia y Estado sean asuntos separados.*» Seguidamente, dos músicos comienzan a tocar sus instrumentos en el escenario, dando inicio a la presentación. La cámara exhibe a un hombre arrodillado en el escenario, vistiendo un tipo de sunga, para luego exhibir a [REDACTED] bailando frente al micrófono mientras comienza a cantar. La letra de la canción es la siguiente:

«Me cago en tu santidad, también en tu autoridad

Me cago en tu gorra papal

A quemar, a quemar, a quemar, a quemar, a quemar y a quemar

Si estas en la Constituyente

No te olvides de las disidentes

O me cago en tu autoridad

O mejor quema al paco y a su general

A quemar, a quemar, a quemar, a quemar, a quemar y a quemar

Me cago en tu santidad, también en tu autoridad

Me cago en tu gorra papal

A quemar, a quemar, a quemar, a quemar, a quemar y a quemar

Prendamos fuego, fuego, fuego, fuego, fuego, fuego, fuego, fuego, fuego,
¡fueeeeeeeeeegooooooooo!»

- Durante la interpretación de la canción la cantante está en el escenario acompañada por dos músicos y un personaje que interpreta el rol de un sumiso, quien se desplaza por la escena gateando y vestido con un pequeño traje de baño/sunga negro de cuero/látex. Ella se acerca a él y simula verterle esperma de una vela prendida en su espalda, luego lo conduce con un látigo, que el hombre tiene tomado en su boca, al otro extremo del escenario. Una vez que llegan a una pequeña tarima al fondo del escenario, ella se para de espaldas a él y sacude su trasero, mientras el hombre, arrodillado y apoyado en sus manos, acerca su rostro a su trasero. En este momento, la luz se atenúa completamente, dejando sólo una luz roja de fondo, que permite ver la silueta de ambos. Seguidamente, el hombre acerca su boca al trasero de [REDACTED] y se observa que el hombre extrae con su boca un objeto, el que, por sus características, parece una especie de collar o cuerda. Inmediatamente se despliega un GC que indica:

“HOY CAPÍTULO ESPECIAL HECHO PARAMAYORES DE 18 AÑOS.” Al terminar el tema musical se observan llamas en los telones;

11. Respecto a los fundamentos de la sanción, el artículo 19° N° 12 de la Constitución Política de la República, en relación con los artículos 1°, 12° y 13° de la Ley N° 18.838, entregan al Consejo Nacional de Televisión la misión de velar porque los servicios de radiodifusión televisiva de libre recepción, y los servicios limitados de televisión se ajusten estrictamente al principio del *“correcto funcionamiento”*, entregándole para tal fin, facultades de supervigilancia y fiscalización en cuanto al contenido de las emisiones que a través de dichos servicios se efectúen;
12. Por su parte, el artículo 1° de la Ley N° 18.838 define el correcto funcionamiento de los servicios de televisión como *“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.”*;
13. Reteniendo lo anterior, diremos que los contenidos referidos fueron sancionados por el Consejo desde la siguiente perspectiva: El juicio de reproche formulado por el CNTV refiere a una infracción al principio del *correcto funcionamiento de los servicios de televisión*, por infringir el artículo 1° de la ley 18.838, por cuanto, en el curso del programa **Las Gansas** de 21 de agosto de 2021, se exhibió una *performance* en la que una persona extraía con su boca **un elemento con las características de un rosario** desde las nalgas de una artista³, lo que, a juicio del H. Consejo configuró un acto de agravio y menosprecio hacia el objeto, su simbolismo y la religión que la incorpora en su culto;
14. Si bien se constató que la concesionaria, en ejercicio de su libertad de programación, decidió incorporar en su programa “Las Gansas” una serie de *performances* que buscaban conmemorar a una fallecida artista, utilizando el travestismo y la *performatividad* como una forma de expresión artística de las minorías y disidencias sexuales y *contraculturales*, en el curso de una de las *performances* se detectaron una serie de elementos que serían contrarios al respeto debido por la diversidad de creencias religiosas, lo que en definitiva configuró un ejercicio abusivo de la libertad de expresión que afectó bienes y valores tutelados por el art. 1° de la ley 18.838, a saber, por la vía de un ejercicio discriminatorio y atentatorio contra la igualdad ante la ley y la dignidad de quienes profesan la fe católica, lo que amaga la libertad de culto o religiosa consagrada en el artículo 19 N° 6 de la Constitución, y en diversos **tratados internacionales que consagran el principio de no discriminación especialmente por motivos religiosos, como la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**;
15. Enseguida, cabe hacer presente, como lo precisa el informe de fiscalización, la formulación de cargos y sanción, que en ningún momento el Consejo ha desconocido la libertad de expresión, de transmitir informaciones o de creación y difusión artística, sino que lo cuestionado es el **corte ofensivo del contexto general de esa manifestación artística** contra una gran parte de la población que profesa esa fe que pasa a llevar la dignidad y derechos fundamentales de las personas, límites al ejercicio de la libertad de expresión conforme a la Constitución y esos pactos internacionales;
16. La sanción supone, bajo esta perspectiva, que el correcto funcionamiento es un límite social a la libertad de expresión que incluye el respeto a la dignidad humana y derechos fundamentales de colectivos o grupos de personas que pueden ver sus derechos vulnerados con una emisión televisiva -fallo TC Rol 2541-13;

³ Esto es lo que se puede interpretar de la visualización del acto. Si bien no es posible afirmar de forma certera y fehaciente que el objeto es efectiva y precisamente retirado desde el trasero de la cantante, esto es lo que se puede observar a través de la imagen, siendo, en definitiva, la representación que aparentemente se desea entregar a la audiencia. Además, es la alusión a ese elemento de fe la que es denunciada.

17. Ante ello, las justificaciones de la concesionaria se ponderaron restrictivamente, debiendo primar el **respeto a los derechos de los demás** como límite a la libertad de informar. (Convención Americana de Derechos Humanos), y por tales consideraciones la sanción concluyó que este bloque normativo (dignidad-derechos fundamentales) es un **límite intrínseco al ejercicio de la libertad de expresión** en armonía con el artículo 19 N° 12, inciso sexto del Texto Fundamental, pues estatuye el principio del correcto funcionamiento -y su respeto-, como una función legitimadora del ejercicio de esa libertad, pues este derecho no es absoluto (Roles Corte Suprema 6030-2012, e ICAS 419 y 420/21);

18. Resalta el artículo 13° de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), que consagrando el derecho a emitir opinión sin censura previa, dispone que el ejercicio de este derecho puede estar sujeto **a responsabilidades ulteriores y tiene límites sujetos a la ley, necesarios para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás**, como lo han ratificado las sentencias ICAS Roles N°s. 213, de 2018 y 664, de 2019. La doctrina ampara el juicio de SS. Iltma:

- *“Se ha insistido, reiteradamente, que los derechos no son de contenido ni ejercicio absoluto. De admitirse lo contrario, la convivencia civilizada sería imposible. Pero el abuso del derecho y el ejercicio ilegítimo del mismo ocurren, desafortunadamente, también en el ámbito de los atributos esenciales. Pues bien, una vez más estamos, con estas libertades, ante un derecho que es limitado en el doble ámbito referido. Por eso, en su ejercicio cabe el abuso y el delito, abriéndose la necesidad de sancionarlos. La competencia para hacerlo recae en la ley, la cual debe ser de quórum calificado y precisa en la tipificación de los ilícitos para que no se lesione la seguridad jurídica (...)”⁴;*

9. En efecto, las normas internacionales, prohíben la **intolerancia y discriminación basadas en la religión o las convicciones**. Por ello, el artículo 1° de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, establece: “1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, **religión**, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social;

10. Su artículo 12° señala:

- 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.
- 2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.
- 3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

11. Sobre el derecho garantizado en el citado artículo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el derecho a la libertad de conciencia y religión es uno de los **cimientos de las sociedades democráticas**, indicando que:

- «Según el artículo 12 de la Convención, el derecho a la libertad de conciencia y de religión permite que las personas conserven, cambien, profesen y divulguen su religión o sus creencias. Este derecho es uno de los **cimientos de la sociedad democrático**. En su

⁴ J.L. Cea Egaña. *Derecho Constitucional Chileno*, vol. II, 2° ed., Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2012, pág. 394

*dimensión religiosa, constituye un elemento trascendental en la protección de las convicciones de los creyentes y en su forma de vida».*⁵

12. Es esencial destacar que el artículo 13° N° 5 de la Convención -que consagra el derecho a la libertad de pensamiento y expresión-, **establece a modo de límite para el ejercicio de tal libertad -que concretiza a modo de prohibiciones las limitaciones de su numeral 2-, que estará prohibida toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar.** En este mismo sentido -de los dos numerales referidos-, se pronuncia el artículo 19° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;
13. A la vez, la sanción indicó que el artículo 26° de ese Pacto dispone: *“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”;*
14. A su vez, La Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación asentadas en la religión o las convicciones de 1981, dispone en su artículo 3° que *“La discriminación entre los seres humanos por motivos de religión o convicciones constituye una ofensa a la dignidad humana y una negación de los principios de la Carta de las Naciones Unidas, y debe ser condenada como una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y enunciados detalladamente en los Pactos internacionales de derechos humanos, y como un obstáculo para las relaciones amistosas y pacíficas entre las naciones.”*⁶;
15. En concordancia con las normas internacionales sobre derechos humanos, en nuestro país el artículo 19° N° 6 de la **Constitución** garantiza, respecto de todas las personas, *«La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público»;*
16. En este sentido, es imprescindible destacar que en el procedimiento se indicó: *«la libertad de creencias comprende las referencias a una relación con un ser superior en una dimensión diferente a la del mundo sensible, vale decir, al mundo de la trascendencia, lo que lleva a la libertad religiosa; como asimismo, comprende las relaciones con el mundo sensible, con la realidad circundante, la que se denomina libertad ideológica.»* Asimismo, en su dimensión subjetiva, la libertad religiosa *«es un derecho de la persona humana, el que tiene una vertiente interna y una dimensión externa.»*⁷;
17. De esta manera, al sancionar esta grave ofensa, CNTV sólo ha cumplido, en tanto órgano del Estado con el **deber general de hacer respetar la faz colectiva de la libertad de expresión** que implica el respeto y promoción de los derechos fundamentales ratificados en tratados internacionales por Chile, adoptando una posición que haga posible su realización con apego estricto al principio de legalidad, desde el pleno respecto a las competencias que le entrega su Ley

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 05 de febrero de 2002, Serie CN° 73, caso “La Última Tentación de Cristo”.

⁶ La Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su resolución 2002/55, indica que la tolerancia implica una aceptación positiva y el respeto de la diversidad y que, por su parte, el pluralismo aglutina la voluntad de conceder igual respeto a los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de todos los individuos, sin distinción, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política u otra índole, origen nacional o social, fortuna, nacimiento u otra condición. Bajo ese prisma, además agrega que la tolerancia y el pluralismo robustecen la democracia, propician el goce pleno de todos los derechos humanos, constituyendo así un fundamento sólido para la sociedad civil, la armonía y la paz. Resolución de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas 2002/55, 25 de abril de 2002.

⁷ Nogueira Alcalá, Humberto. (2006). La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno. *Ius et Praxis*, 12(2), 13-41

Orgánica N° 18.838, una de ellas -sino la principal-, exigir precisamente a los canales de televisión el respeto permanente a los derechos fundamentales en sus emisiones, en armonía con los artículos 5° inciso segundo, y 6° de la Constitución Política de la República⁸⁻⁹; }

- 18.** *En lo tocante a los hechos, la sanción se basó en que el contenido exhibido en pantalla se consideró ofensivo pues muestra un acto de intolerancia respecto de quienes profesan el catolicismo, inobservando principios necesarios para una convivencia pacífica en democracia: La utilización inadecuada y ofensiva de un rosario, que representa un símbolo sagrado y un objeto de devoción podría ser considerado como un acto de agravio hacia quienes profesan esa religión, especialmente cuando se revisan las características del acto realizado en pantalla, cuyo contexto es ofensivo, ni siquiera humorístico;*
9. En efecto, el realizar un acto público en el que se retiraría un rosario desde las nalgas de la artista, con la boca de otra persona¹⁰, configura un acto de agravio y menosprecio directo hacia el objeto, su simbolismo y la religión que la incorpora en su culto. Si aquello es comprendido dentro del contexto de la *performance* y se detecta la letra de la canción que expresa “*me cago en su santidad; me cago en su gorra papal*”-, parece plausible sostener que el mensaje que la *performista* enviaba, buscaba ofender y agraviar a quienes ven en dicho objeto un símbolo sagrado y de devoción;
10. Esto, debe ser comprendido en el marco previamente desarrollado, respecto de la relevancia institucional y normativa que tiene el respeto por la libertad de creencias en una sociedad democrática -lo que está asentado por amplia doctrina y literatura científica invocada en el procedimiento administrativo-, y por el rol trascendental que para millones de personas ocupa la religión, como un cuerpo de ideas y creencias a las cuales adhiere un individuo, moldeando su concepción de vida y su cosmovisión;
11. En este punto, parece pertinente recordar la normativa que regula el Correcto Funcionamiento de los Servicios de Televisión exige, además, el respeto por los principios democráticos y el pluralismo como integrantes del correcto funcionar. Precisamente, el artículo 1°, al definir que se entenderá por pluralismo, señala: «*el respeto a la diversidad social, cultural, étnica, política, religiosa, de género, de orientación sexual e identidad de género*»;
12. En este orden de ideas, el contenido exhibido en pantalla fue considerando, fundadamente, como un acto ofensivo hacia quienes profesan el catolicismo (en ejercicio de su libertad de conciencia, creencias y culto), pudiendo ser entendido como un acto de intolerancia, a partir de la exposición y utilización de elementos de culto y devoción de forma inadecuada, omitiendo el respeto debido hacia la diversidad religiosa, lo que iría en contra de aquellos principios democráticos de pluralismo y tolerancia, los que permiten una sana convivencia pacífica en las sociedades democráticas¹¹;

⁸ Lovera, Domingo. “Destinatarios de los derechos fundamentales”, en Manual sobre derechos fundamentales. Teoría general, eds. Contreras Pablo y Salgado Constanza (Chile, LOM Ediciones, 2017), 161-206.

⁹ Lo anterior, ha sido ratificado por recientes fallos sobre la misma materia que ahora se discute, en los que se ha dejado claro que el principio del correcto funcionamiento de los servicios de televisión se encuentra ligado a la normativa internacional plasmada en tratados internacionales sobre derechos humanos. (entre otros, roles N°s. 136, 143, 371 y 667, todas 2019, de ese Ilustrísimo Tribunal).

¹⁰ Esto es lo que se puede interpretar de la visualización del acto. Si bien no es posible afirmar de forma certera y fehaciente que el objeto es efectiva y precisamente retirado desde el trasero de la cantante, esto es lo que se puede observar a través de la imagen, siendo, en definitiva, la representación que aparentemente se desea entregar a la audiencia.

¹¹ «Según el artículo 12 de la Convención, el derecho a la libertad de conciencia y de religión permite que las personas conserven, cambien, profesen y divulguen su religión o sus creencias. Este derecho es uno de los **cimientos de la sociedad democrática**. En su dimensión religiosa, constituye un elemento trascendental en la protección de las

13. Resumismo, los tópicos, valoraciones y bienes jurídicos a que nos referimos -de fuentes internas y externas con valor al menos constitucional conforme al artículo 5° inciso segundo de la Constitución- integran el principio del correcto funcionamiento de los servicios de televisión, en armonía con el artículo 1°, inciso cuarto de la Ley 18.838, que dispone, en lo pertinente, que al CNTV le corresponde velar por el respeto, en las transmisiones televisivas, **de la dignidad de las personas y los derechos fundamentales reconocidos en tratados internacionales ratificados por Chile;**
14. Además, en armonía con la sanción, subyace la idea fundamental de respeto a la dignidad de las personas y de quienes profesan el catolicismo, por lo que es útil reiterar que la dignidad ha sido reconocida **“como el cimiento, presupuesto y base de todos los derechos fundamentales, sin la cual no cabe hablar de lo que es una derivación de esta, que son las libertades, la inviolabilidad y en general, los atributos públicos subjetivos conocidos como Derechos Humanos”**¹²;
15. Declarada solemnemente en la norma de apertura de la Carta Fundamental, ha sido caracterizada por el Tribunal Constitucional como **“la cualidad del ser humano que lo hace acreedor siempre a un trato de respeto porque ella es la fuente de los derechos esenciales y de las garantías destinadas a obtener que sean resguardados”**¹³.
16. La última Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 05 de julio de 2013, ha sostenido: **“Quinto: La dignidad humana implica el necesario reconocimiento de que todos los seres humanos, en su calidad de tal, son iguales entre sí, principio al que se integran todos los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, por lo que la “negación o el desconocimiento de uno, de algunos o de todos estos derechos significa la negación y el desconocimiento de la dignidad humana en su ineludible e integral generalidad” (La Dignidad Humana en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos, Héctor Gros Espiell, Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Universidad Complutense, Madrid, Vol. 4. 2003, página 198)”**¹⁴;
17. Se trata de **«el rasgo distintivo de los seres vivos, la que constituye a la persona como un fin en sí mismo, impidiendo que sea considerada un instrumento o medio para otro fin»**¹⁵, siendo reconocida una dimensión “ético pública” de aquella, constituyendo una de sus premisas básicas la **«prohibición de cosificar, instrumentalizar o mediatizar al ser humano»**¹⁶; (en sentido similar sentencias ICAS 507 de 2021);
18. De esta manera, una consecuencia de la relación ontológica entre dignidad y derechos fundamentales, es **«La primacía de la dignidad de la persona sobre los derechos fundamentales en razón de ser su fuente y fundamento, conduce al rechazo del ejercicio de cualquier derecho en un modo que suponga un atentado a ella, siendo una barrera insuperable en el ejercicio de los derechos fundamentales»**¹⁷; por lo tanto, un amago de estos pone en jaque a su vez la propia condición digna del ser humano; y viceversa, relación que podemos apreciar con mayor nitidez cuando lo que está en juego es el respeto a la libertad de conciencia o religiosa de un grupo importante de la población;
19. Recapitulando: la sanción se basó en el hecho jurídico de que la libertad de expresión reconoce límites asociados a la **dignidad y derechos fundamentales de las audiencias,**

convicciones de los creyentes y en su forma de vida». Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 05 de febrero de 2002, Serie C N° 73, caso “La Última Tentación de Cristo”.

¹² Cea Egaña, José Luis, “Los derechos a la intimidad y a la honra en Chile”. *Ius et Praxis* 6, N°2 (2000), pp. 153-169.

¹³ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 389, de 28 de octubre de 2003, Considerando 17°.

¹⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia recaída en la causa Rol 1352-13, de 5 de julio de 2013.

¹⁵ Alcalá Nogueira, Humberto. “Dignidad de la persona, derechos fundamentales, bloque Constitucional de derechos y control de convencionalidad”.

¹⁶ Garrido Dorn, Carlos. «La dignidad de la persona: Límite a la autonomía individual». *Revista de Derecho*, N° 26, 2011. pp. 87 y 88. Citando a Humberto Nogueira Alcalá. «La dignidad humana, los derechos fundamentales. El bloque constitucional de derechos fundamentales y sus garantías jurisdiccionales».

¹⁷ Ibid.

*es decir, a sus derechos fundamentales en tanto derivaciones ontológicas de la condición digna, considerada esta última como valor espiritual y moral inherente a todo ser humano*¹⁸;

20. *Por ello, el correcto funcionamiento de la televisión es un límite social y colectivo ante el ejercicio abusivo de la libertad de expresión, ejercicio ilegítimo en que incurrió la concesionaria al presentar una performance que ofende el credo religioso de millones de personas, afectando su dignidad y, en consecuencia el pluralismo necesario para que ejerzan sin discriminación su libertad religiosa;*
21. SS. debe tener presente la **utilidad pública** de la televisión, y, por ello, su vínculo con la indemnidad o amago de los derechos fundamentales desde la perspectiva de la libertad de expresión como derecho social -sin contar con que LA RED es una concesionaria de radiodifusión televisiva de libre recepción que llega a todo Chile-, lo que ha sido reconocido también por el Tribunal Constitucional en su sentencia Rol 2541-13, en la que indicó que este medio de comunicación satisface una necesidad social y utiliza el bien nacional de uso público espectro radioeléctrico, por lo que en su labor debe considerar los intereses generales de la colectividad, dado su fuerte impacto y alcance; **lo que no es sino manifestación de un derecho colectivo derivado de esa libertad, a saber, el derecho a recibir informaciones, lo que obliga a los canales a cumplir con el límite del correcto funcionamiento traducido en no amagar derechos fundamentales de los ciudadanos al ejercer su labor de medio de comunicación social. (C. 20°, 23° y 24°);**
22. Finalmente, cabe agregar que en lo tocante a la garantía del debido proceso, CNTV inició el procedimiento sancionatorio conforme a las reglas del Título V de esa Ley, y la responsabilidad de la concesionaria en este caso, está dada por una actitud al menos negligente acorde al artículo 13 de la Ley N° 18.838, *que hace exclusiva y directamente responsable a los servicios de televisión de cualquier contenido, nacional o extranjero, que transmita o retransmita, imponiéndole una regla de responsabilización objetiva;*
23. La formulación de cargos y el acto sancionatorio expresaron de forma concordante entre sí los **fundamentos de hecho y de derecho** que ameritaron reproche y sanción, todo esto con miras al cumplimiento del principio del debido proceso constitucional en sus facetas de **contradictoriedad, impugnabilidad y publicidad**, en armonía con el Título V de la ley N° 18.838;
24. Además, en sus descargos -recibidos fuera de plazo además-, la concesionaria se limitó a disentir jurídicamente de las interpretaciones del CNTV, sin controvertir la transmisión efectiva de los elementos reprochados, por ello no **logró desvirtuar los reproches formulados** al no presentar probanza alguna en orden a controvertir los hechos acreditados en el procedimiento, en armonía con el artículo 13° de la Ley 18.838;
25. Por tal motivo, y porque en este recurso tampoco controvierte la transmisión ni la efectividad de la presencia de los elementos vulneratorios descritos, sus argumentos deben ser desechados, pues en esta sede no corresponde ponderarlos dada la naturaleza de este arbitrio, que es un recuso de reclamación de legalidad cuyo objetivo es **controlar la existencia de vicios de legalidad acreditables por parte del sancionador** (Sentencias ICAS Roles N°s. 333-2020, 419 y 420 de 2021; Corte Suprema roles N°s 69.774, 69.781, 71.917 y 71.977, todos de 2020), maxime cuando las facultades del CNTV para fiscalizar y sancionar los incumplimientos de la normativa constitucional y legal mencionada en orden a proteger, en las emisiones de televisión la dignidad y derechos de las personas, ha sido ratificada por la Corte de Apelaciones de Santiago, entre otros, en fallos roles 1352,

¹⁸ Sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago roles N°s. 213, de 2018, 577 y 664, de 2019, 419 y 420 de 2021, y Corte Suprema Roles 6030 de 2012);

de 2013, 1225 de 2014, 213 de 2018, 667 de 2019, 419 y 420 de 2021; en el mismo sentido la Excm. Corte Suprema en su sentencia Rol N° 6030 de 2012;

26. Por todos estos motivos, esta parte estima que se mantiene la **presunción de legalidad** del acto administrativo de sanción, acorde al artículo 3° de la Ley 19.880, que dota de validez a los actos de formulación de cargos y la sanción misma sobre la base del informe técnico de fiscalización. (Sentencias Corte de Apelaciones de Santiago rol N° 451 -2020, considerandos 3° y 9°, y sentencia 419, de 2021, considerando cuarto);

III. INFORMA EL RECURSO

A continuación, se abordarán todos los tópicos que la permisionaria desarrolla en su recurso a la luz de la presunción de legalidad que ampara el procedimiento y la sanción impuesta por el CNTV, y se explicará por qué deberían ser rechazados y mantenerse firme la sanción impuesta por el Consejo Nacional de Televisión;

III.1. EN SU RECLAMACIÓN LA CONCESIONARIA NO DERRIBA LA PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE SANCIÓN DICTADO POR EL CNTV

27. Como ha señalado la Excm. Corte Suprema, y ha confirmado la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago, aun cuando el art. 34 de la Ley 18.838 utiliza el vocablo “apelación” para denominar este recurso, lo cierto es que su naturaleza jurídica es la de un *recurso especial de reclamación de legalidad*, por lo que el ejercicio de las competencias de la Corte de Apelaciones en su conocimiento y resolución, se deben ajustar a las particularidades de esta clase de procedimientos;

28. Así, el recurso que estatuye el art. 34 de la Ley 18.838 no es para que la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago se pronuncie como superior jerárquico del CNTV (órgano constitucional autónomo, que no forma parte del Poder Judicial), sino como un ejercicio de la potestad con que cuentan los tribunales para revisar la legalidad de los actos administrativos en virtud del *principio de impugnabilidad* que consagra el art 15 de la Ley 19.880;

29. Esto ha sido expresado claramente por la Excm. Corte Suprema, en numerosos fallos, siendo recientes las sentencias de 30 de noviembre de 2020, 04 de enero de 2021 y 18 de marzo de 2021, donde al acoger cinco recursos de queja presentados por el CNTV (recursos 69.774-2020, 69.781- 2020, 69.814-2020, 71.917-2020 y 71.977-2020), en resoluciones de similar contenido, señaló:

- « **SEXTO:** [...] como lo ha sostenido reiteradamente esta Corte, (SCS Rol 6.750-2012, 47.898-2016, 100.726- 2016, 15.369-2018, 30.515-2020, 69.774-2020 y 71.917- 2020, entre otras), el artículo 34 de la Ley N° 18.838, en cuyo mérito la permisionaria compareció ante la Corte de Apelaciones dando origen a este proceso, denomina apelación al reclamo de ilegalidad jurisdiccional que consagra en contra de las resoluciones que se pronuncien respecto de las reclamaciones administrativas deducidas en los procedimientos que los respectivos textos legales establecen. Así, y **dado que la competencia del tribunal viene dada por la naturaleza del recurso de reclamación, en tanto control de legalidad, para modificar la resolución dictada por la autoridad reguladora competente es necesario “dar por establecida la ilegalidad, invalidar el acto administrativo y disponer la decisión adecuada al caso, si procediere, conforme a los límites de su competencia en un reclamo de ilegalidad” (SCS Rol N° 21.814-2017).**

SÉPTIMO: Que en las condiciones expuestas resultaba improcedente para los recurridos, una vez establecida la legalidad de la infracción y de la aplicación de la multa, disponer la rebaja de su cuantía, toda vez que **la competencia de la Corte en esta materia se vincula con la determinación de la legalidad o ilegalidad del acto administrativo que impone la**

sanción. En consecuencia, si los sentenciadores consideran que la resolución que aplica la sanción es legal, carecen de atribuciones para proceder a su disminución.

OCTAVO: *Que las consideraciones expuestas por los magistrados recurridos contienen un error, en tanto entienden que el reclamo en estudio corresponde a un recurso de apelación, atendiendo para ello únicamente al nomen iuris y no a la naturaleza de la acción, como se ha explicado en los razonamientos que preceden, producto de lo cual efectuaron una nueva valoración de la prueba rendida, labor en la que, no obstante, no invocaron vicios relativos a la legalidad de la resolución impugnada, proceder que, sin embargo, no guarda relación con la competencia que la ley entrega al tribunal para resolver el arbitrio intentado.*

NOVENO: *Que, por consiguiente, al no haber aplicado los jueces recurridos correctamente las normas que regulan la situación en examen y, en particular, la sanción consagrada por el legislador para la infracción cuyo acaecimiento se acreditó, forzoso es concluir que han incurrido en falta o abuso el cual ha resultado lesivo para los intereses del Consejo Nacional de Televisión, cuya transgresión debe ser enmendada con el remedio jurisdiccional que se adopta por esta vía.»¹⁹*

30. Por su parte, la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago también, en numerosos fallos, ha recogido y sostenido esta tesis. Así, por ejemplo, se puede observar en sentencia de **06 de octubre de 2020 (recurso 333-2020)**, en que, en el marco de una reclamación presentada en contra de una resolución del Consejo Nacional de Televisión, esta Ilma. Corte señaló:

- *«Cuarto: Que, si bien el arbitrio deducido se denomina como apelación en la norma que lo prevé – artículo 34 de la Ley N° 18.838- lo cierto es que se trata de una reclamación jurisdiccional de ilegalidad – así por lo demás lo ha resuelto la Excm. Corte Suprema en las causas 15.369-19, 21.814-17, 6.750-12- de modo que se trata de revisar si el Acuerdo sancionatorio incurre en ilegalidades que hagan procedente dejarlo sin efecto o reducir la multa impuesta como sanción.*

En ese escenario, los reproches formulados por las reclamantes carecen de la índole necesaria al efecto, ya que no denuncian la existencia de vicios invalidantes de la decisión, sino meras conclusiones divergentes de aquellas que se contienen en el Acuerdo impugnado, lo que, desde ya, hace inviable la reclamación de que se trata.»²⁰

31. En el mismo sentido, sentencia de **23 de marzo de 2021 (Recurso 770-2020)**, donde esta Ilma. Corte sostuvo:

- *«Tercero: Que, el procedimiento administrativo sancionatorio contemplado en la Ley N° 18838, concluye con la dictación de una resolución administrativa, que no tiene el carácter de sentencia definitiva, por cuanto ha sido dictada por un órgano administrativo que, a la luz de lo dispuesto en los artículos 5º del Código Orgánico de Tribunales y 77 de la Constitución Política de la República, no tiene el carácter de un Tribunal de la República.*

El Consejo Nacional de Televisión, en tanto substanciador del procedimiento sancionatorio regulado en la Ley N° 18.838, no es un tribunal y, por ende, sus decisiones adoptan la forma de resoluciones y no de sentencias

Lo dicho no obsta la circunstancia que el artículo 34 de la Ley N° 18.838 disponga: “La resolución que imponga amonestación, multa o suspensión de transmisiones será apelable ante la Corte de Apelaciones de Santiago, y la resolución que declare la caducidad de una concesión será apelable ante la Corte Suprema. La apelación deberá interponerse dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha de notificación de la resolución, ser fundada, y para su agregación a la tabla, vista y fallo se regirá por las reglas aplicables al recurso de protección”, por cuanto la jurisprudencia reiterada de la Excm. Corte Suprema ha resuelto que, si bien la ley se refiere a una “apelación”, lo cierto es que tal acción reviste la naturaleza jurídica de un reclamo de ilegalidad, destinado a que la jurisdicción se pronuncie acerca de la legalidad

¹⁹ Excm. Corte Suprema, sentencia de 18 de marzo de 2021, recurso N° 69.814-2020 (Queja).

²⁰ Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 03 de octubre de 2020, recurso 333-2020.

de lo decidido en el procedimiento sancionatorio (Roles 15.369-2018 y 13.884-2019).

Cuarto: Que, conforme lo dicho, cuando la Corte de Apelaciones conoce de un reclamo de ilegalidad, no se está pronunciando en segunda instancia sobre otra sentencia, sino que lo hace en una única instancia respecto de la resolución administrativa cuya legalidad se somete a su revisión y, por tanto, sus razonamientos deben dirigirse precisamente en dirección al análisis de los vicios de ilegalidad denunciados en el libelo pretensor.»²¹

32. Por consiguiente, la competencia de la Ilma. Corte de Apelaciones en este caso está circunscrita a analizar si, al momento de dictar el acto administrativo que impuso sanción a **LA RED**, el Consejo Nacional de Televisión ha actuado dentro del marco regulatorio que le fijan la Constitución y la Ley, si ha respetado las reglas del debido proceso y si su decisión se encuentra razonablemente fundada y ajustada a derecho;
33. Esto, teniendo en especial consideración que **en nuestra legislación los actos administrativos gozan de presunción de legalidad y, por tanto, es deber de la concesionaria derribar dicha presunción aportando antecedentes de gravedad suficiente**, conforme al artículo 3° de la Ley 19.880;
34. Dicho esto, y principalmente en atención a que **el recurso de reclamación es prácticamente una reiteración de los descargos que presentó en el procedimiento, y que fueron descartados en la resolución sancionatoria**, podemos concluir que la concesionaria no logra derribar esta presunción legal, en tanto no aporta antecedentes sustanciales que acrediten que el CNTV ha actuado en este procedimiento fuera de los marcos que le fija el ordenamiento jurídico vigente;
35. LA RED vuelve a plantear disconformidades jurídicas para eludir los alcances de sus obligaciones colectivas derivadas de su calidad de medio de comunicación social (Ley 19.733), amparándose en una supuesta primacía de la libertad de expresión, olvidando que nos encontramos frente a un reclamo de ilegalidad administrativa y no frente a un recurso de apelación ni de inaplicabilidad por inconstitucionalidad;
36. Por este motivo, sus argumentos deben ser desechados pues no corresponde, ahora, su ponderación en esta sede, cuyo objeto es controlar la existencia de vicios acreditables de ilegalidad por parte del sancionador -ejercicio de competencias legales, respeto al debido proceso y debida motivación del acto administrativo-, y no evaluar posturas jurídicamente divergentes (Sentencia rol 333-2020, ICAS.C. 4; Sentencias Corte Suprema roles N°s 69.774, 69.781, 71.917 y 71.977, todos de 2020.);
37. Por ende, no logra derribar la presunción de legalidad que ampara los actos llevados a cabo en el procedimiento sancionatorio, por lo que, habiendo el Consejo Nacional de Televisión actuado dentro de las **facultades privativas que le conceden la Constitución y la ley**, en un **procedimiento respetuoso de su derecho a defensa**, y **habiendo fundamentado y motivado** de forma profusa la sanción, debe ratificarse la legalidad de la sanción;

a. LA RESOLUCIÓN DE SANCIÓN FUE ADOPTADA POR EL CONSEJO APEGÁNDOSE A LAS COMPETENCIAS QUE LE CONFIEREN LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY; CON PLENO RESPETO AL PRINCIPIO DE JURIDICIDAD

38. El artículo 19 N° 12 de la Constitución Política de la República, en relación con los artículos 1° y 12° de la Ley 18.838, le entregan al Consejo Nacional de Televisión la misión de velar porque los servicios de radiodifusión televisiva de libre recepción y los servicios limitados de televisión se ajusten estrictamente al principio constitucional del «correcto funcionamiento», otorgándole para tal fin las facultades de supervigilancia y fiscalización

²¹ Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 23 de marzo de 2020, recurso 770-2020.

en cuanto al contenido de las emisiones que a través de dichos servicios se efectúen;

39. Por su parte, el inciso final del artículo 1° de la Ley 18.838 define el *correcto funcionamiento* de los servicios de televisión como «*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*»;

40. De acuerdo a lo anterior, y en términos generales, constituirá infracción a la Ley 18.838 toda transmisión de registros audiovisuales que atenten contra el principio constitucional del *correcto funcionamiento de los servicios televisivos, mediante la afectación de alguno de los bienes jurídicos que la norma protege*, correspondiendo al Consejo Nacional de Televisión, por mandato legal y a través de un proceso de análisis racional y fundado, determinar si la transmisión de estas imágenes constituyen o no una infracción a la normativa vigente;

41. A este respecto, es importante destacar que toda sanción que se imponga en razón del incumplimiento del deber de cuidado establecido por el artículo 12 en relación con el artículo 1° de la Ley 18.838, que obliga a los servicios de televisión a respetar el principio constitucional del *correcto funcionamiento*, se encuentra en consonancia con lo dispuesto en el art. 19 N° 12 de la constitución, entanto ***la labor de fiscalización el CNTV la realiza ex post, es decir, luego de que los programas ya han sido emitidos (lo que excluye la censura previa)***; y también con lo establecido en el artículo 19 N° 21 de la Constitución, en cuanto este último obliga a que en el ejercicio del derecho a desarrollar cualquier actividad económica se deben siempre respetar las normas legales que regulen dicha actividad;

42. En este sentido, según ha resuelto el Tribunal Constitucional: «*todo precepto que establece un deber para quien ejerce el derecho a desarrollar una actividad económica, sujeta ese ejercicio a una regulación, toda vez que el sujeto que desarrolle la actividad no será libre para ejercerla del modo que le plazca, sino que deberá hacerlo del modo en que ella ha quedado regulada*»²²;

43. Coincidente con esto, el artículo 13 de la Ley 18.838 hace plena y directamente responsables a los servicios de televisión por toda infracción en contra del deber de cuidado que importa el principio constitucional del *correcto funcionamiento*;

44. Ahora bien, como se puede advertir al leer el art. 1° de la Ley 18.838, el legislador decidió definir el *correcto funcionamiento*, a que hace referencia el art. 19 N° 12 de la Constitución, utilizando una serie de conceptos normativos (también llamados conceptos jurídicos indeterminados), los cuales carecen de definición legal. Debido a ello, es función del CNTV realizar un análisis hermenéutico, de naturaleza jurídica, asentado en la legislación vigente (nacional e internacional), en la jurisprudencia propia, la jurisprudencia judicial y la doctrina especializada, a fin de ir dotando de contenido estos conceptos;

45. Como señaló la Excm. Corte Suprema en un fallo de octubre de 2012²³, entre las razones que se hallan tras el uso de esta técnica legislativa, se encuentra el hecho de que en la

²² Tribunal Constitucional, sentencia de 27 de julio de 2006, recaída en el requerimiento N° 480 -2006, Considerando Octavo.

²³ Sentencia de Corte Suprema. ROL N° 6030-2012 de fecha 25 de octubre de 2012.

función que se ha encomendado al CNTV **confluyen componentes técnicos, dinámicos y sujetos a variabilidad en el tiempo**, lo que hace imposible su síntesis descriptiva en un precepto general como lo es una ley. De ahí que, el contenido de estos conceptos normativos deba ser llenado mediante el ejercicio jurisprudencial, que es lo que ha hecho precisamente esta entidad fiscalizadora:

- *“Segundo: Que respecto del reproche que plantea la empresa concesionaria de que dos de las tres conductas que se le imputan –los ilícitos de sensacionalismo y de ofensa a la dignidad de las personas- no están descritas ni definidas por normas legales ni reglamentarias y, por tanto, la multa se funda en normas legales que no tipifican infracción alguna, cabe señalar que si bien la potestad sancionadora de la Administración admite un origen común con el derecho penal en el ius puniendi del Estado, por lo que le resultan aplicables los mismos principios, límites y garantías que en la Carta Fundamental se prescriben para el derecho punitivo, **ese traspaso ha de producirse con ciertos matices en consideración a la particular naturaleza de las contravenciones administrativas.**”*

La potestad sancionatoria debe primordialmente sujetarse al principio de legalidad, lo cual implica que tanto las conductas reprochables como las sanciones con que se las castiga estén previamente determinadas en la ley. Este criterio rector encuentra su expresión más específica en otro principio que le sirve de complemento: el de la tipicidad, de acuerdo con el cual no resulta suficiente que la infracción se halle establecida en la ley, sino que a ello debe agregarse la exigencia de que ésta describa expresamente la conducta que la configura, con lo que se resguarda la garantía de la seguridad jurídica, desde que la descripción del comportamiento indebido pone anticipadamente en conocimiento del destinatario cuál es el deber a que debe ceñirse en su actuar.

Tercero: Que, sin embargo, la naturaleza de las contravenciones administrativas, en las que confluyen componentes técnicos, dinámicos y sujetos a variabilidad en el tiempo, hace imposible su síntesis descriptiva en un precepto general como lo es una ley, de modo que el principio de tipicidad al traspasarse al ámbito sancionatorio de la Administración admite ciertos grados de atenuación.

Cuarto: Que dicho lo anterior, cabe precisar que el empleo de conceptos como los de sensacionalismo, truculencia –si bien este último aparece explicitado en las disposiciones cuya vulneración se acusó- y ofensa a la dignidad de las personas, no es inusual en las legislaciones ni, por cierto, en la nuestra. Son éstos los denominados “conceptos jurídicos indeterminados” o como los llama cierta doctrina alemana –autores como Heinrich Henkel y Claus Roxin- “conceptos legales indeterminados”, esto es, de eventos no definidos expresa o enteramente por la ley, pero que ésta incorpora en la descripción de la hipótesis de aplicación de la norma. La subsunción del hecho material que se ha tenido por probado a ese concepto que configura la hipótesis, esto es, su calificación, recae necesariamente en el análisis que deben efectuar los jueces en orden a determinar si el supuesto de hecho queda comprendido en este tipo de conceptos a los que la ley ha previsto una consecuencia jurídica. Quinto: Que la necesidad de que el legislador acuda a estos conceptos indeterminados surge porque se trata de conceptos con contenido cambiante en que “el legislador pretende aquí adaptarse al fluir de la concepción general, sería inútil un concepto estático, de contenido fijo; el concepto indeterminado constituye la única posibilidad de dar cuenta de la dinámica de las valoraciones sociales” (Claus Roxin, “Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal”, séptima edición, año 2000). Así, le corresponderá al juez frente a la justicia del caso concreto rellenar aquellos espacios de la norma que una fórmula abstracta no puede materializar.

Sexto: Que no resulta acertada entonces la crítica de la reclamante en orden a existir una falta de regulación de estos conceptos que le impediría enderezar sus transmisiones hacia un correcto funcionamiento.²⁴;

46. En el mismo sentido, la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago, ha señalado:

- *«Octavo: Que el Consejo Nacional de Televisión no sanciona conductas establecidas en un catálogo de actos ilícitos, sino que, conforme a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo primero de la Ley 18.838, impone deberes de conducta a las instituciones sometidas a su control, pudiendo sancionar la infracción a las mismas. De esta manera se encuentra establecida la*

²⁴ Destacado nuestro.

legalidad del Consejo Nacional de Televisión sobre su actuar en la especie, debiendo aceptarse que el principio de la tipicidad admite ciertas morigeraciones en el ámbito administrativo que lo diferencian de la sanción penal. Sobre el particular, don Enrique Cury Urzúa explica que entre el ilícito gubernativo y el ilícito penal existe una diferencia de magnitud, donde el administrativo es un injusto de significado ético-social reducido, por lo que debe estar sometido a sanciones leves cuya imposición no requiere de garantías tan severas como las que rodean a la sanción penal (Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Ediciones Universidad Católica de Chile, año 2005, página 107).»²⁵

47. Finalmente, diremos que en el presente caso, el Consejo Nacional de Televisión, luego de formulados los cargos y analizados los descargos de defensa presentados por la concesionaria, realizó un ejercicio hermenéutico en que da razón de todos los argumentos que tuvo en consideración para arribar a la decisión del asunto sometido a su conocimiento, por lo que ha dado plena satisfacción al deber de hacer exposición fundada de sus deliberaciones y de las conclusiones que justifican su sanción; en consecuencia, la resolución no puede considerarse arbitraria, sino plenamente ajustada a derecho, y decretada con total apego a las competencias que, a estos efectos, le conceden la Constitución y la ley;

b. EL ACUERDO DE CONSEJO QUE IMPUSO SANCIÓN A LA CONCESIONARIA SE ENCUENTRA RACIONAL Y DEBIDAMENTE FUNDADO Y FUNDAMENTADO

48. Como ha resuelto en reiterados fallos la Excma. Corte Suprema, para que un acto administrativo sea válido, es necesario que al momento de dictarlo la autoridad administrativa haga exposición suficiente de los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho que la motivaron a tomar su decisión;

49. Esta obligación, fluye de lo dispuesto en los artículos 11, 16 y 41 de la Ley 19.880, que consagran los principios de imparcialidad, razonabilidad, transparencia y publicidad; lo cuales, al decir de la Excma. Corte, no son sino expresión del principio general de respetar el debido proceso, consagrado en el art. 19 N° 3 de la Constitución²⁶;

50. Así, a fin de dar plena satisfacción a las exigencias que en este ámbito le impone la legislación vigente, en el Acuerdo que resolvió el caso [REDACTED], que le fue comunicado a la concesionaria [REDACTED] el Consejo hace exposición detallada, y suficiente, de los fundamentos que lo condujeron a tomar su decisión;

51. En este sentido, la resolución expone largamente las consideraciones de hecho que se tuvieron a la vista, las que se encuentran respaldadas no sólo en la descripción del programa fiscalizado y transcripción de las alocuciones más relevantes, sino que también se pueden apreciar directamente en el material audiovisual que forma parte del expediente administrativo y que se acompaña en un otrosí de este escrito;

52. Junto con la descripción de los antecedentes de hecho, el Consejo en su resolución hace exposición detallada de los presupuestos normativos que consideró relevantes para la resolución del caso. En este punto, no sólo se limita a citar las disposiciones de la Ley 18.838 que resultan aplicables; también invoca otras disposiciones de fuente legal y constitucional, consagradas en el ordenamiento interno y en tratados internacionales sobre Derechos Humanos, que se encuentran vigentes, los cuales, por expresa

²⁵ Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia de 05 de julio de 2013, Rol 1352-2013.

²⁶ Excma. Corte Suprema, sentencia de 30 de marzo de 2010, Rol 5313-2008.

disposición del art. 1º de la Ley 18.838, **el Consejo se encuentra obligado a considerar en sus decisiones**. Asimismo, el Consejo complementa su resolución con referencias a la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores, y a doctrina especializada que respaldan la interpretación que lleva a cabo en este caso;

53. A la vez, no es baladí recordar que la legitimidad de lo obrado en este caso, donde se la sanción se basa en un ejercicio hermenéutico que argumentó la relación entre la conducta infraccional en relación a la **dignidad de las personas y sus derechos fundamentales** -en base al artículo 1º de la Ley 18.838-, es ratificado por el citado Rol N° 6030-2012, ejercicio legitimado también por las sentencias ICAS Roles N°s. 419 y 420/21);
54. De este modo, como se puede apreciar en el acuerdo sancionatorio al analizar los antecedentes de hecho y de derecho antes señalados, el Consejo llegó a la convicción de que el segmento fiscalizado incurrió en una infracción al principio constitucional del **correcto funcionamiento** de los servicios de televisión, por lesionar el derecho a la no discriminación en el ejercicio de la fe religiosa, derivado del principio del **pluralismo** -tópico que integra el correcto funcionamiento por virtud del artículo 5º de la Ley 18.838;

c. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO HA SIDO RESPETUOSO DEL DEBIDO PROCESO Y DEL DERECHO A DEFENSA DE LA CONCESIONARIA

55. La legalidad del Acuerdo adoptado por el Consejo, que impuso sanción de multa a la concesionaria, también se encuentra justificada en el hecho que, durante la tramitación del procedimiento administrativo, **se tuvo pleno respeto de las normas que regulan el debido proceso, dando satisfacción a los principios de transparencia, publicidad, contradictoriedad, y demás requisitos que, en este ámbito, demanda el justo y racional procedimiento;**
56. Así, el Consejo Nacional de Televisión en la sustanciación de este caso implementó un procedimiento infraccional que satisface plenamente los más altos estándares de respeto a los principios del debido proceso administrativo, incluyendo las reglas específicas que establece la Ley 18.838 para los procedimientos que se llevan adelante en materia de presuntas infracciones al **correcto funcionamiento** de los servicios de televisión;
57. En este sentido, el CNTV puso oportunamente en conocimiento de la concesionaria la existencia de un procedimiento administrativo en su contra, señalándole con claridad y precisión cuáles eran las conductas infraccionales que se le imputaban y sus fundamentos;
58. Esta comunicación le fue notificada por carta certificada, tal como establece el art. 27 de la Ley 18.838, entregándosele un plazo prudencial (establecido por ley) para que la concesionaria hiciera sus descargos y acompañara sus medios de prueba, ejerciendo su derecho a defensa. Con ello se dio satisfacción a lo dispuesto por el art. 34 de la Ley 18.838 que consagra el Principio de contradictoriedad en el ámbito de los procedimientos tramitados ante el CNTV;
59. En este sentido, debemos señalar que con los descargos de la concesionaria a la vista -a pesar de haber sido presentados fuera de plazo-, fueron ponderados y el Consejo tomó una decisión respecto del procedimiento incoado contra **LA RED**, dictando, fundadamente, una resolución donde se expresan los fundamentos de hecho y de derecho que la sustenta, que indican los motivos para no acoger las alegaciones de la defensa. (Copia de esta resolución le fue comunicada por carta certificada a la

concesionaria, ***a fin de que pudiera ejercer los derechos procesales que le concede la ley, deduciendo recurso administrativo y/o jurisdiccional en contra del Acuerdo del CNTV***

60. Todo el procedimiento llevado adelante en este caso fue público, abierto a la contradicción, cualquier interesado pudo allegar documentos y hacer peticiones, y cualquiera que lo pidiera pudo conseguir copia de todas las piezas del expediente, dando con ello plena satisfacción a los estándares que en materia de procedimientos administrativos fija la Ley 19.880 y la Ley 18.838, por lo que de ningún modo se sostiene una presunta infracción al debido proceso;
61. En este sentido, es relevante citar el fallo 84206-2021 del máximo Tribunal, determinó que el procedimiento sancionatorio llevado a cabo por el Consejo, es sancionado por un órgano colegiado independiente, de raigambre técnica, lo que da garantías de respeto a los principios de contradictoriedad, legalidad e imparcialidad (C. sexto);
62. Reiteramos, en orden a ratificar el imperio de la presunción de legalidad, que los argumentos de defensa planteados por la concesionaria en sus descargos no son muy distintos a las alegaciones hechas valer ante esta Ilma. Corte, y todo ellos fueron conocidos, analizados y evaluados por el Consejo, por lo que, dada la naturaleza del presente arbitrio, no corresponde volver a ponderarlo en esta oportunidad, ***máxime cuando se refieren a discrepancias jurídicas y no invocan vicios de legalidad verificables en el acuerdo sancionatorio ni en el procedimiento administrativo;***

III.II. LAS DISCREPANCIAS JURÍDICAS DEL RECURSO DEBEN SER DESECHADAS

Sin perjuicio de la primacía del principio de legalidad de los actos de la administración, que muestran que en este caso las alegaciones de la concesionaria no exhiben gravedad suficiente para derribar la presunción de legalidad, descartaremos las objeciones jurídicas concretas que efectúa el recurso;

a. No se trata de una expresión artística protegida por la libertad de expresión sino de un ejercicio abusivo de esa prerrogativa constitucional

63. Tal como dimos cuenta al reseñar los fundamentos de la sanción, los descargos y el recurso de La Red buscan dar cuenta y fundamentar su alegación sólo de la historia de las disidencias sexuales y de la crítica social, política y anticlerical del discurso *Queer*, pero sin efectuar una analítica de los límites de la libertad de expresión y creación artística, que es lo que permite concluir que se trató de una puesta en escena ***ofensiva directa para un sector importante de la población. Las ofensas no están amparadas por la libertad de expresión;***
64. Ni el recurso -ni los descargos-, entregaron argumentos suficientes para desvirtuar este reproche del CNTV, omitiendo que las creencias de los seres humanos son parte trascendental de su concepción como persona, como un cuerpo de ideas y creencias a las cuales adhiere un individuo y parte de la dimensión espiritual de la persona, la que es inseparable de ella, moldeando su concepción de vida y su cosmovisión;
65. De esta forma, la mención del contexto político-social detrás de los discursos *Queer* y la sola afirmación de que se trataría de expresiones artísticas y de opinión, no es un argumento suficiente para desvirtuar los cargos formulados en su contra, los que afirman que ***“el contenido exhibido en pantalla podría ser considerado como un acto ofensivo hacia quienes profesan el catolicismo (en ejercicio de su libertad de conciencia, creencia y culto),***

*pudiendo ser entendido como una forma velada de discriminación e intolerancia a partir de la exposición y utilización de elementos de culto y devoción de forma inadecuada, omitiendo el respeto debido hacia la diversidad religiosa y, en especial, a aquellos sujetos que practican la religión católica, lo que iría en contra de aquellos principios democráticos de pluralismo y tolerancia, que son los que permiten una sana convivencia pacífica en las sociedades democráticas.”;*²⁷

66. En este marco, la normativa que regula el correcto funcionamiento de los servicios de televisión no sólo vela por el respeto de la diversidad y el pluralismo respecto de la orientación sexual o de identidad de género de las personas, sino también por la diversidad religiosa; en base ello la normativa internacional **proscribe actos de discriminación e intolerancia basados en las creencias religiosas, así como también proscribe expresiones de odio religioso que inciten a la violencia o a acciones ilegales**²⁸, en armonía con el artículo 13° de la Convención Americana de Derechos Humanos (N° 5), y lo propio efectúa el artículo 19 del PIDCP;
67. En este sentido, la sanción no desconoce el derecho de la concesionaria a ejercer libremente su libertad de programación y expresión, pudiendo emitir libremente contenidos dirigidos a la comunidad LGBTIQ+, sin embargo, esto no la exime de respetar los bienes jurídicamente tutelados por la ley 18.838, así como tampoco excluye la eventual responsabilidad infraccional en la que pudiera incurrir durante su ejercicio, por cuanto el artículo 19 N° 12 de nuestra Carta Fundamental- que consagra la libertad de expresión- dispone en forma clara y precisa que el derecho a emitir opinión e informar, sin censura previa, conlleva a su vez la obligación de **responder, a posteriori, de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, y ya vimos que la libertad religiosa, el pluralismo y la dignidad de las personas integran el correcto funcionamiento;**
68. Así, el reproche del CNTV no cuestiona la emisión de un programa con contenidos dedicados a la diversidad sexual, como tampoco la emisión de *performances* que incluyan a artistas de la comunidad *Queer*, sin existir reproche alguno respecto de la transmisión de espectáculos artísticos protagonizados por artistas de la comunidad *Queer* y de la diversidad sexual, pues los elementos que se analizan respecto de la *performance* denunciada no dicen relación con el hecho de exhibir este tipo de presentaciones artísticas y de expresión *per se*, así, el CNTV no desconoce la libertad de programación de la concesionaria y se limitó a reprochar el contexto general ofensivo -no un elemento anecdótico ofensivo dentro de ella-, de una de estas presentaciones; que es lo que tornó abusivo el ejercicio de esta libertad;
69. Así, la emisión de un programa dirigido a las diversidades sexuales- en ejercicio de la libertad de expresión y programación-, y la emisión de expresiones artísticas de diversidades sexuales, no es por sí mismo un argumento idóneo ni suficiente para excluir la responsabilidad infraccional de la concesionaria, por cuanto los derechos a la libertad de expresión y a la libertad artística no se ven afectados si estos se ejercen con respeto por los derechos de terceros y con atención a las normas que regulan el correcto funcionamiento de los servicios de televisión, en armonía con la propia Convención Americana de Derechos Humanos; que en su artículo 13° fija como límite al ejercicio de la libertad de expresión el respeto a los derechos y la dignidad de los demás;
70. Así, en el caso específico de la libertad artística, no existen géneros que *per se* queden excluidos de respetar la normativa que regula el correcto funcionamiento de los servicios de televisión, por lo que en casos de potenciales afectaciones a derechos de otras personas

²⁷ Considerando Décimo Séptimo del Oficio de formulación de cargos.

²⁸ Artículos 12 y 13 la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación asentadas en la religión o las convicciones, de 1981; entre otros.

o a los bienes jurídicamente tutelados por la ley 18.838, deberá realizarse un análisis que pondere la legitimidad de su ejercicio;

71. En este sentido, es conveniente recordar que la Corte Suprema ha decidido amparar bajo la libertad de expresión palabras o aspectos ofensivos dentro de una creación artística divulgada por una concesionaria de televisión, pero ello siempre ha sido cuando dichas expresiones ofensivas **están dentro de un contexto humorístico que permite relativizar y no transformar en su principal objeto la ofensa contra un credo religioso**, puesto que se ha tratado de expresiones puntuales y aisladas. En el fallo Rol 9252-2019, determinó:

- *“Octavo: (...): Tal como se ha descrito, la frase fue empleada en el marco de una rutina humorística emitida a avanzadas horas de la noche y que, en lo medular, era relativa a la propia extinción del personaje, y por completo carente de insinuaciones de orden religioso. Aparece de manifiesto, en ese sentido, que se trata de un juego de palabras que mira a provocar un efecto cómico liviano, desprovisto de segundas lecturas. Es la misma línea seguida por el personaje cuando, en otra sección de la rutina, alude a la “ingratitude nacional”. **Tampoco cabe atribuir a la mencionada locución algún propósito ofensivo que pudiere derivarse de un eventual uso reiterado de la misma, pues únicamente fue mencionada dos veces durante la rutina.***

Noveno: Que, más generalmente, resulta incompleto desarrollar el análisis desvinculando la expresión artística, en este caso de orden humorística, de la evolución del pensamiento socio cultural, a efectos de establecer las fronteras que la separan de aquel discurso ofensivo de creencias establecidas cuya expresión conformaría, como los ministros recurridos concluyen, un descrédito impropio del adecuado funcionamiento de la televisión. Antes siquiera de situarse en posición de ponderar si la libertad de expresión ampara una determinada formulación lingüística, como la de la especie, constituye un análisis que no puede omitirse sin grave yerro jurídico, el de establecer si aquello que ha sido manifestado tiene realmente el carácter antijurídico que se la atribuye. En esa dirección, el descrito contexto en que se efectúa la emisión televisiva objetada, por un lado, y las formas actuales de expresión social vinculadas a la religiosidad, por otro, obliga a replantear la importancia relativa que tienen estas temáticas.

Décimo: Que todo lo anterior es particularmente relevante a la luz de lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley N° 18.838, que define lo que debe entenderse por correcto funcionamiento de la televisión en los siguientes términos: “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”. Dicha disposición alude a diversos conceptos abiertos, caracterizados por su formulación general, que, en aquellos aspectos no reglamentariamente pormenorizados, sólo adquieren significación jurídica de la mano de lo que comúnmente puede entenderse por tales. Es lo que sucede, justamente, con el concepto de “pluralismo”, que evoca el respeto de creencias de orden religioso que, ciertamente, no están legalmente descritas, sino latentes en el entendimiento socio cultural imperante en una determinada época.”

72. Si tomamos en cuenta este fallo, caemos en la conclusión de que el **contexto de la creación artística es lo que determina si sus expresiones o representaciones serán aisladas o inofensivas para un grupo de la población o, por el contrario, con potencialidad de afectar a dicho grupo**. En el caso referido por el fallo, el contexto de humor y aislamiento de las expresiones ofensivas fue lo que llevó a la Corte a estimarla amparada por la libertad de expresión frente al pluralismo religioso, por lo tanto, es

distinto a este caso donde debemos recalcar la representación de denigrar el rosario va acompañada de un **tono de protesta reiterado y de alocuciones directas y reiteradas contra el papa y su gorra, y la santidad (esto se repite en variadas ocasiones), y que la presentación no exhibió tono satírico, de mofa ni humorístico, por lo que claramente se trata de una representación cuyo único fin fue ofender y denigrar, vulnerando el pluralismo religioso.**²⁹ En la prevención del Ministro Muñoz encontramos lo siguiente:

- (...) *“Respecto de términos lingüísticos subjetivamente ofensivos para quienes profesan una creencia religiosa determinada, se puede traer a colación una sentencia del Tribunal Constitucional español en cuanto expresa que “la emisión de apelativos formalmente injuriosos en cualquier contexto, innecesarios para la labor informativa o formación de opinión que se realice supone un daño injustificado a la dignidad de las personas o al prestigio de las instituciones, teniendo en cuenta que la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería incompatible con la dignidad de la persona” (citada por Humberto Nogueira Alcalá, Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales, página 584, Editorial Librotecnia). Luego agrega ese autor que los “insultos emitidos fuera del discurso y desconectados con el objeto de opinión se encuentran fuera de la protección de la libertad de opinión.” “Asimismo, las alusiones ofensivas a grupos ya sea por razones de raza, sexo u otros ámbitos similares tampoco se encuentran protegidos por la libertad de opinión, en la medida que ellos no contribuyen al desarrollo libre de las ideas, ni contribuyen a la formación de una opinión pública, no siendo necesarias para la transmisión de las ideas, además de ser expresiones odiosas, que afectan el derecho a la igualdad y contrarias al respeto de la dignidad de las personas que forman parte de dicho grupo humano.” (pág. 585).”³⁰*

73. Luego, es pertinente aclarar que la medida del Consejo cumple con los principios que la dogmática ha estimado como legitimadores de una restricción a la libertad que invoca el recurso en base a la Convención Americana, a saber: **legitimidad** -en base a la CADH, es decir, proteger los “derechos de los demás”; **legalidad** -estar establecida por ley previamente y de forma expresa, como ocurre con el artículo 19 N° 6 CPR y 1° de la Ley 18.838-; y **proporcionalidad** en sus facetas de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto, puesto que no se puede alcanzar este fin, en lo que atañe a la regulación de la televisión por otro medio puesto que la CPR entrega el correcto funcionamiento de este medio al CNTV y la sanción se vincula a la utilidad pública y un fin social imperativo³¹, puesto que no se entiende la vida democrática sin ser discriminado por ejercer la libertad religiosa dentro de un ámbito plural; es idónea en tanto esta restricción -posterior al ejercicio de la libertad- genera la protección de tal libertad en el ámbito específico de la televisión al restringir el otro derecho en conflicto en base al rol de control que ejerce el CNTV sobre la televisión, se trata de una sanción aplicable únicamente a este ámbito, y finalmente, constituye la alternativa menos gravosa dentro de otras medidas que se pudo haber impuesto el CNTV, atendiendo el alcance de la concesionaria y el número de denunciantes del segmento;³²

74. Enfatizamos, en orden a determinar que se trató de un ejercicio abusivo de la libertad de expresión, que en este caso la limitación o medida se encuentra acorde al sistema internacional de derechos humanos, regional, que rige sobre Chile. En efecto, recordemos que lo esencial, para dotar de legitimidad estas restricciones, es que ellas no constituyan

²⁹ En el mismo sentido, fallo de la Corte Suprema Rol N° 4808-2013

³⁰ A mayor abundamiento, podemos señalar que el Consejo y SS. han sancionado programas de ficción como novelas o series basadas en la libertad artística, precisamente porque son susceptibles de afectar derechos fundamentales de las audiencias (Roles ICAS 729 y 786-2020).

³¹ Recordemos que fueron ingresadas casi 700 denuncias del mismo tenor contra esta emisión. En el mismo sentido, “necesarias” no implica “indispensables” de acuerdo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Citado en Balbontín. Op. Cit. p.146.

³² Balbontín Cristóbal; Maldonado Alexandra. “Libertad de Expresión, Derecho a la Información y Medios de Comunicación”. Ed. Thomson Reuters, 201p), pp. 145-146. No está demás mencionar respecto al principio de necesidad que el Comité de Derechos Humanos del PIDCP, Observación:CCPR-GC-34 Libertad de opinión y expresión, Párr. 33, considero que un Estado cumple con dicho principio de necesidad al trasladar de puesto a un docente que publicó material hostil respecto a una comunidad religiosa, para proteger el derecho y libertad de los niños que profesaban esa creencia en el distrito escolar. Citado en esta misma obra, pp. 68-69.

censura previa y se inserten dentro del sistema de responsabilidad **a posteriori, y estén expresamente establecidas en la Ley, como ha ocurrido en este caso con la medida del CNTV;**

75. En efecto, la Opinión Consultiva 5/85 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, determina el sentido y alcance del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, expresando que: “39. El abuso de la libertad de expresión no debe ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido. Aun en este caso, para que tal responsabilidad pueda establecerse válidamente, según la Convención, es preciso que se reúnan varios requisitos: a) La existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas. b) La definición expresa y taxativa de esas causales por la ley. c) La legitimidad de los fines perseguidos al establecerlos, y d) Que esas causales de responsabilidad sean necesarias para asegurar los mencionados fines. Todos estos requisitos deben ser atendidos para que se dé cumplimiento cabal al artículo 13.2”³³ :

- *“Así la Corte Interamericana ha determinado que lo prohibido no es únicamente la censura previa, sino que, además, cualquier medida de carácter preventivo, de acuerdo con el artículo 13.2 de la CADH, siendo posible sólo “responsabilidades ulteriores”, expresión que se ocupó intencionalmente para reemplazar las expresiones “ciertas restricciones” que empleaba el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 19.3 que usó de inspiración el artículo 13.2 de la CADH”³⁴*

76. De esta manera, la sanción establecida por el Consejo Nacional de Televisión, no es una medida de control preventivo de la libertad de expresión y no constituye por tanto, una medida de censura previa, sino que, tiene por objeto hacer efectiva la responsabilidad del concesionario de televisión LA RED por no haber respetado el pluralismo en lo concerniente a la libertad religiosa, cumpliéndose al efecto los cuatro requisitos a que se refiere la Opinión Consultiva 5/85 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, todos ellos contenidos en la Ley N° 18838, según se ha podido hacer referencia;

b. El hecho de que se trate de una puesta en escena que cuenta con financiamiento estatal para ser presentada en otros formatos e instancias, no obsta a una sanción por infracción al principio constitucional del correcto funcionamiento de la televisión

77. Es necesario recordar que la televisión tiene un marco legal y normativo especial que regula las emisiones que por este medio se realicen, al hacer uso de un bien de uso público, como es el espectro radioeléctrico, lo que habilita que las concesionarias deban responder ante el Estado por sus infracciones al correcto funcionamiento de la televisión;

78. En este contexto emerge la legitimidad de las potestades que la Ley 18.838 entrega al CNTV para cautelar los bienes jurídicos protectores de audiencias vulnerables, lo que ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional;

79. En su sentencia rol N° 2541-13, ha reconocido la diferencia de la televisión respecto a otros medios e instancias de difusión de las artes o de la libertad de expresión. Así, indicado sobre la televisión y su regulación: “(...) la televisión, de manera muy especial, debe considerar los intereses generales de la colectividad; en efecto, ella cumple una

³³ Humberto Nogueira Alcalá, “El derecho a la libertad de opinión e información y sus límites”, p.80, editorial LexisNexis 2002. Citado en fallo CS Rol N° 9252-2019, voto minoría Ministra Sandoval.

³⁴ Nogueira, Op. cit. p.81.

verdadera función de utilidad pública, y como medio de comunicación, ha de servir para comunicar e integrar el país” (...). (C. décimo noveno);

80. Esta utilidad pública se expresa en su naturaleza, que la vincula **directamente con la indemnidad o amago de los derechos fundamentales**, por lo que debe considerar los intereses generales de la colectividad, dado su fuerte impacto y alcance, **lo que obliga a los canales a cumplir con el límite del correcto funcionamiento, inseparable de su libertad de expresión (C. 20°, 23° y 24°, y STC. 226/1995 Tribunal Constitucional)**; ³⁵

81. Por lo tanto, la infracción de La Red desconoce sus obligaciones derivadas de su calidad de medio de comunicación social derivado de la Ley 19.733 y de su posición de concesionario de radiodifusión televisiva de libre recepción; al usar espectro radioeléctrico se le han otorgado determinados privilegios -económicos-, cuya contrapartida es respetar obligaciones impuestas por el Estado, como ocurre con el principio del correcto funcionamiento de la televisión y la dignidad de las personas, y por supuesto el principio de no discriminación que dimana de convenciones internacionales ratificadas por Chile. Nuevamente, el Tribunal Constitucional lo ratifica:

- *“la acción de ocultar la identidad de los entrevistados -que es lo que se le exigió-, en el contexto de una emergencia sanitaria y en el marco de una crisis migratoria, caracterizada por la discriminación racial y la minus valoración de determinados pueblos extranjeros, son motivos razonables que facultan al Estado a imponer determinadas obligaciones a las empresas concesionarias, satisfaciendo estándares normativos (artículo 12 letra c) en relación con el artículo 1, de la Ley 18.838), en el contexto del Estado de Excepción constitucional, que se extendió por más de un año, y a la cuestión referida a la inmigración en Chile y la necesidad del Estado de generar y promover determinadas conductas sobre estándares de igualdad, no discriminación y debido proceso, asegurando de tal forma el cumplimiento de parámetros nacionales e internacionales de Derechos Humanos”.* (c. 23° rol TC 10510);

82. De esta manera, aquellas expresiones artísticas que podrían no tener determinadas restricciones cuando se realizan mediante plataformas virtuales, radiales, teatrales, *cabarés* o incluso en clubes nocturnos, sí podrían ser sujetas a regulaciones especiales cuando estas son trasladadas al espacio televisivo;

83. En este orden de ideas, la incorporación de una performance que ha sido presentada en otros medios y que ha recibido financiamiento público no configura una exclusión o causal de excepción para la concesionaria de dar cumplimiento a las normas que rigen las transmisiones de televisión, y, por ende, dichas presentaciones emitidas por televisión deben cumplir con la normativa que regula el correcto funcionamiento de los servicios de televisión;

84. Por otra parte, no debemos olvidar que La Red es exclusivamente responsable por los contenidos que emite en su programación conforme al artículo 13, inciso segundo de la ley 18.838: *“Los concesionarios de servicios de radiodifusión televisiva de libre recepción y permisionarios de servicios limitados de televisión serán exclusiva y directamente responsables de todo y cualquier programa, nacional o extranjero, que transmitan, aun cuando se trate de transmisiones o retransmisiones vía satélite”*, por lo que podrán ser directamente responsable por cualquier infracción cometida durante sus emisiones;

85. Finalmente, cabe indicar en este mismo sentido, que en el ejercicio de la libertad económica los deberes asociados al estatuto legal deben ser complementados por las instituciones con competencias técnicas que en su actividad regulatoria imprimen consideraciones relativas a principios fundamentales como la dignidad de las personas, dentro del cual cabe incluir, obviamente, la formación de los niños (Sentencias Tribunal Constitucional Roles N°s. 244 c. 12º. y 479 c. 11º, 16º y 18º), lo que armoniza, además, con

³⁵ Destacado nuestro.

el artículo 19 N° 21 del Texto Fundamental (Sentencias ICAS Rol N° 419-21, c. sexto);

c. La sanción presupone una infracción formal, por lo tanto, el juicio de culpabilidad se basa en la concurrencia de culpa infraccional, propia del derecho administrativo sancionador

86. Al referir la sanción a una infracción de peligro abstracto -aspecto que reclama la concesionaria mostrando una supuesta falta de ponderación de los derechos en colisión y en definitiva, de daño a las libertades constitucionales-, debemos recordar que para que la falta se entienda consumada basta con que se haya ***desplegado aquella conducta que lo coloca en una situación de riesgo, lo que, en este caso, se verificó con la emisión que ofende un credo específico profesado por miles de televidentes;***

87. La doctrina *iuspublicista* ratifica esta aproximación, en el sentido de que este tipo de infracciones son ***estrictamente formales***, en las cuales la antijuridicidad de la conducta -infracción a la norma reglamentaria en este caso-, determina, por sí misma, la responsabilidad infraccional ***sin necesidad de acreditación de daños concretos ni consideración sobre la intencionalidad u otras circunstancias subjetivas pertenecientes a la esfera voluntaria del sujeto regulado;***

88. A este respecto, debe atenderse lo que indica el tratadista Alejandro Nieto en su obra "Derecho Administrativo Sancionador"³⁶, donde expresa que "por simple inobservancia puede producirse responsabilidad en materia sancionadora"³⁷. Además, este autor agrega que en el Derecho Administrativo Sancionador ***predominan las llamadas infracciones formales, constituidas por una simple omisión o comisión antijurídica que no precisan ir precedidas de dolo o culpa ni seguidas de un resultado lesivo. El incumplimiento de un mandato o prohibición ya es, por sí mismo, una infracción administrativa***³⁸;

89. Y concluye: ***la infracción administrativa está conectada con un mero incumplimiento, con independencia de la lesión que con él pueda eventualmente producirse y basta por lo común con la producción de un peligro abstracto. Y tanto es así que semánticamente es ese dato del incumplimiento —literalmente: infracción— el que da el nombre a la figura, con la que se identifica***³⁹;

90. Lo que se viene diciendo, no implica que nos encontremos frente a un régimen de responsabilidad objetiva o que no se reflexione sobre criterios de imputabilidad o sobre los daños, sino más bien que, por el tipo de infracción cometida, en la que, especiales valoraciones -y preestablecidas- emitidas por la autoridad técnicamente competente son vulneradas, en la vulneración de la regla respectiva está ínsita una valoración de la conducta como negligente o imprudente, pues en derecho administrativo sancionador basta la imprudencia para que se entienda cometida la infracción, y, salvo prescripción legal expresa, no se exige dolo para tal finalidad, sino que se enfatiza la culpa o la imprudencia, sancionable en toda su extensión o grados (responsabilidad por debido cuidado)⁴⁰, culpa que, en este caso, los jueces deben determinar si ***resultó apta*** para amagar un bien jurídico, sin que se pueda efectuar "mediciones" o determinar una causalidad directa cuando se trata de un colectivo de personas. En efecto, recalamos el fallo 729-2020, ICAS Santiago, que sancionó, al igual que en esta oportunidad, un producto de ficción de una concesionaria abierta de televisión (c. octavo);

³⁶ Nieto García, Alejandro "Derecho Administrativo Sancionador". Madrid: Editorial Técnos, 4ª. Edición, 2ª. Reimpresión, 2008.

³⁷ Op. Cit., p. 392.

³⁸ Op. Cit., p. 393.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Barrientos, Elías. "La Culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador" (Chile, Ediciones Der, 2019), p. 59-61.

- **Octavo:** *Que en lo concerniente al cuestionamiento que formula la reclamante en orden a que la sanción aplicada se sustenta en un “potencial daño”, cabe precisar que la infracción administrativa al artículo 1° de la Ley N° 18.838 es de mera actividad o peligro abstracto, es decir, basta que se haya desplegado la conducta que pone en riesgo el bien jurídico protegido. A su vez, tratándose del horario de protección al menor, no se requiere que la violencia observada sea excesiva, pues basta que ella sea de una entidad tal que pueda afectar o perturbar la integridad psíquica de los telespectadores menores de edad, para que sea objeto de fiscalización y sanción.*

91. Desde esta perspectiva, parámetros o criterios especiales de graduación de los grados de intensidad de la conducta exigible -y, por ello, del tipo de culpa involucrado en determinada infracción, son: **a) naturaleza de la actividad, especialmente si esta es peligrosa pudiendo afectar bienes jurídicos esenciales como la salud, máxime si se trata de una valoración establecida constitucionalmente;** **b) la realización de una actividad que requiere autorización administrativa y, c) si esta debe ser desarrollada por profesionales en la materia;**⁴¹

92. Desde esta perspectiva, **LA RED ha actuado con imprudencia o negligencia**, puesto que, primero, resulta obvio que la actividad de transmisión de contenidos televisivos, por esencia, por su alto impacto, **puede afectar diversos derechos fundamentales;** incluso el Tribunal Constitucional ha señalado aquello, reconociéndole una función de **utilidad pública**⁴², tal como lo hemos indicado;

93. En segundo lugar, es **titular de una concesión de radiodifusión televisiva de libre recepción** otorgada en virtud de la normativa de la Ley 18.838, lo que implicó asumir el deber ineludible de respetar el principio del correcto funcionamiento de la televisión⁴³ y ciertas cargas de cuidado debido especial derivados de este privilegio (tal como lo vimos al citar los fallos del Tribunal Constitucional Roles 2541-13 y 10760-21);

94. Así, conociendo de antemano la regulación vigente que impone el deber de respetar la salud psíquica de niños, **debió precaver qué contenidos podrían resultar ofensivos para un grupo amplísimo de televidentes;**

95. En este mismo sentido, parece olvidar que en el ejercicio de la libertad económica los deberes asociados al estatuto legal deben ser complementados por las instituciones con competencias técnicas que en su actividad regulatoria imprimen consideraciones relativas a principios fundamentales como la dignidad de las personas, dentro del cual cabe incluir, obviamente, la formación de los niños (Sentencias Tribunal Constitucional Roles N°s. 244 c.12º. y 479 c. 11º, 16º y 18º), lo que armoniza, además, con el artículo 19 N° 21 del Texto Fundamental (Sentencias ICAS Rol N° 419-21, c. sexto);

96. Lo expuesto, ha sido ratificado en diversos fallos de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago; a modo ejemplar, podemos mencionar sentencias Roles N° 371 y 595, ambas de 2019, **que aclaran que nos encontramos frente a la denominada “culpa infraccional”**. **En el mismo sentido, lo propio ha concluido la Corte Suprema en sentencias Roles N°s. 7448-2009 y 24.233, de 2014;**

d. La afirmación de que no se habría vulnerado o discriminado a personas o grupos determinados,

⁴¹Op. Cit. Pp. 62-63. El autor, sigue en esta materia a Ángeles De Palma.

⁴² Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2541-13. Considerandos 19° y 20°.

⁴³ Ver, sobre la ligazón entre la titularidad de una autorización administrativa y los deberes de respeto de la normativa, que se traducen en responsabilidad por mera inobservancia, fallo del Tribunal Supremo Español STS de 24 de noviembre de 2011. Citado en Barrientos, Op. Cit., p. 71-72.

identificados o identificables no se condice con el fundamento de los derechos fundamentales, que emanan de la condición digna de toda persona, de conformidad a la Constitución Política de la República

97. Esta alegación es inverosímil, pues la dignidad de las personas constituye un atributo consustancial a toda **persona humana**, del cual fluyen todos los derechos fundamentales desde una perspectiva igualitaria, y, por lo mismo, emergen como pilares del sistema democrático y se relacionan con la primer labor del Estado, cual es estar al servicio de la persona humana con la finalidad de **promover el bien común, con pleno respeto a los derechos y garantías establecidos por la Constitución Política de la República (artículo 1° inciso 4° CPR)**;
98. Así, la dignidad humana, fuente dogmática de la normativa internacional e interna que consagra el principio de igualdad, no discriminación y libertad, tiene una clara incidencia en la esfera público-democrática y colectiva, pues el Estado se encuentra al servicio de la persona humana y debe promover el bien común creando las condiciones sociales que permitan a las personas la mayor realización espiritual posible (artículo 1° Constitución Política de la República);
99. Por este motivo, el respeto a todas las creencias y, por ende, el pluralismo en las emisiones televisivas (artículo 1° inciso 5° Ley 18.838), es uno de los motivos principales que el legislador ha tenido en vista al permitir la creación de medios de comunicación social, pues ellos deben propender al cumplimiento de este principio, en armonía con el artículo 3° de la Ley 19.733, que regula el ejercicio de la Libertad de Expresión;
100. Por ende, este argumento no es correcto ya que parte de la base de que CNTV defiende los derechos o intereses de los particulares que aparecen en emisiones de televisión –asunto que no podría arrogarse sin incurrir en infracción al principio de reparto de competencias públicas, pues existen en diversos cuerpos legales de índole civil y penal que consagran las acciones pertinentes y que las radican principalmente en los Tribunales de Justicia-, en circunstancias que la infracción se relaciona con los alcances ético-políticos de un amago a la dignidad humana y al principio del pluralismo, infracción que pone en entredicho, así, la libertad religiosa;
101. Así, la sanción se vincula a la esfera colectiva o social ínsita en la libertad de expresión -y no a la defensa de personas o grupos identificados o identificables-, materializada en el derecho a recibir determinadas informaciones que no vulneren la dignidad de las personas ni sus derechos. En efecto, recalamos el fallo 729-2020, ICAS Santiago, que sancionó, al igual que en esta oportunidad, un producto de ficción de una concesionaria abierta de televisión (C. octavo);
- **Octavo:** *Que en lo concerniente al cuestionamiento que formula la reclamante en orden a que la sanción aplicada se sustenta en un “potencial daño”, cabe precisar que la infracción administrativa al artículo 1° de la Ley N° 18.838 es de mera actividad o peligro abstracto, es decir, basta que se haya desplegado la conducta que pone en riesgo el bien jurídico protegido. A su vez, tratándose del horario de protección al menor, no se requiere que la violencia observada sea excesiva, pues basta que ella sea de una entidad tal que pueda afectar o perturbar la integridad psíquica de los telespectadores menores de edad, para que sea objeto de fiscalización y sanción.*
102. Así, volvemos a indicar que la utilidad pública de la televisión, y, por ello, su vínculo con la indemnidad o amago de los derechos fundamentales desde la perspectiva de la libertad de expresión como derecho social ha sido reconocida también por el Tribunal Constitucional en su sentencia Rol 2541-13, en la que indicó que este medio de

comunicación satisface una necesidad social y utiliza el bien nacional de uso público espectro radioeléctrico, por lo que en su labor debe considerar los intereses generales de la colectividad, dado su fuerte impacto y alcance; lo que no es sino manifestación de un derecho colectivo derivado de esa libertad, a saber, el ***derecho a recibir informaciones, lo que obliga a los canales a cumplir con el límite del correcto funcionamiento traducido en no amagar derechos fundamentales de los ciudadanos al ejercer su labor de medio de comunicación social.*** (C. 20°, 23° y 24°);

103. Por lo tanto, la labor del CNTV está vinculada a la necesidad de que los canales de televisión no omitan el cumplimiento de las reglas preventivas tendientes a la cautela de estos derechos fundamentales que conforman un grupo de personas titulares, de un ***derecho difuso y solidario***⁴⁴, consistente en que el Estado ejerza el *máximo celo* al aplicar, fiscalizar y sancionar la omisión a los deberes de los sujetos privados regulados, cuando ellos vulneran la dignidad y los derechos fundamentales;

104. Desde esta perspectiva, la sanción define los límites a la libertad de expresión asociados a la dignidad de las personas como valor espiritual y moral inherente a todo ser humano, y sus derechos fundamentales, por lo que nos encontramos frente a un límite social, colectivo (Sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago roles N°s. 213, de 2018, 205, 577 y 664, de 2019);

105. En línea con esto, conviene aclarar que esta entidad no protege directamente a los particulares que aparecen en las emisiones de televisión, sino a un colectivo, quienes reciben las transmisiones fiscalizadas y son titulares de *un derecho colectivo, difuso y solidario*⁴⁵, que es la protección del principio del correcto funcionamiento de la televisión.⁴⁶, prerrogativa que se relaciona con el respeto a la dignidad inherente a toda persona, su valoración espiritual y moral, en un espacio democrático (Sentencias Ilustrísima Corte de Apelaciones roles 205 y 577, ambas de 2019);

e. A mayor abundamiento, el ejercicio de ponderación de derechos no es esencial para determinar, en este caso, que se ha tratado de una emisión que abusa de la libertad de expresión

106. En efecto, la libertad de expresión –y su derivación, la de creación y difusión artística –, presentan límites ineludibles e infranqueables relacionados con su ejercicio, el principal se traduce en *no vulnerar los derechos y la reputación de los demás*⁴⁷, y el principio del correcto funcionamiento de los servicios de televisión, de acuerdo al artículo 19 N° 12 de la Constitución.

107. Ambos preceptos, consagran límites al ejercicio de este derecho, consagrando un sistema de responsabilización a posteriori; límites que delinean las condiciones de su legítimo ejercicio;

108. Así, con asidero en tales límites constitucionales y supra constitucionales, la Ley 18.838 y su normativa reglamentaria, fijan resguardos a fin de evitar que un ejercicio abusivo de la libertad de expresión pueda afectar aspectos sensibles de los sujetos, como sus derechos fundamentales. (art. 1°, inciso cuarto Ley 18.838 y Normas Generales sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión);

⁴⁴ Marshall, Pablo. "Clasificación de los derechos fundamentales", en Manual sobre derechos fundamentales. Teoría general, eds. Contreras Pablo y Salgado Constanza (Chile, LOM Ediciones, 2017), 93-118.

⁴⁵ Marshall, Pablo. "Clasificación de los derechos fundamentales", en Manual sobre derechos fundamentales. Teoría general, eds. Contreras Pablo y Salgado Constanza (Chile, LOM Ediciones, 2017), 93-118.

⁴⁶ Esto, es manifestación del aspecto social involucrado en la libertad de expresión, consistente en el derecho a "recibir informaciones", de lo que emanan diversas exigencias colectivas, entre ellas recibir una información veraz. (Sentencias Tribunal Constitución al Roles 2358-12 y 2541-13.)

⁴⁷ Convención Americana de Derechos Humanos, art. 13.2, a)

109. Tomando en cuenta aquello, el H. Consejo no ha afirmado que no sea posible expresar esta creación artística específica, sino que reprochó la utilización de un aspecto de indudable valor simbólico para el catolicismo, lo que torna ofensiva la creación para una multiplicidad de personas que estaban viendo la performance y, por ende, vulnera el límite interno a la propia libertad de expresión conforme al artículo 19 N° 12 del Texto Fundamental, a saber, el correcto funcionamiento de la televisión -al que se integran, como vimos, la dignidad y derechos fundamentales;
110. Por esto, es artificioso entender que asistimos a una tensión entre derechos que debiese ponderarse bajo un método específico desarrollado por la dogmática constitucional alemana, en que uno de ellos “cedería” bajo ciertas circunstancias, pues, en este caso derechos fundamentales se han afectado, consecuentemente, por la vía de infracción a la dimensión colectiva de la propia libertad invocada por la concesionaria, constituida por el por el correcto funcionamiento;
111. Por ello, no se trata de discernir qué garantía prima, pues el ejercicio que deben efectuar los órganos del Estado es descubrir si se trata de **un ejercicio ilegítimo de la propia libertad de expresión, que, por la naturaleza de sus límites (derechos de los demás y correcto funcionamiento), siempre implicará una infracción al aspecto colectivo de esa libertad, pero mirando la forma en que las transmisiones de televisión tratan a personas particulares que aparecen en ellas o a quienes están destinadas. (Por ejemplo, sentencias de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago roles 205, 577 y 677, todas de 2019).**
112. Por lo tanto, sopesar derechos, en este caso, constituye una falsa dicotomía, en armonía con los artículos 13 N.º 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 19 N° 12 de la Carta Fundamental, y 1º, inciso cuarto de la Ley 18.838, pues CNTV no realiza un análisis a la luz del principio de proporcionalidad de las limitaciones, sino que, caso a caso, determina el contenido del derecho con miras a la preservación de los bienes colectivos del artículo 1º de su Ley, **tratándose, entonces, de una actividad interpretativa “interna”, en relación a la configuración del propio derecho en juego**⁴⁸;
113. Para graficar lo dicho, el profesor Martínez Estay señala que es la propia interpretación sobre los límites internos de un derecho, lo que *“permite diferenciar la libertad de expresión de las injurias o calumnias”*⁴⁹, así, cada derecho tiene límites que emanan de su propia naturaleza que pueden extraerse mediante la interpretación de cada derecho o libertad, por lo que resulta ilusorio concebir “choques de derechos”. *“Siendo incluso más enfático, Martínez Estay llega a afirmar que nunca hay conflictos o choques de derechos, toda vez que los conflictos o choques de derechos son en verdad meras apariencias de colisiones, ya que como todo derecho o libertad es limitado, el problema se traduce en efectuar una labor de delimitación de este”*⁵⁰.
114. Armoniza con esta conclusión, el fallo de la Ilustrísima Corte de Apelaciones rol N.º 313-2019, que ratifica que lo que se debe desentrañar en estos casos es la legalidad del ejercicio de la libertad de expresión por los canales, y cuando el ejercicio ha sido ilegítimo, **jamás puede hablarse de la necesidad de “ponderar” o “sopesar”;**
- a. *OCTAVO: Que, los hechos denunciados, en cuanto se vulneró la prohibición de entregar antecedentes que permitan identificar a una niña que ha sido víctima de violación, ha generado efectos revictimizantes para la menor de edad y lesionado sus derechos fundamentales, en particular su integridad psíquica y su vida privada. En este sentido, la*

⁴⁸Salgado, Constanza “Límites y restricciones a los Derechos Fundamentales”, en Manual sobre derechos fundamentales. Teoría general, eds. Contreras Pablo y Salgado Constanza (Chile, LOM Ediciones, 2017), 207-255

⁴⁹ *Límites y Restricciones...* Op. Cit. p. 231.

⁵⁰ Op. Cit. p. 232.

aplicación de la sanción impuesta resulta ajustada a derecho, descartándose cualquier vulneración al artículo 19 N° 12 de nuestra Carta Magna, que reconoce la libertad de expresión y dentro de ella la de informar sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, ya que TVN pudo informar sin limitación alguna, pero sin tomar los resguardos para garantizar la identidad de las niñas involucradas en el reportaje.

NOVENO: Por último, en cuanto a la aplicación del test de proporcionalidad, este no resulta procedente en la especie, dado que no existe un conflicto normativo o de principios que habilite a esta Corte para utilizar dicha herramienta hermenéutica.

Lo anterior se sostiene, según se ha venido analizando, en que el dilema planteado por la recurrente no es tal, ya que en la especie no se ha puesto en riesgo la libertad de expresión o de informar.

Por último, la libertad de expresión y el derecho a informar deben ejercerse siempre resguardando los derechos fundamentales (...).

115. Así, lo que deben efectuar los organismos técnicos con competencia en la materia, y la jurisdicción que los controla, es un ejercicio hermenéutico que desentraña la vinculación y punto de contacto entre la aplicación de un límite a *la libertad de expresión y, la consecución de los bienes colectivos que determina el artículo 1°, inciso cuarto de la Ley 18.838*, dentro del marco del principio los principio constitucional de juridicidad, que es precisamente lo hecho por el Consejo Nacional de Televisión.

116. De esta manera, no se vislumbra cómo esta entidad fiscalizadora pudo haber afectado la libertad de expresión o información, principalmente, porque, el ejercicio de esa concesionaria, en este caso, ha sido ilegítimo, pues ha infringido derechos fundamentales de las personas, lo que no puede ocurrir ni aún a pretexto de satisfacer la libertad de expresión o de creación artística;

117. Así, CNTV no ha hecho sino respetar y cumplir el marco de sus competencias, y los canales de televisión, se encuentran obligados a respetar esta *labor garante*, en tanto destinatarios directos de la obligación de respetar derechos fundamentales en sus transmisiones; en armonía con los artículos 5° inciso segundo, y 6° de la Constitución Política de la República⁵¹;

IV. LAS CORTES DE APELACIONES CARECEN DE FACULTADES PARA ALTERAR LAS SANCIONES IMPUESTAS POR EL CONSEJO NACIONAL DE TELEVISIÓN AL TRATARSE DE UN RECURSO DE RECLAMACIÓN DE ILEGALIDAD

118. Finalmente, no está demás indicar, que, dada la naturaleza de este procedimiento de reclamación de ilegalidad, SS. no se encuentra facultada para rebajar multas o cambiar la sanción salvo que se detecte un vicio específico de legalidad en la sanción, así lo declare, invalide la sanción y dictamine lo adecuado al caso;

119. La Excm. Corte Suprema ha acogido diversos recursos de queja presentados por el Consejo Nacional de Televisión; ***mencionaremos la doctrina de los roles N°s. 69.774, 69.781, 71.917 y 71.977, todos de 2020.*** En estos recientes fallos, el máximo tribunal ha precisado que la naturaleza jurídica del recurso para impugnar las sanciones impuestas por el CNTV, contemplado en el artículo 34 de la Ley 18.838 es la de un recurso de reclamación y no de apelación, a pesar del tenor literal de ese precepto;

⁵¹ Lovera, Domingo. "Destinatarios de los derechos fundamentales", en Manual sobre derechos fundamentales. Teoría general, eds. Contreras Pablo y Salgado Constanza (Chile, LOM Ediciones, 2017), 161-206.

120. Por ende, el recurso de la Ley 18.838 no es para que la Iltma. Corte se pronuncie como superior jerárquico del CNTV con amplias competencias para enmendar lo resuelto por éste, sino para que, exclusivamente, **revise la legalidad del acto administrativo sancionatorio, es decir, si el Consejo Nacional de Televisión ha actuado dentro del marco regulatorio que le fijan la Constitución y la Ley, si ha respetado las reglas del debido proceso, y si su decisión se encuentra razonablemente fundada y ajustada a derecho.**
121. Así, el máximo Tribunal indicó, que en estos casos cuando la Corte de Apelaciones estime que es legal el acto administrativo sancionatorio, carece de facultades para alterar la sanción. Es decir, sólo en aquellos casos en que se establezca que el procedimiento administrativo llevado adelante por CNTV posee vicios de legalidad, se puede corregir su decisión rebajando la multa, de lo contrario se infringiría el principio de reparto de competencias públicas consagrado en el artículo 7° de la Carta Fundamental, pues es el legislador el que encomendó al H. Consejo la determinación, dentro del rango legal que establece el artículo 33 N° 2, de un momento concreto de la multa a imponer;
122. En este sentido, recalamos que en el fallo 84206-2021 del máximo Tribunal, determinó que el procedimiento sancionatorio llevado a cabo por el Consejo, es sancionado por un órgano colegiado independiente, de raigambre técnica, lo que da garantías de respeto a los principios de contradictoriedad, legalidad e imparcialidad (C. sexto), garantías que se extienden, en este caso, a la determinación y monto de la sanción a imponer;
123. En este sentido, diremos que el CNTV para imponer un monto de 80 UTM se ha ceñido plenamente al principio de legalidad según el artículo 33 N° 2, de acuerdo al cual la multa en caso alguno puede ser inferior a 20 UTM, pero su monto máximo varía, según la cobertura del concesionario o permisionario: **si es de carácter nacional como en este caso, puede llegar a un máximo de 1000 UTM**; en cambio, si es regional, local o de carácter comunitario, el máximo es de 200 UTM⁵²;
124. En el mismo sentido, según el parámetro de gravedad de la infracción regulado en el citado artículo 33°, diremos que se trata de un concesionario de **alcance nacional que puso en riesgo derechos fundamentales de un grupo importante de la población, tal como se desarrolla en detalle en diversos considerandos de la sanción**;
125. El fallo ICAS Rol N° 26-2021 -junto al precedente de la Corte Suprema Rol 55187-, reconocen las facultades del CNTV para, en base a los elementos legales referidos, determinar la imposición de una multa dentro del rango legal respectivo, y determinar fundadamente la gravedad de la infracción tal como lo exige el citado artículo 33°⁵³. En este marco, SS. debe tener presente que el acuerdo de sanción exhibe una clara fundamentación relativa a la gravedad de la infracción en relación a la importancia de los bienes jurídicos afectados;
126. **SS. Iltma. ha validado plenamente este criterio, mencionamos al efecto las sentencias roles N°s. 664, de 2019; 631 y 632 de 2020, 166, 419 y 420 de 2021.** En esos fallos SS. Iltma. ha reconocido que la elección del importe de multa dentro de los

⁵² En efecto, la propia ley establece un sistema ascendente y escalonado de penas, y algunas de ellas se pueden aplicar bajo determinadas circunstancias que se encuentran, además, regladas por la propia normativa, lo que no es sino una configuración de gradualidad de las penas o una forma de estratificarlas entregando parámetros objetivos de aplicación a la autoridad administrativa, aspectos que la jurisprudencia y doctrina constitucional consideran como cumplimiento de este principio, en tanto parámetro de razonabilidad. Navarro Beltrán, Enrique. Notas sobre el Principio de Proporcionalidad en la reciente jurisprudencia constitucional. Revista de Derecho Público, Número Especial (2018), Pp. 310-311.

⁵³ "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" (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 2658-14, 2014: considerando octavo. Navarro. Op. Cit. pp. 311.

tramos legales es una potestad de la administración que será legítima mientras se haya efectuado al amparo de sus facultades legales, no infrinja el debido proceso y la resolución se encuentre debidamente motivada, **triple circunstancia que concurre en este caso según lo que hemos demostrado.**

127. Por lo mismo, rebajar o cambiar la sanción ponderando los antecedentes probatorios del procedimiento excede la competencia entregada a SS. Iltma., cual es verificar la legalidad del procedimiento administrativo.

128. Así, se podrá declarar legal o ilegal la sanción, pero ese Tribunal de Alzada no posee competencias para rebajar la multa impuesta si no declara la ilegalidad del acto administrativo, **por lo que la determinación de la sanción es una materia que queda reservada al criterio de la administración, que deberá elegir el importe de la multa dentro de aquellos que contempla el bloque legal vigente:**

- *“Sexto (...) Al respecto, y como lo ha sostenido reiteradamente esta Corte, (SCS Rol 6.750-2012, 47.898-2016, 100.726-2016, 15.369-2018, 30.515-2020, 69.774-2020 y 71.917-2020, entre otras), el artículo 34 de la Ley N° 18.838, en cuyo mérito la permitida compareció ante la Corte de Apelaciones dando origen a este proceso, denomina apelación al reclamo de ilegalidad jurisdiccional que consagra en contra de las resoluciones que se pronuncian respecto de las reclamaciones administrativas deducidas en los procedimientos que los respectivos textos legales establecen. Así, y dado que la competencia del tribunal viene dada por la naturaleza del recurso de reclamación, en tanto control de legalidad, para modificar la resolución dictada por la autoridad reguladora competente es necesario “dar por establecida la ilegalidad, invalidar el acto administrativo y disponer la decisión adecuada al caso, si procediere, conforme a los límites de su competencia en un reclamo de ilegalidad” (SCS Rol N° 21.814-2017).*

SÉPTIMO: *Que en las condiciones expuestas resultaba improcedente para los recurridos, una vez establecida la legalidad de la infracción y de la aplicación de la multa, disponer la rebaja de su cuantía, toda vez que la competencia de la Corte en esta materia se vincula con la determinación de la legalidad o ilegalidad del acto administrativo que impone la sanción. En consecuencia, si los sentenciadores consideran que la resolución que aplica la sanción es legal, carecen de atribuciones para proceder a su disminución.*

OCTAVO: *Que las consideraciones expuestas por los magistrados recurridos contienen un error, en tanto entienden que el reclamo en estudio corresponde a un recurso de apelación, atendiendo para ello únicamente al nomen iuris y no a la naturaleza de la acción, como se ha explicado en los razonamientos que preceden, producto de lo cual efectuaron una nueva valoración de la prueba rendida, labor en la que, no obstante, no invocaron vicios relativos a la legalidad de la resolución impugnada, proceder que, sin embargo, no guarda relación con la competencia que la ley entrega al tribunal para resolver el arbitrio intentado.*

NOVENO: *Que, por consiguiente, al no haber aplicado los jueces recurridos correctamente las normas que regulan la situación en examen y, en particular, la sanción consagrada por el legislador para la infracción cuyo acaecimiento se acreditó, forzoso es concluir que han incurrido en falta o abuso el cual ha resultado lesivo para los intereses del Consejo Nacional de Televisión, cuya transgresión debe ser enmendada con el remedio jurisdiccional que se adopta por esta vía.*

129. Por todo lo dicho, una rebaja de la sanción es completamente improcedente desde el punto de vista de la íntegra legalidad de la sanción adoptada, en tanto el Consejo Nacional de Televisión ha actuado dentro del marco regulatorio que le fijan la Constitución y la Ley, ha respetado las reglas del debido proceso y **su decisión se encuentra motivada y exhibe fundamentos razonables y ajustados a derecho** pues la formulación de cargos como el acto sancionatorio expresaron acuciosa y coherentemente entre sí, los fundamentos de hecho y de derecho que ameritaron reproche y sanción, con miras al cumplimiento del principio del debido proceso constitucional en sus facetas de contradictoriedad, impugnabilidad y publicidad-, en base a las disposiciones del Título V de la ley N° 18.838;

