



Santiago, veinticinco de septiembre de dos mil dieciocho.

A fojas 445 a todo, a sus antecedentes.

VISTOS:

Con fecha 13 de octubre de 2016, José Francisco Orellana Galarce, estudiante, domiciliado en calle Manuel Rodríguez N° 92-G, San Fernando, deduce requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 36 B, letra a), de la Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones, en el marco del proceso RIT N° 2630-2016, RUC 1501025375-3, sustanciado ante el Juzgado de Garantía de San Fernando.

Precepto legal cuya aplicación se impugna.

El texto del precepto legal impugnado dispone:

"Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones.

(...)

Artículo 36 B.- Comete delito de acción pública:

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

Síntesis de la gestión pendiente

El requirente expone que fue formalizado por el Ministerio Público ante el Juzgado de Garantía de San Fernando, en su calidad de Presidente de la Agrupación Cultural Aukan, como autor en grado de desarrollo consumado por el tipo penal de que trata el precepto reprochado, en razón de hechos ocurridos en diciembre de 2015, en que, efectivos policiales, concurriendo a un domicilio en la comuna de San Fernando, habrían constatado la existencia de un equipo transmisor de radiofrecuencia, el que fue incautado junto a un computador personal.

Por ello, el Ministerio Público presentó requerimiento en procedimiento simplificado en su contra, solicitando la imposición de la pena de quinientos cuarenta días de presidio menor en su grado mínimo, multa de cinco UTM, accesorias legales y costas de la causa.





El solicitante de inaplicabilidad hace presente que el tipo penal comprendido en el artículo 36 B, letra a) de la Ley General de Telecomunicaciones, protege bienes jurídicos como el correcto uso del aparato radioeléctrico y, el orden público económico, así como los intereses económicos de las empresas de radiodifusión. Para la efectiva afectación de los bienes jurídicos enunciados, es necesario analizar la potencia, alcance y finalidad que tenga la emisora sin autorización. Por ello, si ésta emite a elevada potencia, su zona de alcance puede comprender varias comunas, dado el perjuicio al espacio radioeléctrico; en contrario, constatando baja potencia, con objeto no de difundir publicidad, ni perjudicar la hacienda pública, ni afectar a los operadores que sí cuentan con concesión, no existiría lesividad. Ello, en un desarrollo que se constata desde el año 1991, que ha permitido la generación de innumerables servicios de radiodifusión.

Este último sería el caso planteado ante esta Magistratura. El Centro Cultural para las Comunicaciones Aukan, presidido por el requirente, tiene, entre otros objetivos, realizar transmisiones radiofónicas sólo de carácter local, divulgando los valores y culturas de la comunidad, como una instancia comunicacional efectiva y educativa, prestando servicios de comunicación social a organizaciones, institucionales, familias y particulares. Expone que la Subsecretaría de Telecomunicaciones, en junio de 2016, a pesar de lo anterior, habría dejado fuera del llamado a concurso para licitación del espacio radioeléctrico de dicho año, a la comuna de San Fernando.

Conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal

El requirente sostiene que la norma reprochada, en la gestión judicial pendiente que se sustancia ante el Juzgado de Garantía de San Fernando, produce diversos resultados contrarios a la Constitución Política.

En primer lugar, enuncia el artículo 19 N° 12 de la Constitución Política. El actor hace presente que la sanción que trae aparejada el tipo penal por el que está siendo juzgado, vulneraría el principio de proporcionalidad de las penas, dado que la sanción se constituye en un medio no apto para cumplir el fin buscado: asegurar el correcto uso del espectro radioeléctrico, limitando de forma excesiva el ejercicio del derecho a la libertad de expresión. En el mismo sentido, y con sustento en el artículo 5º, inciso segundo, de la Carta Fundamental, refiere vulneración al artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, precepto que reconoce la libertad de pensamiento y expresión. Conforme la redacción del delito en cuestión, se vulnera el derecho del requirente a buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole.

Agrega que, siguiendo jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, en los casos en que se permite que una norma limite o regule derechos fundamentales y sea considerada como adecuada, ello tampoco se cumple. El fin perseguido por el



tipo penal puede ser alcanzado con sanciones menos gravosas, como multa y comiso de los equipos, trabajos comunitarios o medidas con menores restricciones a la libertad personal. Este criterio ya ha sido sustentado por el Parlamento en un proyecto de ley en estudio sobre estas materias y en la sistemática adoptada en el derecho comparado.

Luego, la limitación al ejercicio del derecho no es proporcional con el beneficio que se obtiene en el logro del fin lícito que se persigue. Al no existir un daño concreto a terceros o al orden público, el beneficio obtenido con la aplicación de la norma no es mayor al sacrificio sufrido por su derecho a la libertad de expresión.

En segundo capítulo constitucional, argumenta en torno al artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental, esto es, la garantía de igualdad ante la ley. Expone lo arbitrario que resulta el precepto reprochado, señalando que desde el Constituyente surge un mandato al legislador a efectos de que las prescripciones del derecho deban tratar de igual manera a los que están en condiciones de igualdad y de manera diversa a que se encuentran en una condición desigual.

Agrega que no existe duda alguna de que la correcta administración del espacio radioeléctrico es un bien jurídico que amerita protección de parte del Estado, dado su carácter escaso y cuyo dominio pertenece a la nación toda. Por ello, el establecimiento de sanciones para regular su uso correcto es justificado. Pero, no es acorde con el respeto a los derechos y garantías constitucionales de que trata el artículo 1º, inciso cuarto, de la Constitución, aceptar una discrecionalidad legislativa sin límites. En la especie, se sanciona con la norma pena a hipótesis fácticas de la más variada índole.

Finalmente, desarrolla vulneraciones en torno al artículo 19 N° 3, inciso sexto, de la Carta Fundamental, en referencia al derecho a un proceso legal justo y racional. Comenta que la pena debe descansar en razones de lógica y justicia material, dado que la proporcionalidad debe considerarse entre la amenaza penal y el daño social del hecho, determinada en base a la culpabilidad del autor del ilícito.

Ello es vulnerado por el precepto en cuestión, dada la desproporcionalidad para situaciones de baja lesividad, como la ocurrida con el requirente, en armonía con la forma en que ha sido denunciada por diversos organismos internacionales.

Por estas argumentaciones, solicita se acoja el requerimiento deducido a fojas 1, y se declare la inaplicabilidad de la norma reprochada, previamente enunciada.

Admisión a trámite, admisibilidad y observaciones de fondo al requerimiento





El requerimiento se acogió a trámite a través de resolución de la Segunda Sala de este Tribunal Constitucional, de fecha 2 de noviembre de 2016, a fojas 226, oportunidad procesal en que fue decretada la suspensión del procedimiento en la gestión pendiente en que incide. Posteriormente, fue declarado admisible el día 22 de noviembre del mismo año, resolución rolante a fojas 251.

Conferidos los traslados sobre el fondo a los órganos constitucionales interesados, así como a las partes de la gestión pendiente, fue evacuada presentación por el Ministerio Público, conforme los argumentos que a continuación se exponen.

Observaciones del Ministerio Público

A fojas 382, con fecha 14 de diciembre de 2016, el Ministerio Público, a través del abogado don Hernán Ferrera Leiva, realiza observaciones a la presentación de fojas 1, instando para que ésta sea rechazada en todas sus partes.

El persecutor penal público expone que existen, en este caso, tres cuestiones no debatidas: primero, que la correcta administración del espacio radioeléctrico es un bien jurídico que amerita protección de parte del Estado; segundo, que la regla penal consiste en asegurar el correcto uso y orden del espacio radioeléctrico; y, tercero, que está justificado el establecimiento de sanciones para regular el correcto uso del mismo.

La situación problemática que argumenta el requirente está caracterizada por la operación o explotación de servicios o instalaciones de telecomunicaciones de libre recepción o de radiodifusión sin autorización, esto es, establecidas para tutelar el espacio radioeléctrico al que se accede ocupando las instancias y los mecanismos previstos en la sistemática de que trata la Ley General de Telecomunicaciones.

A dicho respecto, el Ministerio Público hace presente, siguiendo la STC Rol N° 2022, que el precepto atacado por el actor asienta la competencia del legislador, de conformidad con el principio democrático para establecer delitos y penas, respetando los parámetros de la Carta Fundamental, cuestión que se apoya en una interpretación coherente de lo dispuesto en el artículo 19 N° 3, incisos octavo y noveno, así como en el artículo 63 N° 2, todos de la Constitución Política.

Así, el legislador, dentro de sus potestades, puede estimar pertinente el desarrollo y formulación del ilícito penal, a fin de resguardar el bien jurídico.

No es discutido por el requirente que el precepto legal persigue un lícito fin, vinculado al resguardo del espectro radioeléctrico que, de acuerdo a nuestro ordenamiento, es un bien nacional, cuyo dominio pertenece a la nación toda.

Expone que la idoneidad de la sanción también resultaría evidente, ya que está dirigida sólo a las personas que no cumplen con la obtención de las sanciones



pertinentes, por lo que se diluye la argumentación en torno a una contravención a la libertad de emitir opinión e informar, toda vez que el examen de los mecanismo previstos para requerir la debida autorización, debe ser capaz de contemplarlos para el análisis en torno a la conculcación de la garantía fundamental.

En cuanto al examen que el actor formula en torno a la proporcionalidad, el Ministerio Público refiere que no es analizado desde el libelo deducido, el mecanismo para acceder a las debidas autorizaciones de que trata el cuerpo legal de la Ley General de Telecomunicaciones, que no han sido objeto de cuestionamiento.

Por último, en lo concerniente a las argumentaciones en torno a la igualdad ante la ley y el debido proceso legal, expone que la pena del tipo penal en análisis prevé dos grados, pudiendo el juez hacer las distinciones del caso concreto, en un juicio simplificado sometido a diversas disposiciones penales y procesal penales que irrogan al requerido un tratamiento más benéfico. La ley, así, ha recogido las diversas circunstancias del hecho.

Por estas consideraciones, solicita el rechazo del requerimiento de fojas 1.

Vista de la causa y acuerdo

Con fecha 27 de abril de 2017 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y concurriendo a alegar por el requirente, el abogado don Gustavo Alfonsi Canales y, por el Ministerio Público, el abogado don Hernán Ferrera Leiva. A su turno, en Sesión de Pleno de igual fecha, se adoptó acuerdo de rigor.

CONSIDERANDO,

I.- PRECEPTO LEGAL IMPUGNADO Y CONTEXTO EN EL CUAL HA DE APLICARSE

PRIMERO. El artículo impugnado señala:

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

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

Esta norma fue incorporada por el artículo único, numeral 18 de la Ley N° 19.277 que introduce modificaciones que indica a la **ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones**. El Tribunal Constitucional controló preventivamente dicho proyecto de ley en la sentencia Rol N° 176-93.





SEGUNDO. Un particular, con fecha 24 de julio de 2015, realiza una denuncia de funcionamiento de dos radioemisoras sin autorización en la comuna de San Fernando, VI Región, en las frecuencias de 107,1 y 107,5 MHz.

El informe técnico de la SUBTEL, de 14 de agosto de 2015 (a fojas 93 del expediente) establece el domicilio donde se realiza la transmisión de la radioemisora, verifica la ausencia de autorizaciones para su operación, y *"propone remitir denuncia al Fiscal del Ministerio Público correspondiente, por operar sin la autorización de esta Subsecretaría de Estado"*. (fojas 94).

La SUBTEL, con fecha 20 de agosto del mismo año, responde al denunciante que la radioemisora en la frecuencia 107,5 MHz está autorizada para operar, no así la emisora de la frecuencia 107,1 MHz. Por lo anterior, la SUBTEL decide hacer la denuncia a la Fiscalía Local correspondiente.

TERCERO. La Policía de Investigaciones, con fecha 15 de diciembre de 2015 concurre al domicilio donde operaba la radioemisora sin autorización en la frecuencia 107,1 MHz y detiene al Presidente de la Agrupación Cultural Aukán, quien arrendaba un dormitorio en dicha casa para hacer funcionar la radio Aukán. Posteriormente fue puesto en libertad por orden del fiscal de turno.

El Ministerio Público, con fecha 11 de julio de 2016, solicita formalizar la investigación en contra de José Francisco Orellana Galarce como autor del delito de infracción al artículo 36 B de la Ley General de Telecomunicaciones.

El 24 de agosto de 2016, el Ministerio Público requiere procedimiento simplificado contra el imputado, solicitando la pena de 540 días de presidio menor en su grado mínimo y multa de 5 UTM por los siguientes hechos: *"El día 15 de Diciembre de 2015, personal de la BICRIM San Fernando, junto a personal de la SUBTEL, concurrieron al domicilio ubicado en Eliseo Merino N° 656, de la comuna de San Fernando, lugar desde donde una radioemisora operada por el requerido JOSE FRANCISCO ORELLANA GALARCE, emitía la señal 107.1MHz, sin contar con permiso de la autoridad competente."*

La radioemisora en cuestión corresponde a una agrupación cultural denominada AUKAN cuyo presidente es el requerido ORELLANA GALARCE y para operar dicha radioemisora utilizaban un equipo transmisor FM, marca Toshiba, modelo Macer ZN 3055, una CPU sin marca color negro y azul y un monitor marca AOC serie T5YJ2CAG122274, especies todas que fueron incautadas por el personal policial encargado del procedimiento."

El imputado, en la audiencia de procedimiento simplificado de fecha 12 de octubre de 2016, no admite responsabilidad en los hechos del requerimiento.

II.- DELIMITACIÓN DE LA CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL

CUARTO. Se requiere la inaplicabilidad de la norma que establece una pena privativa de libertad por la infracción a una norma regulatoria (realizar

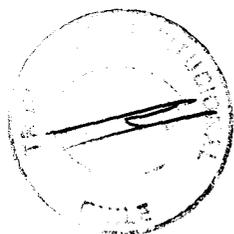


actividad económica sin autorización). En este caso concreto, operar un servicio de radiodifusión (local comunitaria) en la ciudad de San Fernando, haciendo uso del espectro radioeléctrico reservado para dicho tipo de transmisiones, sin autorización de la SUBTEL.

QUINTO. La técnica regulatoria de aprobación previa, cuya transgresión está sancionada con presidio menor en sus grados mínimo a medio, multa de 5 a 300 UTM y el comiso de los equipos, **busca proteger el adecuado uso del espectro radioeléctrico, evitando su saturación.**

En términos generales, se quiere remediar una falla (o funcionamiento ineficiente) de un mercado que deriva de la naturaleza económica del bien. En efecto, **el espectro radioeléctrico es un bien que por ser de libre acceso (no excluible) y susceptible de sobreexplotación (rival), requiere de algún tipo de racionalización en cuanto a su acceso y uso. Por lo tanto, no se discute la existencia de una justificación de interés público para algún tipo de regulación a la entrada.**

SEXTO. Tampoco se discute la posibilidad de regular actividades económicas haciendo uso del derecho penal. **En general, e independiente del grado de conveniencia, la punibilidad de infracciones administrativas dirigidas a preservar la eficacia de un determinado sistema regulatorio establecido para remediar fallas de mercado no es algo constitucionalmente vedado. De hecho, está siendo cada vez más común la criminalización de actividades económicas violatorias de las normas que la regulan.**



En igual sentido, **este Tribunal en general ha avalado la constitucionalidad del establecimiento de ilícitos penales por parte del legislador, sin perjuicio de algunos límites a su configuración.** Aunque también es cierto que en ocasiones este Tribunal ha estimado contrarias a la Constitución ciertas regulaciones de actividades económicas (por ejemplo, la prohibición del uso del *people meter online*, en la **sentencia rol N° 2358**). Del mismo modo, el Tribunal en algunas circunstancias **ha considerado conformes a la Constitución regulaciones administrativas de intensidad no menor (pero no tan rigurosas como las de carácter penal) dada la importancia de la garantía a la libertad de expresión** (por ejemplo, el denominado *must-carry* en la **sentencia rol N° 2509**).

SÉPTIMO. Desde el punto de vista constitucional, lo que se plantea en el requerimiento y acoge este Tribunal es **que la respuesta jurídica consistente en sancionar con una pena privativa de libertad en un caso como el sometido a nuestro conocimiento resulta excesivo y, en definitiva, carente de racionalidad.** Y, debe aclararse, el defecto tiene su origen no en una actuación administrativa ni judicial, sino en la ley.

III. HISTORIA DEL PRECEPTO LEGAL IMPUGNADO

OCTAVO. El delito impugnado no es una norma original de la Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones, que, de hecho, sólo contemplaba como



delito "el que maliciosamente interfiera, intercepte o interrumpa un servicio de telecomunicaciones, sufrirá la pena de presidio menor en grado medio a máximo." (art. 31 original de la ley).

NOVENO. El delito del artículo 36 B actual fue introducido por la ley N° 19.091, de noviembre de 1991. El mensaje del Ejecutivo señala que: "El enorme desarrollo de la tecnología ha traído como consecuencia el surgimiento de las radioemisoras de muy baja potencia, que han proliferado al margen de la legalidad que rige las telecomunicaciones, ya que la ley N°18.168 fue concebida desde el punto de vista de concesionarios o permisionarios autorizados para usar el espectro radioeléctrico.

La autoridad se ha visto impedida de sancionar tal infracción y poner término a las radiotransmisiones ilegales, que han venido funcionando desde el año 1987, ya que la Subsecretaría de Telecomunicaciones no está facultada para solicitar a los Tribunales de Justicia la incautación de los equipos ni para recurrir a la fuerza pública que le permita ingresar a los lugares donde funciona."

DÉCIMO. La pena propuesta en el Mensaje era presidio menor en su grado mínimo (actualmente es mínimo a medio) y una multa de 5 a 50 UTM (actualmente es 5 a 300 UTM), dejando fuera a la televisión. En el Senado se agrega la expresión "telecomunicaciones" para dejar claro que también se sanciona penalmente la operación o transmisión de televisión sin autorización (Informe de la Comisión de Transportes y Telecomunicaciones del Senado, p. 5), además de aumentar la pena a presidio menor en cualquiera de sus grados.

Finalmente, en la Comisión Mixta se acuerda que la pena será como es actualmente, de presidio menor en su grado mínimo a medio, y multa de 5 a 300 UTM.

IV.- ACERCA DE LA DESPROPORCIÓN DE LA RESPUESTA LEGAL

UNDÉCIMO. Para preservar el adecuado funcionamiento del espectro radioeléctrico se utiliza un medio altamente gravoso, como es la pena de cárcel. Este instrumento constituye la más violenta de las respuestas que el derecho prevé. No en vano se alude al derecho penal como una opción de "ultima ratio".

Ante la ausencia de aprobación concesional, **la ley utiliza la vía penal como la primera y principal medida sancionatoria, y lo hace restringiendo severamente la posibilidad de distinguir situaciones muy disímiles.**

DUODÉCIMO. En este caso, por ejemplo, se está en presencia, primero, de una actividad de radial y no televisiva. La ley no distingue ambas situaciones y les da el mismo tratamiento.

La distinción entre el desarrollo de una actividad radial y una televisiva es pertinente, también, de cara lo resuelto con anterioridad por este Tribunal (STC Rol N° 2022) en una acción de inaplicabilidad por el mismo precepto y que fue



rechazada. Existen diferencias entre la citada sentencia y el caso de la gestión pendiente. Aquí estamos en presencia de la operación no autorizada de una radio, y no de un canal de televisión, como ocurría en la otra causa. Esto es relevante, dado que la Constitución se refiere expresamente a los requisitos para la operación de señales televisivas en el artículo 19, N° 12°. En cambio, la Carta Fundamental no entrega una regulación expresa para el ejercicio de la actividad radial, entregando su determinación al legislador.

En segundo lugar, no se trata de una operación de radiodifusión de cualquier envergadura, sino de una radio comunal, de alcance muy reducido (aproximadamente, 20 cuadras a la redonda) y cuyo potencial efecto dañoso respecto del legítimo concesionario es sumamente menor. Dicho concesionario opera a nivel regional.

DECIMOTERCERO. Hay que tener en consideración, además, que no se está ante conductas en que no exista discusión respecto de su reprochabilidad penal. La literatura se refiere a este tipo de comportamientos utilizando la expresión latina "*mala in se*". Este tipo de conductas, por lo recién anotado, se refleja en su sanción penal por la generalidad de las legislaciones a nivel global dada la intrínseca reprochabilidad de los mismos. Por el contrario, **conductas como la incurrida por el requirente no siempre son objeto de sanción penal.** Algunas legislaciones lo hacen, otras no. Se alude a este tipo de infracciones como "*mala prohibita*".

DECIMOCUARTO. Asimismo, y vinculado en parte con la consideración precedente, hay que tener presente que el medio utilizado por el legislador (sanción penal) no es en caso alguno indispensable para responder frente al desafío derivado de la falla de mercado que justifica el remedio. De hecho, la justificación expresada en el Mensaje antes citado en el considerando noveno coloca el énfasis en que "*la Subsecretaría de Telecomunicaciones no está facultada para solicitar a los Tribunales de Justicia la incautación de los equipos ni para recurrir a la fuerza pública que le permita ingresar a los lugares donde funciona*". Es del caso afirmar que no es necesario recurrir a una pena privativa de libertad para alcanzar tal finalidad.

Cabe recordar que la Subsecretaría tiene, actualmente, instrumentos distintos a la sanción penal para disuadir conductas como las realizadas por el requirente. Por ejemplo, el artículo 36 de la Ley General de Telecomunicaciones establece multas de hasta 1.000 UTM, que pueden aumentarse al triple en caso de reincidencia, en caso de "*infracciones a las normas de la ley, a sus reglamentos, planes técnicos fundamentales y normas técnicas*". En casos calificados - art. 36 bis - las multas pueden llegar a las 10.000 UTM.

DECIMOQUINTO. A mayor abundamiento, no es inocuo desde el punto de vista **constitucional** la consagración del artículo 19, N° 12°. **Se está en presencia de una actividad en ejercicio de la libertad para informar, así como para fundar y mantener medios de comunicación, el cual si bien no es absoluto, impone una exigencia mayor al legislador respecto del grado de severidad de la regulación.**



En efecto, el artículo 19, N° 12° tiene un sentido expansivo en cuanto al ejercicio de derechos. De hecho, consagra fundamentalmente libertades. Por ejemplo, el inciso primero les asegura a todas las personas "[l]a libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio". A su vez, el inciso cuarto establece que "[t]oda persona natural o jurídica tiene el derecho de fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos". Esta última disposición contempla un derecho que tiene una relación específica con el caso concreto. En efecto, si bien no menciona a las radios, parece razonable entender que, en alguna medida, dicho medio de comunicación goza de algún respaldo constitucional. Incluso más, hay pronunciamientos de este Tribunal en los cuales se admite que no contraría la igualdad ante la ley el establecimiento de cargas a emisoras de televisión en contraste con otros medios de comunicación como las radios. (Considerando 41°, Rol N° 2981-16). Lo anterior, como dijimos, tiene relevancia de cara a la tolerancia constitucional que ha de tenerse con regulaciones de alta intensidad de actividades económicas en general y de medios de comunicación en particular.

DECIMOSEXTO. Por lo expuesto anteriormente, consideramos que la aplicación al caso concreto de la norma legal que establece la sanción privativa de libertad bajo examen resulta desproporcionada, vulnerando, por ende, la racionalidad y justicia procedimental garantizada en el inciso sexto, numeral tercero, del artículo 19 de la Constitución.

POR TANTO, atendido lo manifestado previamente, y teniendo presente lo dispuesto en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimer, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

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

SE RESUELVE:

- I. QUE SE **ACOGE PARCIALMENTE** EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJAS 1, DECLARÁNDOSE INAPLICABLE EN EL PROCESO RIT N° 2630-2016, RUC 1501025375-3, SUSTANCIADO ANTE EL JUZGADO DE GARANTÍA DE SAN FERNANDO, LA FRASE "**PRESIDIO MENOR EN SUS GRADOS MÍNIMO A MEDIO,**", CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 36 B, LETRA A) DE LA LEY N° 18.168, GENERAL DE TELECOMUNICACIONES.



II. QUE SE DEJA SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE A TAL EFECTO.

DISIDENCIA

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores **Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino**, quienes estuvieron por **rechazar** el requerimiento, por las razones que a continuación exponen:

I. LA IMPUGNACIÓN

1°. Que en diciembre de 2015, el requirente fue sorprendido operando una radioemisora de 107.1 MHZ, en la ciudad de San Fernando, sin contar con la concesión correspondiente. La radio corresponde a una agrupación cultural llamada Aucán, cuyo presidente es el requirente.

A consecuencia de ello, se inició un juicio penal simplificado por haber incurrido en el delito tipificado en el artículo 36B, letra a), de la Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones, que constituye la norma requerida;

2°. Que la norma requerida sanciona dos conductas. Por una parte, al que opere o explote servicios o instalaciones de telecomunicaciones de libre recepción o de radiodifusión sin la autorización de la autoridad correspondiente. Por la otra, sanciona al que permita que en su domicilio, residencia, morada o medio de transporte operen tales servicios o instalaciones.

El delito es de acción pública y la pena es de presidio menor en su grado mínimo a medio, de multa y de comiso de los equipos e instalaciones.

El requirente sostiene que la norma vulnera, en primer lugar, el artículo 19 N° 2, porque contempla un delito con una pena excesiva comparada con la ocupación de otros bienes nacionales de uso público. En segundo lugar, sostiene que se vulnera el 19 N° 3, porque se trata de una sanción desproporcionada. La pena de cárcel no es el medio menos gravoso para reprochar la conducta. Finalmente, sostiene que se vulnera la libertad de expresión, por el presidio que conlleva;

II. PRECEDENTE: STC 2022/2012

3°. Que en marzo de 2012, esta Magistratura tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el artículo 36 B, letra a), de la Ley N° 18.168. **El requerimiento de inaplicabilidad fue rechazado. Esa vez se perseguía a un operador de un canal UHF de servicios comunitarios en Graneros.**



El Tribunal rechazó los cuestionamientos que apuntaban a la desigualdad ante la ley, la proporcionalidad y la libertad de información.

Respecto del primer cuestionamiento, el Tribunal lo rechazó, porque consideró que era perfectamente legítimo que el legislador exigiera que los concesionarios fueran personas jurídicas. El Tribunal sostuvo que no era la única actividad económica en que dicha exigencia la imponía el legislador. Esta se justificaba, porque con ello se aseguraba la prestación permanente del servicio. Además, la personalidad jurídica no era un obstáculo real para el funcionamiento de un canal de televisión comunitaria.

En segundo lugar, rechazó el cuestionamiento de la desproporcionalidad, porque consideró que estaba dentro de la política criminal establecer determinados delitos y definir las penas asociadas a estos. El Tribunal no puede reemplazar el juicio del Congreso respecto de la necesidad de las penas impuestas a determinados delitos. Asimismo, consideró que lo que se estaba protegiendo con el delito era de suficiente envergadura: el uso del espectro radioeléctrico.

Finalmente, rechazó el cuestionamiento a que el delito vulnerara la libertad de expresión. Sostuvo que cualquier persona, que cumpliera con los requisitos de la ley, podía concursar para obtener su concesión. Dicha regulación no puede ser considerada una forma ilegítima de restringir la libertad de expresión;

III. ANTECEDENTES

4°. Que para una adecuada decisión, debo entregar dos antecedentes vinculados a las concesiones de radiodifusión sonora.

En primer lugar, es necesario explicitar el marco general para el otorgamiento de estas concesiones que regula la Ley de Telecomunicaciones. Esta establece los siguientes elementos básicos.

Desde luego, el espectro radioeléctrico es un bien nacional de uso público. En consecuencia, ninguna persona puede atribuirse o pretender su dominio; las concesiones que se otorguen respecto de él son temporales; y sus titulares deben pagar por su uso (artículo 2°, Ley N° 18.168);

Enseguida, dado el carácter de bien nacional de uso público del espectro radioeléctrico, para el uso privativo es necesario un acto favorable de la administración. Tratándose de la radiodifusión sonora, es necesario la obtención de una concesión, otorgada por decreto (artículo 8°, Ley N° 18.168);

A continuación, todos los habitantes tienen libre e igualitario acceso a las telecomunicaciones y cualquier persona puede optar a las concesiones y permisos en la forma y condiciones que la ley establece (artículo 2°). Por su parte, el artículo 13 de la Ley N° 18.168, establece que las concesiones de servicios de telecomunicaciones de libre recepción o de radiodifusión, se otorgan por concurso



público (artículo 13). Para tal efecto, los postulantes deben presentar al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones ciertos antecedentes (artículo 13 a));

Asimismo, las concesiones de radiodifusión sonora se otorgan a personas jurídicas, no a personas naturales (artículo 8º, Ley Nº 18.168);

Del mismo modo, las concesiones se otorgan sin monopolio dentro del área geográfica en que se otorguen. Por lo mismo, puede haber más de una concesión en dicho territorio (artículo 12, Ley Nº 18.168);

5º. Que el otro antecedente relevante es la regulación de los servicios de radiodifusión comunitaria ciudadana, contenida en la Ley Nº 20.433, del año 2010.

Antes de esta regulación, existía una contenida en la Ley Nº 18.168. Se les denominaba radiodifusión de mínima cobertura. Estas radios operaban en la banda de 88 a 108MHZ, sin que su potencia radiada pudiera exceder de 1W como máximo. Su cobertura no debía sobrepasar los límites territoriales de la comuna. Dicha potencia radiada podía ampliarse a 20W en localidades fronterizas o apartadas y con población dispersa. Estas radios debían obtener una concesión de radiodifusión previo concurso público.

La Ley Nº 20.433 vino a reemplazar dicha regulación, creando los Servicios Comunitarios y Ciudadanos de Radiodifusión de Libre Recepción.

Para obtener este tipo de concesiones es necesario que éstas tengan como zona de servicio una comuna o agrupación de comunas (artículo 1º, Ley Nº 20.433). Enseguida, tienen que operar en un segmento especial del espectro radioeléctrico en la banda de frecuencia modulada (artículo 3º). También, los servicios deben estar conformados por una estación de radiodifusión, cuya potencia radiada mínima sea de 1W y máxima de 25, con ciertas excepciones (artículo 4º). Del mismo modo, los interesados deben postular a un concurso público para obtener la concesión (artículo 7º). Finalmente, los titulares de estas concesiones sólo pueden ser personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro (artículo 9º).

Las características principales de estas concesiones es que duran 10 años, con derecho preferente para su renovación (artículo 10); no se pueden transferir, ceder o arrendar, ni otorgar su derecho de uso (artículo 12); son concesiones caducables (artículo 16); las rentas, utilidades, beneficios o excedentes que generen, pertenecen a la entidad concesionaria y no pueden ser distribuidas a sus afiliados (artículo 13); finalmente, pueden difundir comerciales o servicios, sin que puedan emitir propaganda electoral o política (artículo 13).

Finalmente, la regulación establece que la Subsecretaría de Telecomunicaciones debe garantizar dos cosas. Por una parte, el acceso equitativo a las concesiones de todos los sectores sociales. Por la otra, debe garantizar la optimización del uso del espectro radioeléctrico que se hubiere asignado a estos servicios comunitarios (artículo 2º);





IV. LOS CRITERIOS INTERPRETATIVOS

6°. Que antes de pronunciarnos sobre el fondo del asunto, queremos señalar algunos criterios interpretativos que nos han de guiar. **En primer lugar, es el legislador el que establece los delitos y sus penas (artículo 19 N° 3).** Son los representantes del pueblo los llamados a juzgar qué conductas pueden ser reprimidas por el sistema penal. En ello influyen distintas variables, muchas de ellas de mérito, en que el Congreso Nacional, mejor que un tribunal, se encuentra en condiciones de apreciar y ponderar;

7°. Que, en segundo lugar, los bienes nacionales de uso público implican una titularidad colectiva. Por lo mismo, hay un uso común y general.

Sin embargo, el uso eficaz y único posible, requiere que la autoridad asigne el uso exclusivo de este a través de concesiones y permisos. Mediante estos actos, la autoridad entrega el uso exclusivo, por un tiempo determinado, de una porción de ese bien.

La protección de ese bien escaso y que presta un fin de utilidad social, como sucede con las radios, debe ser particularmente exigente, por la existencia de dicho uso exclusivo, de la presencia de otros operadores, y de la igualdad ante la ley que debe existir ante un bien escaso.

Por lo mismo, el legislador puede ser severo en castigar el uso de un bien nacional de uso público sin los títulos habilitantes correspondientes. En ello, se juega la garantía de que siga siendo un bien colectivo;

V. NO SE VULNERA LA IGUALDAD ANTE LA LEY

8°. Que no considero que se vulnere la igualdad ante la ley. En primer lugar, tanto la regulación general de las concesiones para radiodifusión (Ley N° 18.168), como las especiales para los servicios de radiodifusión comunitarios ciudadanos (Ley N° 20.433), facilitan y no entorpecen el acceso a dichas concesiones.

Desde luego, hay concurso público, en que todas las personas que cumplan los requisitos puedan participar. No hay exclusión de nadie a priori.

Enseguida, la existencia de este procedimiento competitivo de asignación, garantiza la igualdad en el acceso a un bien escaso, como es el uso del espectro radioeléctrico;

9°. Que, en segundo lugar, no se vulnera la exigencia de personalidad jurídica, porque esa es la regla general en materia de concesiones de radios; y también es la exigencia general a todos aquellos que quieran obtener un servicio de radiodifusión comunitaria ciudadana.

Además, cabe considerar que la exigencia de tener una personalidad jurídica no es un obstáculo que constituya una verdadera prohibición. Con la entrada en



vigencia de la Ley N° 20.500, la obtención de la personalidad jurídica se ha facilitado enormemente.

Del mismo modo, la exigencia de personalidad jurídica no es algo que exista sólo en esta área de actividades. Existen otras, que sería largo enumerar, donde ello ocurre. Por ejemplo, los sostenedores en materia educacional.

También hay una razón de permanencia, transparencia y estabilidad en esta exigencia;

VI. NO SE AFECTA LA PROPORCIONALIDAD

10°. Que tampoco considero que se vulnere la proporcionalidad al establecerse un delito por operar radios sin concesión de la autoridad.

En primer lugar, el espectro radioeléctrico es un bien escaso. También, es un bien nacional de uso público, en el que nadie puede operar sin un acto de autoridad. La concesión implica un uso privativo de un bien de esta naturaleza.

En segundo lugar, sobre ese bien, hay otros operadores, que pueden ser otras radios comunitarias. Evitar las interferencias implica un acto de autoridad que es previo, que asigne las franjas de uso exclusivo. Esa es la única manera de lograr el uso correcto de dicho espacio.

En tercer lugar, corresponde al legislador definir la política criminal. Por lo mismo, determinar en qué casos puede haber un delito para reprimir determinadas conductas y en qué casos, no. El delito no tiene una pena abusiva, irracional, fuera de todo parámetro, inconsistente con el resto del ordenamiento, absurda, que constriña gravemente libertades. De hecho, el requirente está siendo objeto de un juicio simplificado, que como sabemos, procede respecto de delitos con penas no altas.

Finalmente, cabe señalar que el legislador pudiera haber establecido otros tipos de sanciones, en vez del presidio, la multa y el comiso. Sin embargo, esa es una decisión que escapa a las atribuciones de esta Magistratura, porque implica considerar variables no jurídicas, sino que esencialmente de mérito;

VII. NO SE AFECTA LA LIBERTAD DE OPINIÓN

11°. Que, finalmente, tampoco considero que se vulnere la libertad de opinión y de información con este tipo penal.

En primer lugar, porque la restricción no impide obtener una autorización para poder operar una radio si se siguen los procedimientos definidos por la ley. No hay una barrera de entrada imposible de remover. Los interesados pueden participar en los concursos.



En segundo lugar, como ya señalé, el acceso a la concesión se hace previo concurso. Ello garantiza un acceso igualitario. No hay exclusión arbitraria de oferentes ni de contenidos que puedan ser difundidos por una radio comunitaria.

En tercer lugar, el propio artículo 19 N° 12 de la Constitución no excluye la regulación legal. Lo hace a propósito de la televisión; de la facultad para fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos, pues ello debe hacerse en "las condiciones que señale la ley".

En cuarto lugar, tampoco se produce un monopolio estatal sobre las radios como medios de comunicación social, sino que es el que opere sin concesión el sancionado, sin por eso generarse ningún privilegio estatal. Cualquiera que participe en los concursos, puede tener la legitimidad para difundir los contenidos que estime pertinentes.

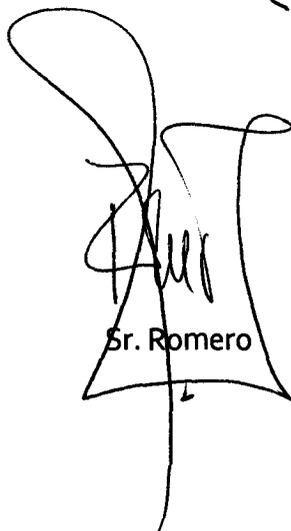
En quinto lugar, la norma no prohíbe operar o explotar radios. Lo que sanciona es operar o explotar radios sin autorización.

Finalmente, cabe señalar que el delito no tiene que ver con la información u opinión que pueda difundirse a través de las radios. El procedimiento que regula la concesión es para obtener este título habilitante. Pero no se establece ningún tipo de censura previa. La radiodifusión no puede estar desregulada, producto del uso simultáneo que pueden hacer de esta o del espectro radioeléctrico distintos operadores, y dada su escasez relativa;

Redactó la sentencia el Ministro señor Juan José Romero Guzmán y la disidencia, el Ministro señor Carlos Carmona Santander.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 3247-16-INA.



Sr. Romero



Sr. García



Sr. Hernández



M. Letelier
Sra. Brahm

Letelier
Sr. Letelier

Vásquez
Sr. Vásquez

Pozo
Sr. Pozo



Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por sus Ministros señora Marisol Peña Torres, señores Carlos Carmona Santander, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza y Juan José Romero Guzmán, señora María Luisa Brahm Barril y señores Nelson Pozo Silva y José Ignacio Vásquez Márquez.

Se certifica que los Ministros señora Marisol Peña Torres y señor Carlos Carmona Santander concurren al acuerdo y fallo, pero no firman por haber cesado en el ejercicio de sus cargos.

Autoriza la Secretaria (s) del Tribunal Constitucional, señora Mónica Sánchez Abarca.

Sánchez Abarca