

# ¿CUÁNTO ES “SUFICIENTE”? SEPARACIÓN DE FUNCIONES, PROPORCIONALIDAD Y CRITERIOS DE GRADUACIÓN DE SANCIONES ADMINISTRATIVAS A PROPÓSITO DE LA POTESTAD SANCIONADORA DEL CONSEJO NACIONAL DE TELEVISIÓN STC ROL N° 9167-20-INA

IGNACIO ORELLANA GARCÍA<sup>1</sup>

**RESUMEN:** El presente comentario analiza críticamente la sentencia de 1° de abril de 2021 mediante la cual el Tribunal Constitucional volvió a declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 33 N° 2 de la Ley N° 18.838 de 1989 –que establece la facultad del Consejo Nacional de Televisión de imponer multas– en atención a la insuficiencia de los criterios de graduación de multas consagrados en dicha norma. A partir de este análisis, se argumenta que el problema de la adecuada predeterminación normativa de sanciones administrativas supone un ejercicio de ponderación de distintos valores, principios y derechos constitucionales en tensión, que puede resolverse de forma jurídicamente más consistente reivindicando el rol del principio de proporcionalidad como estándar de razonabilidad en un contexto de separación de funciones estatales en materia sancionatoria. En este sentido, se proponen distintos criterios o parámetros para evaluar la suficiencia de la determinación legal de sanciones administrativas.

**PALABRAS CLAVE:** Sanciones administrativas, principio de proporcionalidad, principio de legalidad, separación de funciones.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Síntesis de la sentencia comentada. 2.1. Contexto fáctico y conflicto sometido al conocimiento del Tribunal. 2.2. La decisión de la mayoría. 2.3. La disidencia. 3. Análisis crítico. 3.1. La sentencia comentada como un ejercicio de ponderación de valores constitucionales. 3.2. El principio de separación de funciones en la actividad sancionatoria administrativa. 3.3. Parámetros

<sup>1</sup> Abogado. Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. LL.M., Harvard Law School.

de razonabilidad para la determinación legal de sanciones administrativas. 3.4. Aplicación a la sentencia comentada. 4. Conclusiones. Bibliografía.

## 1.INTRODUCCIÓN

Por sentencia de 1° de abril de 2021, el Tribunal Constitucional<sup>2</sup> se pronunció nuevamente sobre el nivel de densidad normativa exigido al legislador al momento de determinar sanciones administrativas, declarando, en una votación dividida, la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la norma que concede al Consejo Nacional de Televisión (en adelante el “CNTV”) la potestad para imponer sanciones de multa. Como en otras decisiones similares, la discusión se centró en si, en cumplimiento del estándar exigido por el principio de proporcionalidad, la norma establecía suficientes criterios objetivos y obligatorios de graduación que guiaran a la administración o a los tribunales, en su caso, en la determinación del *quantum* de la multa a aplicar en el caso concreto.

Aunque tanto la mayoría como la disidencia concuerdan en que las normas legales que entregan a la administración potestades sancionatorias sin establecer criterio de graduación alguno son inconstitucionales, difieren al momento de determinar el nivel ‘adecuado’ o ‘suficiente’ de precisión con el que el legislador debe describirlos. Sorprendentemente, tanto la mayoría como la disidencia defienden conclusiones opuestas sobre la base del principio de proporcionalidad. Esta situación es indeseable no solo en cuanto genera incertidumbre respecto del nivel de densidad legal que exige la actual Constitución Política en materia de determinación de sanciones administrativas, sino también porque introduce confusión en cuanto al rol que debiera cumplir el principio de proporcionalidad en este ámbito.

El presente comentario busca aclarar estas materias y, a partir de un análisis crítico de la sentencia comentada, avanzar hacia la definición de criterios que contribuyan a evaluar hasta qué punto un determinado nivel de predeterminación normativa de sanciones administrativas resulta ‘adecuado’ o ‘suficiente’ en atención a las

---

<sup>2</sup> “Tú Ves S.A.” Requerimiento De Inaplicabilidad Respecto Del Artículo 33, N° 2, De La Ley N° 18.838, Que Crea El Consejo Nacional De Televisión, sentencia de 1 de abril de 2021, causa Rol N° 9167-20-INA del Tribunal Constitucional.

exigencias de la actual Constitución Política. Como se explicará con mayor detalle a continuación, ello supone reconocer que el conflicto del que se ocupa la sentencia comentada es el resultado de una tensión inherente a nuestro sistema constitucional informado por distintos valores, principios y derechos contrapuestos. Resolver esta tensión exige reconsiderar el principio de proporcionalidad como estándar de razonabilidad aplicable al legislador a la luz del ámbito de competencia que corresponde a la función legislativa en la actividad sancionatoria del Estado.

## 2. SÍNTESIS DE LA SENTENCIA COMENTADA

### 2.1. Contexto fáctico y conflicto sometido al conocimiento del tribunal

Tú Ves S.A. (“TúVes”) es una permisionaria de servicios limitados de televisión de pago, dedicada principalmente a la distribución de distintos canales de televisión previa obtención de una licencia para transmitir sus señales. Como tal, se encuentra sujeta a la fiscalización del CNTV en lo que respecta, entre otras obligaciones, al cumplimiento del principio de correcto funcionamiento de los servicios de televisión<sup>3</sup>. En lo que aquí interesa, el referido principio exige “el permanente respeto, a través de su programación, de [...] la formación espiritual e intelectual de la niñez y la juventud”<sup>4</sup>. Concretando este principio, el artículo 5° de las Normas Generales sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión<sup>5</sup> prohíbe la exhibición, dentro del horario de protección<sup>6</sup>, de películas que el Consejo de Calificación Cinematográfica califique como para mayores de 18 años.

En este contexto, el CNTV impuso a “TúVes” una multa ascendente a 50 unidades tributarias mensuales (en adelante “UTM”)

<sup>3</sup> Artículo 15, en relación con el artículo 1°, de la Ley N° 18.838 de 1989.

<sup>4</sup> Artículo 1°, inciso 4°, de la Ley N° 18.838 de 1989.

<sup>5</sup> Dictadas por el Consejo Nacional de Televisión mediante acuerdo adoptado en la Sesión de 28 de marzo de 2016 y publicadas en el Diario Oficial el 21 de abril de 2016.

<sup>6</sup> Definido en la letra e) del artículo 1° del Normas Generales sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión como “aquel dentro del cual no podrán ser exhibidos contenidos no aptos para menores de 18 años que puedan afectar la formación espiritual e intelectual de la niñez y la juventud”. El artículo 2°, inciso 1°, de las referidas Normas Generales “establece como horario de protección de los niños y niñas menores de 18 años, el que media entre las 06:00 y las 22:00 horas”.

por haber infringido las referidas disposiciones al exhibir, a través de la señal “Edge - Canal 234”, la película Amores Perros dentro del horario de protección. “TúVes” reclamó<sup>7</sup> contra dicha sanción ante la Corte de Apelaciones de Santiago<sup>8</sup> y, encontrándose pendiente dicha gestión judicial, dedujo requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad impugnando el artículo 33, N° 2, de la Ley N° 18.838 de 1989, que establece la facultad sancionadora del CNTV.

Estas acciones forman parte de un conjunto de reclamos de ilegalidad y requerimientos de inaplicabilidad deducidas por “TúVes” y por otros operadores de televisión pagada y estaciones de televisión abierta con ocasión de distintas multas impuestas por el CNTV por infracción al correcto funcionamiento de los servicios de televisión<sup>9</sup>. Un elemento común de estos casos es que, para las sanciona-

---

<sup>7</sup> Aunque el artículo 34 de la Ley N° 18.838 de 1989 indica que las resoluciones sancionatorias del CNTV son ‘apelables’, lo que en realidad establece es una acción o reclamo de ilegalidad. Así lo ha resuelto reiteradamente la Corte Suprema respecto del artículo 36 A de la Ley N° 18.168 General de Telecomunicaciones de 1982, que establece una norma análoga. Ver, a modo ejemplar, *Entel PCS Telecomunicaciones S.A con Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones* (2022), considerando 4°.

<sup>8</sup> *Tú Ves S.A con Consejo Nacional de Televisión* (reclamación de ilegalidad de resolución sancionatoria), tramitado ante la Corte de Apelaciones de Santiago bajo el Rol Contencioso Administrativo-629-2019.

<sup>9</sup> Ver, a modo ejemplar, *Tú Ves S.A con Consejo Nacional de Televisión* (reclamación de ilegalidad de resolución sancionatoria), tramitado ante la Corte de Apelaciones de Santiago bajo el Rol Contencioso Administrativo-479-2019; *Tú Ves S.A con Consejo Nacional de Televisión* (reclamación de ilegalidad de resolución sancionatoria), tramitado ante la Corte de Apelaciones de Santiago bajo el Rol Contencioso Administrativo-565-2019; *Tú Ves S.A con Consejo Nacional de Televisión* (reclamación de ilegalidad de resolución sancionatoria), tramitado ante la Corte de Apelaciones de Santiago bajo el Rol Contencioso Administrativo-338-2020; *Canal 13 S.A. con Consejo Nacional de Televisión* (reclamación de ilegalidad de resolución sancionatoria), tramitado ante la Corte de Apelaciones de Santiago bajo el Rol Contencioso Administrativo-705-2020; *Canal 13 S.A. con Consejo Nacional de Televisión* (reclamación de ilegalidad de resolución sancionatoria), tramitado ante la Corte de Apelaciones de Santiago bajo el Rol Contencioso Administrativo-730-2020; *Canal 13 S.A. con Consejo Nacional de Televisión* (reclamación de ilegalidad de resolución sancionatoria), tramitado ante la Corte de Apelaciones de Santiago bajo el Rol Contencioso Administrativo-731-2020; *Tú Ves S.A con Consejo Nacional de Televisión* (reclamación de ilegalidad de resolución sancionatoria), tramitado ante la Corte de Apelaciones de Santiago bajo el Rol Contencioso Administrativo-760-2020; *DirecTV Chile Televisión Limitada con Consejo Nacional de Televisión* (reclamación de ilegalidad de resolución sancionatoria), tramitado ante la Corte de Apelaciones de Santiago bajo el Rol Contencioso Administrativo-12-2021; *Tú Ves S.A con Consejo Nacional de Televisión* (reclamación de ilegalidad de resolución sancionatoria), tramitado ante la Corte de Apelaciones de Santiago bajo el Rol

das, al momento de determinar el monto de la multa a imponer, el CNTV estaría obviando circunstancias relevantes de sus casos particulares tales como sus niveles de audiencia o suscripción; sus resultados o capacidad económica; o el hecho de que, a diferencia de las estaciones de televisión abierta, los operadores de televisión de pago no tendrían forma de controlar la programación de las señales que transmiten. A su juicio, ello sería indiciario de que el artículo 33 de la Ley N° 18.838 entrega al CNTV un ámbito de discrecionalidad excesivamente amplio, que se traduciría en la imposición de sanciones desproporcionadas y arbitrarias. En este sentido, las referidas acciones se construyen sobre la base de una asentada línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional que desde hace varios años exige al legislador, en cumplimiento del principio de proporcionalidad, limitar la discrecionalidad de la administración en el ejercicio de potestades sancionatorias preestableciendo criterios objetivos de graduación, vinculantes al momento de determinar la sanción concreta a imponer<sup>10</sup>.

En concreto, el artículo 33, N° 2, de la Ley N° 18.838 de 1989 autoriza al CNTV para aplicar, “según la gravedad de la infracción” una “multa no inferior a 20 ni superior a 200 [UTM], en caso de

---

Contencioso Administrativo-24-2021; *Tú Ves S.A con Consejo Nacional de Televisión* (reclamación de ilegalidad de resolución sancionatoria), tramitado ante la Corte de Apelaciones de Santiago bajo el Rol Contencioso Administrativo-95-2021; *Tú Ves S.A con Consejo Nacional de Televisión* (reclamación de ilegalidad de resolución sancionatoria), tramitado ante la Corte de Apelaciones de Santiago bajo el Rol Contencioso Administrativo-96-2021; y *Canal 13 S.A. con Consejo Nacional de Televisión* (reclamación de ilegalidad de resolución sancionatoria), tramitado ante la Corte de Apelaciones de Santiago bajo el Rol Contencioso Administrativo-155-2021. Ver, también, los procesos tramitados ante el Tribunal Constitucional bajo los Roles 8018-19-INA, 8196-20-INA, 9166-20-INA, 9167-20-INA, 10243-21-INA, 10387-2021-INA, 10436-21-INA, 10510-21-INA, 10523-21-INA, 10661-21-INA, 10733-21-INA, 10760-21-INA, y 11110-21-INA.

<sup>10</sup> Ver, a modo ejemplar, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Constructora y Administradora Uno S.A. respecto del artículo 20 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, en los autos infraccionales, Rol N° 3228-2013 del Tercer Juzgado de Policía Local de Maipú, de que conoce actualmente la Corte de Apelaciones de Santiago, por recurso de apelación, bajo el Rol N° 2090-2013* (2015), considerando 19°; *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Roberto Guzmán Lyon respecto del artículo 29 del Decreto Ley N° 3.538, de 1980, que crea la Superintendencia de Valores y Seguros, en los autos sobre juicio sumario de reclamación de multa, caratulados “Guzmán Lyon, Roberto con Superintendencia de Valores y Seguros”, de que conoce el 16° Juzgado Civil de Santiago, bajo el Rol C-21.305-2014* (2016), considerando 45° a 49°.

tratarse de [...] permisionarios de servicios limitados de televisión regionales, locales, o locales de carácter comunitario”; incrementando el límite máximo a 1000 UTM en caso de tratarse de permisionarios de servicios limitados de televisión de carácter nacional; y hasta el doble del máximo que corresponda, en caso de reincidencia. “TúVes” alegó que el referido precepto transgrediría los principios de proscripción de la arbitrariedad y de proporcionalidad reconocidos en los números 2°, 3° inciso sexto y 26 de la Constitución Política, pues no definiría criterios o parámetros objetivos y uniformes que impidan al CNTV aplicar sanciones excesivamente gravosas, como la impugnada ante la Corte de Apelaciones de Santiago. En este sentido, el precepto impugnado contrastaría con otros sistemas regulatorios que clasifican legalmente las respectivas infracciones en base a su gravedad y establecen diversos criterios objetivos y vinculantes para ajustar la sanción a imponer a las características particulares del caso concreto, como el daño causado, la capacidad económica del infractor, la intencionalidad o la ganancia obtenida. Sería precisamente la ausencia de estos criterios lo que permitió al CNTV imponer a “TúVes” una sanción excesiva, desligada de su situación particular.

De esta forma, y sin perjuicio de otras interesantes materias que el tribunal tuvo oportunidad de abordar<sup>11</sup>, el principal problema jurídico sometido a su conocimiento consistió en determinar si el artículo 33, N° 2, de la Ley N° 18.838 cumple o no con el estándar de densidad normativa exigido por la Constitución Política respecto de preceptos legales que confieren a la administración potestades san-

---

<sup>11</sup> Otro interesante problema jurídico discutido en la sentencia comentada dice relación con la posibilidad de que una norma considerada inconstitucional *en abstracto* pueda ser aplicada de forma que respete la Constitución en el caso concreto; y, en definitiva, con la viabilidad de que, mediante una declaración de inaplicabilidad basada en el carácter inconstitucional en abstracto del precepto impugnado, el Tribunal Constitucional impida la imposición de una sanción administrativa aun en caso que se acredite que el requirente incurrió en la infracción que se le imputa. *Ver*, a modo ejemplar, los considerandos 29° a 35° de la decisión de la mayoría y 31° a 33° de la disidencia. En lo que sigue, para este comentario se asumirá que la inconstitucionalidad en abstracto de un precepto necesariamente conllevaría su inconstitucionalidad en concreto. Por otra parte, el ministro Pica reparó en la particular relevancia de la actividad fiscalizadora del CNTV para la libertad de expresión y como el ejercicio arbitrario de su potestad sancionadora podría devenir en un mecanismo de censura a la libertad de difusión de las artes, especialmente en un caso como el comentado en el que la requirente carecía de control sobre la programación de los canales que transmite. *Ver* considerandos 3° a 9° del ministro Pica.

cionatorias. ¿Hasta qué punto y cómo debe el legislador predefinir la sanción a aplicar a quien incurra en determinadas infracciones?

## 2.2. La decisión de la mayoría<sup>12</sup>

Para una contundente mayoría compuesta por la ministra María Luisa Brahm Barril y los ministros Iván Aróstica Maldonado, Cristián Letelier Aguilar, Nelson Pozo Silva, José Ignacio Vásquez Márquez, Miguel Ángel Fernández González y Rodrigo Pica Flores, el N° 2 del artículo 33 de la Ley N° 18.838 de 1989 no cumple con el estándar de densidad normativa exigido por la Constitución Política.

Luego de repasar el contexto histórico del artículo 19, N° 12, de la Constitución Política que reconoció al CNTV como un órgano autónomo, y de la regulación legal que le confirió potestades sancionatorias<sup>13</sup>, la mayoría reafirma la aplicación del principio de proporcionalidad en materia administrativa sancionatoria en cuanto principio inspirador del *ius puniendi* estatal y exigencia del derecho a la igualdad ante la ley y del derecho a un procedimiento racional

<sup>12</sup> Es importante constatar que, en un fallo reciente, el Tribunal Constitucional rechazó un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que impugnaba el artículo 33, N° 2 de la Ley 18.838 de 1989 por primera vez luego de más de diez casos en que había acogido invariablemente este tipo de requerimientos. *Ver Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Canal 13 SpA respecto del artículo 33, N° 2, de la Ley N° 18.838, que crea el Consejo Nacional de Televisión, en el proceso Rol N° 155-2021 (Contencioso-Administrativo), sobre recurso de apelación, seguido ante la Corte de Apelaciones de Santiago* (2022). En este caso, los ministros Letelier, Pozo y Pica, que compartieron el voto de mayoría en la sentencia comentada, votaron a favor de rechazar el requerimiento, convirtiendo la disidencia de la sentencia comentada en la mayoría de este pronunciamiento más reciente. Con todo, su decisión de rechazar este requerimiento se justificaría en las particularidades del caso concreto, incluyendo, entre otras razones, el control de la requirente sobre su programación. En este sentido, las razones que esgrimieron los referidos ministros más bien parecen fundarse en los problemas jurídicos descritos *supra* nota al pie N° 10, y no en aquel que pretende analizar este comentario. *Ver* prevención del ministro Letelier, considerandos 9 a 16 (reconociendo que “no es posible soslayar que la indagación en abstracto de la norma jurídica objetada advierte falencias al carecer ella de parámetros que restrinjan las atribuciones que la institución requerida tiene en la aplicación de multas, situación que corresponde subsanar al legislador”, pero que “caso concreto, no se advierte en esta oportunidad la existencia de una desproporcionalidad entre la multa impuesta en relación con la conducta que origina la sanción administrative”); prevención del ministro Pozo, considerando 16°; y prevención del ministro Pica, considerandos 25° y 29°.

<sup>13</sup> Considerandos 3° a 12° de la sentencia comentada.

y justo que persigue una “relación de equilibrio entre el castigo impuesto y la conducta imputada” (considerando 16°)<sup>14</sup>.

En este sentido, el principio de proporcionalidad operaría en dos ámbitos: *primero*, “como un límite que se impone al *legislador* al momento de tipificar conductas punibles, determinar su sanción y establecer la autoridad que debe aplicarla” (considerando 18°) y *segundo*, “como un límite al acotado margen de discrecionalidad que debe tener la *autoridad administrativa* al momento de determinar la sanción aplicable por la comisión de un ilícito administrativo” (*ibid.*). En relación con el primer ámbito, si bien sería posible “dejar márgenes más o menos flexibles a la discrecionalidad judicial, en función de las características del caso concreto, le está vedado al legislador –so riesgo de vulnerar el principio de proporcionalidad en el sentido de delimitación de la potestad sancionadora– prescindir de todo criterio para la graduación o determinación del marco de la sanción a aplicar, sea en términos absolutos o de manera excesivamente amplia” (considerando 17°)<sup>15</sup>. En consecuencia, “para el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa, los órganos dotados de *ius puniendi* deben sujetarse a ciertos límites impuestos objetivamente por el legislador para efectos de ponderación de la sanción” (*ibid.*).

En relación con estos criterios, la mayoría hace referencia a una decisión anterior del tribunal conforme a la cual, “la gravedad de la infracción” constituye un criterio “vacio e insuficiente” que “no garantiza realmente que el operador encargado de aplicar la misma, vaya a ajustar o calibrar la sanción” la que, en consecuencia “queda entregada enteramente a la apreciación discrecional de este último” (considerando 19°)<sup>16</sup>.

En este contexto, para el voto de mayoría el artículo 33 N° 2 de la Ley N° 18.838 adolece de falta de densidad normativa, resultando:

<sup>14</sup> Ver considerandos 14° a 16° de la sentencia comentada.

<sup>15</sup> Esta es una consideración recurrente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional relativa al adecuado nivel de predeterminación normativa en materia sancionatoria. Aunque la sentencia comentada hace referencia al considerando 13° de la sentencia dictada en la causa Rol 2678-14-INA, en realidad está citando el considerando 13° de la sentencia dictada en la causa Rol 2648-14-INA.

<sup>16</sup> Los ministros Pozo y Pica, sin embargo, no compartieron esta consideración. Así lo consignaron en sus respectivas prevenciones.

“en su aplicación contrario a los numerales 2° y 3° del artículo 19 de la Constitución, pues no garantiza realmente que el Consejo Nacional de Televisión o el Juez del Fondo, en su caso, puedan ajustar o calibrar la sanción, con sujeción al principio de legalidad, quedando entregada la determinación precisa de la multa, en cada caso concreto, a la sola apreciación discrecional de quien la impone y ello no por defecto o error en la apreciación de dicho Consejo, sino porque el precepto legal contenido en el artículo 33 N° 2 de la Ley N° 18.838 adolece de criterios, márgenes o parámetros que son constitucionalmente exigidos para que resulte, en su aplicación, respetuoso de la Carta Fundamental” (considerando 25°).

Para concluir lo anterior, los ministros que suscriben este voto tuvieron en especial consideración tres características del precepto impugnado<sup>17</sup>. *Primero*, que conforme al inciso primero del artículo 33 de la Ley N° 18.838 en el que dicho precepto se inserta, la gravedad de la infracción estaría contemplada como criterio para determinar cuál, de todas las sanciones establecidas en dicha disposición, correspondía aplicar<sup>18</sup>; *segundo*, que los montos mínimos y máximos establecidos en el precepto serían demasiado amplios; y *tercero* que la referencia al alcance territorial de las transmisiones “sólo se reduce[ ] a regular –con igual laxitud– hipótesis distintas para su aplicación insuficientemente determinada” (considerando 26°). Adicionalmente, la mayoría estimó que, si bien los esfuerzos del CNTV por racionalizar el uso de su discrecionalidad mediante guías internas para la determinación de la cuantía de las multas que imponga, son valorables, ello “no puede, conforme a la exigencia constitucional de legalidad, sustituir la necesaria prescripción legislativa que es la primera autoridad convocada a delimitar aquella potestad sancionadora” (considerando 28°)<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Considerando 26° de la sentencia comentada.

<sup>18</sup> Aunque no se indica expresamente, el razonamiento implícito en el voto de mayoría parece ser que el referido artículo 33 *solo* exigiría considerar la gravedad de la infracción para determinar el tipo de sanción a imponer, pero *no* para graduarla. Por ejemplo, el CNTV debería necesariamente considerar la gravedad de la infracción al momento de definir entre aplicar una sanción de amonestación o una sanción de multa, pero podría legítimamente prescindir de esta consideración al momento de determinar el monto preciso a aplicar de optarse por esta última.

<sup>19</sup> Ver considerandos 27° y 28° de la sentencia comentada.

El voto de mayoría concluye explicando que el hecho de que la declaración de inaplicabilidad necesariamente conduzca a la revocación de la sanción impuesta a un presunto infractor no es razón suficiente para omitir dicho pronunciamiento<sup>20</sup> y que, en definitiva, corresponde al legislador modificar el precepto impugnado para evitar este tipo de situaciones<sup>21</sup>.

### 2.3. La disidencia

Los ministros Juan José Romero Guzmán, Gonzalo García Pino y la Ministra María Pía Silva Gallinato, coinciden con el voto de mayoría “en descartar la constitucionalidad de diseños legislativos que carezcan de algún criterio para la graduación de la severidad de una sanción” (considerando 5° de la disidencia), pero discrepan en torno al nivel de precisión con que tales criterios deben establecerse legalmente.

Los ministros disidentes enfatizan que un buen régimen administrativo sancionador debe considerar “un espacio o flexibilidad suficiente para que el juzgador determine el importe de la multa al caso particular” (considerando 8° de la disidencia). En este sentido, el derecho administrativo sancionador “admite una atenuación de los mayores requerimientos de precisión y especificidad exigibles en materia penal” (considerando 10° de la disidencia), al punto de que “no existen, en general, sanciones específicas asociadas a cada infracción” (*ibid.*) y “los espacios de que dispone un juez para graduar la severidad de la sanción suelen ser mayores” (*ibid.*). En consecuencia, bastaría para un buen régimen administrativo sancionador, que el legislador establezca “*uno o más* criterios o parámetros legales que el juzgador debe tomar en consideración para determinar el grado de severidad de la sanción a ser impuesta” (considerando 11° de la disidencia). Es más, el mismo Tribunal Constitucional habría reconocido la necesidad de dotar a la autoridad administrativa y judicial de un cierto espacio de discrecionalidad al declarar la inaplicabilidad del artículo 4°, inciso primero, segunda oración, de la Ley N° 19.886 por dar lugar a la aplicación, “siempre e ineluctablemente” de una “sanción única de obstrucción

<sup>20</sup> Considerandos 29° a 35° de la sentencia comentada.

<sup>21</sup> Considerandos 34° a 39° de la sentencia comentada.

contractual durante el lapso inamovible e invariable de dos años” (considerando 15° de la disidencia, citando el considerando 9° de la sentencia dictada en la causa Rol 3750-17-INA)<sup>22</sup>.

Para el voto de minoría, entonces, el artículo 33, N° 2, de la Ley N° 18.838 cumple con el estándar de densidad normativa que exige la Constitución Política pues no solo define un claro rango dentro del cual deben determinarse las multas, sino que además establece tres claros criterios de graduación: (i) el carácter regional o local, o nacional del sujeto pasivo de la multa, que permite quintuplicar la multa máxima; (ii) la reincidencia, que permite, adicionalmente, duplicar la multa máxima; y (iii) el “principal criterio”, la gravedad de la conducta<sup>23</sup>.

Respecto de este último criterio de graduación, el voto de minoría destaca “que tiene un contenido de gran riqueza y que resulta importante desde el punto de vista constitucional” (considerando 20° de la disidencia). A su juicio, este criterio está directamente relacionado con el principio de proporcionalidad y con consideraciones de justicia retributiva, “aludiendo a la severidad de la sanción en relación con la gravedad del ilícito” (*ibid.*)<sup>24</sup>. Es más, “cuando se habla de gravedad de la infracción, es posible hacer referencia a dos componentes claves de dicho concepto: el daño causado y la culpabilidad” (considerando 21° de la disidencia). En consecuencia, como criterio de graduación de sanciones, la ‘gravedad de la infracción’ entregaría suficiente flexibilidad a la administración o a los tribunales como para acomodar diversas variables, al punto que “permite responder satisfactoriamente a objeciones centrales de la parte requirente, esto es, la falta de consideración de su baja participación

<sup>22</sup> Ver, en el mismo sentido, el considerando 26° de la disidencia (“es importante no perder de vista que no existe una multa óptima. No estamos en presencia de un ejercicio ‘científico’. Ya la STC 2995 asumía –incluso en materia penal– que ‘es un tanto inevitable la existencia de algún grado menor de desproporción en el tratamiento punitivo dispensado por el legislador’ (considerando 18°). En un sentido similar, pero esta vez en el ámbito administrativo sancionador, la STC 3932 manifestaba que ‘[no se puede] aspirar a que el nivel de precisión y densidad normativa sea tal que de un proceso de subsunción cuasi-automático sea posible determinar la multa óptima en cada caso’ [considerando 13°]”)

<sup>23</sup> Considerando 17° de la disidencia de la sentencia comentada.

<sup>24</sup> Ver, también, considerando 21° de la disidencia de la sentencia comentada (“los teóricos de esta escuela [del justo merecimiento] argumentan que el quantum de la sanción debe estar determinada por el principio de proporcionalidad, el cual implica que la severidad de la pena debe estar relacionada con la gravedad de la infracción”).

de mercado o la (supuesta) falta de consideración del daño causado o de su intencionalidad” (considerando 23° de la disidencia). Existiendo este criterio legal, además, es perfectamente legítimo que la autoridad administrativa “elabore directrices o guías internas que le permitan abordar el ejercicio de determinación de una sanción de una manera que facilite dicha labor y que propenda a que su dictación se realice de manera razonablemente uniforme y predecible” (considerando 28° de la disidencia).

La disidencia concluye advirtiendo que la declaración de inaplicabilidad necesariamente conllevará, en este caso, la absolución de la requirente de toda sanción, impidiendo al juez del fondo el ejercicio de la labor que le es propia: el control del acto administrativo reclamado<sup>25</sup>.

### 3. ANÁLISIS CRÍTICO

La sentencia en comento ilustra claramente una tensión inherente al sistema constitucional chileno. Por una parte, corresponde al legislador determinar, antes de que se verifique un determinado delito o infracción, la sanción a ser impuesta en tal caso. Por otra parte, toda sanción debe ser calibrada conforme a las circunstancias particulares de cada caso concreto, correspondiéndole a la administración o a los tribunales, en su caso, determinar *ex post* la sanción definitiva a imponer. Aunque, tanto la mayoría como la disidencia intentan resolver esta tensión principalmente desde el principio de proporcionalidad, el problema exige acudir a otros principios y normas constitucionales que confluyen para determinar el adecuado ámbito de las distintas funciones del Estado que participan de la actividad sancionatoria.

#### **3.1. La sentencia comentada como un ejercicio de ponderación de valores constitucionales**

La mayoría y la disidencia parecen coincidir en que, bajo nuestro actual sistema constitucional, corresponde al legislador establecer las sanciones que puede imponer el Estado ante la comisión de determinados delitos u otro tipo de infracciones. Esta no es una exigencia

---

<sup>25</sup> Considerandos 31° a 33° de la disidencia de la sentencia comentada.

del principio de proporcionalidad, sino un corolario de la reserva legal en materia de regulación y limitación de derechos fundamentales, establecida en la actual Constitución Política<sup>26</sup> y en la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>27</sup>. La reserva legal encuentra justificación como expresión del principio democrático, en cuanto persigue que el ejercicio de los derechos fundamentales solo pueda ser configurado o restringido mediante una declaración de la voluntad soberana expresada como resultado de un proceso más deliberativo, transparente y representativo, y en que intervienen más contrapesos que en aquel que rige la dictación de actos administrativos<sup>28</sup>. Además, las características de generalidad, abstracción e impersonalidad de la ley contribuyen a garantizar el principio de igualdad, cuya vigencia cobra particular relevancia cuando se trata de potenciales afectaciones a derechos fundamentales. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha exigido que las disposiciones legales que regulen el ejercicio de derechos fundamentales cumplan con requisitos de determinación y especificidad, señalando *concretamente* los derechos que pueden ser afectados e indicando *precisamente* las medidas que pueden adoptarse para tal fin<sup>29</sup>. Por eso, aun de admitirse un cierto espacio de colaboración administrativa en estas materias, el legislador deberá al menos establecer los *aspectos esenciales* de la respectiva norma, limitándose la administración a precisar aquellos detalles necesarios para *ejecutar* el mandato legal<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> Ver artículo 64, inciso 2° (impidiendo la delegación de funciones legislativas “a materias comprendidas en las garantías constitucionales o que deban ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado”); y Artículo 19 N° 26 de la Constitución Política (“La Constitución asegura a todas las personas: [...] 26°.- La seguridad de que los preceptos *legales* que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que esta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio” [énfasis agregado]).

<sup>27</sup> Artículo 30 (“las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas *sino conforme a leyes* que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas” [énfasis agregado]).

<sup>28</sup> Ver, en este sentido, PICA FLORES (2013), p. 198; FERNANDOIS VÖHRINGER (2006), pp. 151-154.

<sup>29</sup> Ver, en este sentido, *Requerimiento de inconstitucionalidad de un grupo de Senadores respecto del Decreto Supremo N° 20, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado en el Diario Oficial de 12 de abril de 2001* (2001), considerando 40°.

<sup>30</sup> *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Empresa Eléctrica Atacama S.A. (EMELAT) respecto del artículo 41, inciso final del DFL N° 850, de 1997, Ministerio de Obras Públicas, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 15.840, de 1964, y del DFL N° 206, de 1960, sobre construcción y*

El principio de legalidad en materia sancionatoria constituye una manifestación especial de esta reserva legal, consistente con el hecho de que la prohibición de determinadas conductas y la imposición de las sanciones correlativas necesariamente supone limitar uno o más derechos fundamentales<sup>31</sup>. Reconocido en los incisos octavo y noveno de la actual Constitución Política en materia penal y aplicable en materia administrativa sancionadora en cuanto principio inspirador del *ius puniendi* estatal<sup>32</sup>, “el principio de reserva legal obliga a que tanto la descripción de la conducta cuya infracción se vincula a una sanción, al menos en su ‘núcleo esencial’, como la sanción misma, se encuentren establecidas en normas de

---

*conservación de caminos, en relación a los autos sobre recurso de apelación, caratulados ‘Ernesto Peñafiel Morgan con Dirección Regional de Vialidad Atacama’, de que conoce la Corte Suprema, bajo el Rol N° 7792-2011 (2012), considerando 36° (“el rol de la normativa administrativa es, sin embargo, concebido para regular cuestiones de detalle, de relevancia secundaria o adjetiva, cercana a situaciones casuísticas o cambiantes, respecto de todas las cuales la generalidad, abstracción, carácter innovador y básico de la ley impiden o vuelven difícil regular [...] Por lo mismo, dicha colaboración reglamentaria exige que la ley regule los aspectos esenciales de la materia respectiva, de modo que el reglamento solo se involucre en aspectos de detalle” [haciendo referencia a la sentencia dictada en causa Rol 370-2003]).*

<sup>31</sup> En términos generales, las sanciones (sean administrativas o penales) constituyen limitaciones a determinados derechos, impuestas como consecuencia de un atentado contra el orden social consistente en la realización de una conducta prohibida. Así, por ejemplo, una sanción de amonestación afectaría el derecho a la honra (artículo 19, N° 4 de la Constitución Política), una multa afectaría el derecho de propiedad (*ibid.*, artículo 19, N° 24), una inhabilidad o prohibición de ejercer determinados cargos o de contratar con el Estado afectaría la libertad de trabajo y/o el libre desarrollo de actividades económicas (*ibid.*, artículo 19, números 16 y 21) y las penas privativas de libertad afectarían el derecho a la libertad personal (*ibid.*, artículo 19, N° 7).

<sup>32</sup> La aplicación de estos principios en materia sancionatoria quedó tempranamente asentada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Ver *Control de constitucionalidad del proyecto de ley que modifica la ley N° 4.601, Ley de Caza, a fin de proteger la fauna* (1996), considerando 9° y 10°; *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Compañía Eléctrica San Isidro S.A. y otras, respecto del artículo 15 de la ley 18.410, Orgánica de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, en autos sobre recursos de reclamación de ilegalidad que indica, de los que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago* (2006), considerando 6°; y *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Iberoamericana de Energía IBENER S.A., respecto del artículo 3° N° 17, inciso 4° y N° 23, inciso 1°, 15, 16 N° 2 y 16 A de la Ley 18.410, en la causa Rol N° 5.816-2004 de la Corte de Apelaciones de Santiago* (2006), considerando 5°. Con todo, no parece necesario recurrir a la extensión de los principios constitucionales en materia penal como principios inspiradores del *ius puniendi* estatal para concluir que la tipificación de infracciones y determinación de sanciones administrativas –en cuanto límites a derecho fundamentales– son materias de reserva legal.

jerarquía legal y no de rango inferior”<sup>33</sup>. Además de (i) la prevalencia del principio democrático en materia de limitación de derechos fundamentales y (ii) su función como garantía del principio de igualdad, el principio de legalidad en materia sancionatoria encuentra justificación (iii) como garantía de seguridad y certeza jurídica y (iv) como precondition para alcanzar el fin disuasivo que persiguen las sanciones administrativas<sup>34</sup>. En efecto, solo en la medida que las infracciones y sus sanciones correlativas se encuentren *suficientemente determinadas* en una ley *previa* al acaecimiento de los hechos configurativos de infracción –“una ley promulgada con anterioridad

<sup>33</sup> *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Compañía Eléctrica San Isidro S.A. y otras, respecto del artículo 15 de la ley 18.410, Orgánica de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, en autos sobre recursos de reclamación de ilegalidad que indica, de los que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago* (2006), considerando 20°. En el mismo sentido *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Iberoamericana de Energía IBENER S.A., respecto del artículo 3° N° 17, inciso 4° y N° 23, inciso 1°, 15, 16 N° 2 y 16 A de la Ley 18.410, en la causa Rol N° 5.816-2004 de la Corte de Apelaciones de Santiago* (2006), considerando 12° y, en doctrina, CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2014) p. 233 (“las infracciones administrativas y sus sanciones correlativas solo pueden ser establecidas por ley”). También se ha sostenido que el Tribunal Constitucional solo habría admitido un mayor grado de colaboración administrativa en materia de tipificación de infracciones, manteniendo la determinación de sanciones como materia de reserva legal absoluta. Ver CORDERO QUINZACARA (2014), p. 238 (“Si se analiza con detenimiento la cuestión, toda esta argumentación estaba orientada a establecer una regla clara en materia de colaboración reglamentaria: *ésta es sólo admisible respecto de la determinación de los deberes administrativos que se imponen, mas no en la atribución de competencias sancionadoras a la Administración y de determinación de las sanciones, que son materias de estricta reserva legal*”).

<sup>34</sup> El fin disuasivo de las sanciones administrativas ha sido reconocido tanto por el Tribunal Constitucional como por la Corte Suprema. Ver *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Roberto Guzmán Lyon respecto del artículo 29 del Decreto Ley N° 3.538, de 1980, que crea la Superintendencia de Valores y Seguros, en los autos sobre juicio sumario de reclamación de multa, caratulados “Guzmán Lyon, Roberto con Superintendencia de Valores y Seguros”, de que conoce el 16° Juzgado Civil de Santiago, bajo el Rol C-21.305-2014* (2016) considerando 39° (“La disposición, en su aplicación concreta, puede perseguir, en principio, una finalidad constitucionalmente lícita, en cuanto pretende evitar la comisión de infracciones a la normativa de orden público económico-financiero y del mercado de valores [...] En la medida que se trate de una sanción, estrictamente necesaria, existiendo otras alternativas de intervención menos restrictivas de derechos fundamentales, debe siempre considerarse como una vía a utilizar la aplicación de multas disuasivas”) y considerando 29° de la disidencia (“disociar las conductas de los fines al servicio de los cuales está el artículo 29 del DL 3538 constituye un despropósito, puesto que las sanciones no funcionan aisladas de la tipificación de las conductas que justifican la disuasión”); y *Sociedad Agrícola Austral Berries Limitada con Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región de Los Lagos* (2020), considerando 12° (resolviendo que el monto de una multa “se condice estrictamente con el fin disuasivo de aquella”).

a su perpetración”, en los términos del inciso octavo del N° 3 del artículo 19 de la Constitución Política— podrán los destinatarios de la norma conocer la existencia de la respectiva norma de conducta y prever las consecuencias de su infracción de forma tal de adecuar su comportamiento conforme a Derecho<sup>35</sup>. De ahí que este principio tienda a ser clasificado como un caso de reserva legal *limitativa* o *específica*, en los que el ámbito de colaboración normativa por vía administrativa se encuentra incluso más restringido<sup>36</sup>.

En este contexto, el legislador no puede abdicar de su facultad de establecer las sanciones aplicables en nuestro sistema jurídico, delegando su ejercicio en la administración, sin alterar la distribución de competencias establecida en la misma Constitución<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> *Requerimiento formulado por el Ministro del Interior, en virtud del artículo 82 de la Constitución Política, para que se declare la responsabilidad del señor Clodomiro Almeyda Medina por infracción al artículo 8° de la Constitución Política* (1987), considerando 18° (reconociendo que el principio de legalidad “universalmente reconocido, surge como suprema protección de los derechos del individuo, ya que asegura al hombre la facultad de actuar en la sociedad con pleno conocimiento de las consecuencias jurídicas de sus actos”). En el mismo sentido, *Requerimiento de inaplicabilidad de la Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso en la causa RUC 0700364853-7, RIT 186-08 en contra de Franco Mariano Arancibia Tognia, en relación con la aplicación del artículo 137 del DFL N.° 1, de 22 de junio de 1982, del Ministerio de Minería, Ley General de Servicios Eléctricos* (2009), considerando 14°; y *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Roberto Guzmán Lyon respecto del artículo 29 del Decreto Ley N° 3.538, de 1980, que crea la Superintendencia de Valores y Seguros, en los autos sobre juicio sumario de reclamación de multa, caratulados “Guzmán Lyon, Roberto con Superintendencia de Valores y Seguros”, de que conoce el 16° Juzgado Civil de Santiago, bajo el Rol C-21.305-2014* (2016), considerando 20°. En doctrina, véase GÓMEZ TOMILLO Y SANZ RUBIALES (2013), p. 159 (“[El principio de taxatividad] [c]onsiste en la exigencia de que tanto los comportamientos prohibidos, o preceptuados, como las sanciones a imponer, sean descritos clara e inequívocamente, de forma que no se genere inseguridad jurídica. Se trata, en definitiva, de que los ciudadanos puedan en todo momento prever las consecuencias sancionatorias que se pueden derivar de su conducta”).

<sup>36</sup> Ver GARCÍA PINO Y CONTRERAS VÁSQUEZ (2014), pp. 795-796 (reconociendo el principio de legalidad penal como un caso de reserva legal limitativa, cuya consecuencia jurídica “es que la colaboración reglamentaria es excepcional, acotada y de ejecución, no pudiendo el legislador crear límites innovadores mediante reglas infra legales”); PRCA FLORES (2013), pp. 207-208 (“existe una reserva [legal] general, emanada del numeral 20° del actual artículo 63 [de la Constitución], y un conjunto de reservas específicas diferenciadas en el artículo 19. [...] [L]as reservas específicas requieren de un estándar de intensidad normativa predeterminado por la Constitución”).

<sup>37</sup> Este es, de nuevo, un corolario de la reserva legal establecida en materia de regulación y limitación de derechos fundamentales. Ver *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Empresa Eléctrica Atacama S.A. (EMELAT) respecto del artículo 41, inciso final del DFL N° 850, de 1997, Ministerio de Obras Públicas, que fija*

Esta parece ser la lógica que subyace a la decisión de la mayoría en el caso comentado, aunque solo se exprese tímidamente a la sombra del principio de proporcionalidad<sup>38</sup>. En efecto, aun cuando la mayoría discurre sobre la base de que la limitación de la discrecionalidad administrativa mediante criterios *legales* de graduación de sanciones es una exigencia del principio de proporcionalidad —en cuanto límite impuesto al legislador al momento de determinar las sanciones correlativas a una determinada infracción—, prescinde completamente del examen de idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta en que se traduce este principio<sup>39</sup>. Ello no es trivial pues, como parece reconocer la disidencia, el principio de proporcionalidad no excluye necesariamente la colaboración admi-

---

*el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 15.840, de 1964, y del DFL N° 206, de 1960, sobre construcción y conservación de caminos, en relación a los autos sobre recurso de apelación, caratulados 'Ernesto Peñafiel Morgan con Dirección Regional de Vialidad Atacama', de que conoce la Corte Suprema, bajo el Rol N° 7792-2011 (2012), considerando 36° (“El legislador no puede renunciar a su deber de normar los aspectos medulares de una determinada regulación” [aludiendo a la sentencia dictada en la causa Rol 370-2003]). En el mismo sentido CEA EGAÑA (2013), p. 392 (“Es impropio de [la reserva legal], entonces, que el legislador se limite a formular enunciados generales, confusos o incompletos, abandonando en la potestad reglamentaria de ejecución lo que es deber del legislador regular adecuadamente”).*

<sup>38</sup> El considerando 31° de la sentencia comentada alude a la reserva legal y al principio de separación de funciones como exigencias de mayor densidad normativa, aunque el argumento parece haberse hecho ‘a mayor abundamiento’ de aquellos fundados en el principio de proporcionalidad recogidos en los considerandos 13° a 28°. Por otra parte, el considerando 17° alude al principio de predeterminación normativa, aunque en el contexto de su integración por el principio de proporcionalidad, que parece haber sido el criterio realmente decisivo.

<sup>39</sup> En su formulación más difundida, el principio de proporcionalidad exige que una medida que interfiere o limita uno o más derechos fundamentales sea (i) *idónea* o apta para alcanzar la finalidad pública que con ella se persigue, deviniendo desproporcionadas aquellas medidas indiferentes o contraproducentes respecto de dicha finalidad; (ii) *necesaria*, en cuanto constituya la medida menos gravosa para el o los derechos afectados de todas aquellas que puedan considerarse idóneas; y (iii) *proporcionada en sentido estricto* de modo que la limitación del derecho interferido sea razonable en relación con el beneficio que con ella se persigue obtener. Ver, a modo ejemplar, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Sociedad Pesquera LANDES S.A., respecto del artículo 5°, inciso tercero, del Decreto Supremo N° 430, de 1992, del entonces Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción (Ley General de Pesca y Acuicultura), en el proceso Rol N° 42.027-2019, sobre recurso de protección seguido ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso (2020), considerando 47° (“[...] la ley que regule el ejercicio del derecho a la actividad económica pesquera debe ser proporcional. Ello supone que el fin perseguido sea idóneo, las medidas necesarias y debe existir proporcionalidad en sentido estricto entre las medidas y los fines”). En doctrina, ver VIERA-GALLO QUESNEY (2011), p. 50; ENTEICHE ROSALES (2017), pp. 28-29.*

nistrativa en la determinación de sanciones, y bien podría exigir el reconocimiento de *mayores* espacios de discrecionalidad administrativa si ello es necesario para permitir que la sanción impuesta en un caso concreto sea debidamente calibrada en atención a las características particulares del respectivo caso. Aun cuando el legislador debe observar el principio de proporcionalidad en cuanto principio general del Derecho, este no exige –al menos no por sí mismo– un determinado nivel de densidad legal. La falta de predeterminación normativa que objeta la mayoría, entonces, se explica mejor como un atentado contra el sistema de distribución de competencias establecido en la Constitución, y en particular, al principio de legalidad en materia sancionatoria como manifestación de la reserva legal de la afectación de derechos fundamentales.

Ello explica que, para la mayoría, la autolimitación de la administración sea insuficiente, aun cuando intente “llenar el vacío normativo” (considerando 27° de la sentencia comentada) estableciendo criterios de graduación en normas de general aplicación “que, precisamente, persiguen racionalizar aún más la discrecionalidad administrativa” (*ibid.*, considerando 28°). Es verdad que este tipo de normas contribuye a alcanzar los fines de seguridad y certeza jurídica, igualdad y prevención general que persigue el principio de legalidad, e incluso podría contribuir a garantizar la proporcionalidad de las sanciones impuestas en cada caso concreto, pero no purga la transgresión del sistema constitucional de distribución de competencias ni subsana el déficit democrático inherente a toda norma infralegal. Desde este punto de vista, el problema no deriva de que las sanciones efectivamente impuestas resulten desproporcionadas o injustas en la práctica, sino de que, en ausencia de límites legales, ese resultado queda entregado a una circunstancia contingente: que los funcionarios públicos encargados de ejercer la potestad sancionatoria lo hagan de forma prudente y responsable, restringiendo voluntariamente el ejercicio de sus propios poderes para evitar abusos y ponderar la amplia gama de valores que confluyen en la consecución del bien común<sup>40</sup>. En definitiva, el correcto

<sup>40</sup> Como se adelantó (*ver supra* nota al pie N° 11), este tipo de situaciones plantean el problema de hasta qué punto los intentos administrativos por llenar vacíos normativos pueden ser determinantes en sede de inaplicabilidad, en la que el análisis debiera centrarse en el caso concreto. En este sentido, podría argumentarse que una norma legal que, *en abstracto*, resulta inconstitucional podría devenir constitucional atendidas las

ejercicio de los poderes públicos no puede quedar supeditado al virtuosismo de los funcionarios de turno<sup>41</sup>. Por eso, el principio de legalidad en materia sancionatoria exige que sea el legislador quien determine *ex ante* las sanciones a imponer de verificarse una infracción, limitando la potestad sancionadora con independencia de quien la ejerza.

Con todo, las exigencias de predeterminación que emanan del principio de legalidad se encuentran matizadas por otros principios y derechos fundamentales en virtud de los cuales las sanciones deben ser calibradas en atención a las circunstancias particulares de cada caso concreto. Así lo exige el mismo principio de proporcionalidad, que, en cuanto baremo regulador de la interferencia de derechos fundamentales<sup>42</sup>, se traduce en materia sancionatoria en la exigencia de una adecuada correlación entre la conducta infraccional y la sanción asociada a ella, garantizando “una razonable adecuación entre el desvalor o naturaleza del ilícito cometido y la sanción que se aplica al autor mismo”<sup>43</sup>.

En su esencia, el principio de proporcionalidad es expresión de una concepción clásica de justicia distributiva entendida como igualdad *proporcional*, esto es, como la vocación de dar a cada uno lo suyo, lo que le corresponde<sup>44</sup>. Atendida su cercanía con el concepto

---

particularidades del caso concreto (incluyendo, por ejemplo, la aplicación de normas administrativas que completen el vacío legal). Este problema escapa al alcance de este comentario. Para un análisis al respecto, *ver* PICA FLORES (2013).

<sup>41</sup> Para Acemoglu y Robinson, la atribución de mayor poder al Estado debe ir acompañada de mayores límites que mantengan al ‘Leviatán encadenado’ para garantizar que dicho poder se empleará al servicio de la sociedad civil, evitando el despotismo. Esta búsqueda de equilibrio entre mayor poder estatal y responsabilidad de cara a la sociedad civil es un desafío recurrente en la historia humana. *Ver* Acemoglu, DARON y Robinson, JAMES A. (2019): “*The Narrow Corridor: States, Societies and the Fate of Liberty*” (Nueva York, Penguin Random House LLC).

<sup>42</sup> *Ver* GARCÍA PINO Y CONTRERAS VÁSQUEZ (2014), p. 752 (definiendo el principio de proporcionalidad como “uno de los estándares normativos empleado por la jurisdicción constitucional para determinar la validez de una interferencia en el ejercicio legítimo de un derecho fundamental”).

<sup>43</sup> CÁRCAMO RIGHETTI (2011), p. 153. En el mismo sentido, VERGARA BLANCO (2004), p. 144 (explicando que el principio de proporcionalidad supone “una correspondencia entre la infracción y la sanción impuesta, con el fin de impedir que la ley autorice y que la autoridad tome medidas innecesarias y excesivas”).

<sup>44</sup> ARISTÓTELES (1475 [1981]), Libro IV, p. 62 (“Lo justo distributivo, en efecto, se refiere a las cosas comunes, y es siempre conforme a la proporción antes dicha. Si se hace la distribución de las riquezas comunes, se hará según la razón que guarden entre sí las aportaciones particulares. Lo injusto, por su parte, siendo lo opuesto a lo justo,

mismo de justicia, la proporcionalidad ha sido reconocida como un principio general del derecho, que rige –y limita– el ejercicio del poder estatal en sus más diversas manifestaciones, exigiendo una relación de idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta entre los fines públicos perseguidos y los medios desplegados para ello<sup>45</sup>. Por eso, aunque no encuentre reconocimiento expreso en la actual Constitución Política, el principio de proporcionalidad es constantemente utilizado como estándar de razonabilidad impuesto por las garantías de igualdad ante la ley –en cuanto prohíbe establecer diferencias *arbitrarias*– (artículo 19 N° 2 de la Constitución Política), y del debido proceso –en cuanto exigencia de procedimientos racionales y justos– (artículo 19 N° 3, inciso sexto de la Constitución Política)<sup>46</sup>. Es más, desde un punto de vista histórico, el reconocimiento del principio de proporcionalidad como imperativo de justicia parece consistente con el progresivo abandono de sanciones predeterminadas en favor de mayores espacios de discrecionalidad para permitir al juzgador determinar cada sanción atendiendo a las particularidades del infractor y de la infracción concreta<sup>47</sup>.

En este sentido, en materia sancionatoria el principio de proporcionalidad no solo limita la actuación estatal, sino que también reclama un espacio de colaboración administrativa y judicial en la determinación de la sanción aplicable al caso concreto. Atendida la naturaleza de la función legislativa y la generalidad, abstracción e impersonalidad que caracterizan a la ley como fuente de Derecho, la sanción determinada por el legislador será siempre agnóstica a

---

consiste en estar fuera de dicha proporción”). Ver, en este sentido, ENTEICHE ROSALES (2017), pp. 24-25.

<sup>45</sup> ENTEICHE ROSALES (2017), pp. 25-32. En relación con las exigencias de idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta, *ver supra* nota al pie N° 39.

<sup>46</sup> En este sentido, *Requerimiento de inaplicabilidad presentado por la Corte de Apelaciones de Santiago respecto del inciso primero del artículo 42 del DFL N° 164, de 1991 (Ley de Concesiones), en relación a la causa caratulada “Autopista Central S.A. con Servicio de Mecánica Mantenición Track S.A.”, Rol N° 2097-2006, seguida ante la Corte de Apelaciones de Santiago* (2006), considerando 15° (“la regulación legal debe ser razonable, no arbitraria, sirviendo como referencia del juicio de razonabilidad la concurrencia del principio de proporcionalidad, determinado por la relación coherente entre los medios utilizados y los fines legítimos perseguidos”).

<sup>47</sup> ENTEICHE ROSALES (2017), pp. 35-37 (repasando la recepción del principio de proporcionalidad desde la Ley del Talió hasta el periodo ‘humanitario’ del derecho penal, y concluyendo que “se aprecia un claro tránsito desde la pena o sanción como respuesta igualitaria hacia la aplicación de las circunstancias del caso y la consideración del delincuente para decidir qué castigo contemplar y cuál aplicar”).

las particularidades del caso concreto y, por lo tanto, insuficiente para garantizar, por sí sola, la debida correspondencia entre una determinada infracción y la sanción finalmente impuesta. Bajo la concepción aristotélica de justicia distributiva que informa nuestro actual sistema constitucional<sup>48</sup>, sancionar a todo aquel que incurre en la misma conducta típica con *idéntica* sanción necesariamente producirá resultados injustos al imponer la misma carga a quienes se encuentran en situaciones distintas en relación con determinados aspectos jurídicamente relevantes, como el daño causado o la culpabilidad del infractor<sup>49</sup>.

De ahí que resulte inevitable reconocer un cierto grado de discrecionalidad a la administración y a los tribunales, a quienes, en definitiva, corresponde aplicar el derecho en el caso concreto. Esto es especialmente relevante en materia administrativa, en la que, atendida la complejidad y el carácter técnico de muchas materias reguladas, los reguladores sectoriales pueden encontrarse mejor posicionados para evaluar determinadas características particulares en tales casos<sup>50</sup>. Este tipo de consideraciones explica la preocupación de la disidencia con el reconocimiento de espacios suficientes de flexibilidad para que la autoridad administrativa o judicial determine la sanción a imponer, así como su conclusión de que la flexibilidad

<sup>48</sup> Ver *supra* nota al pie N° 44.

<sup>49</sup> En este sentido, el Tribunal Constitucional reiteradamente ha resuelto que “las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentran en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición”. Ver *Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que establece normas para las entidades financieras en liquidación* (1985), considerando 4°. Esta formulación es consistente en nuestra jurisprudencia constitucional. Para un ejemplo más reciente, ver *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Héctor Mario Soto Vilaza respecto de los artículos 9° del D.L. N° 321, que establece la Libertad Condicional para las personas condenadas a penas privativas de libertad; y artículo primero, apartado cuarto, de la Ley N° 21.124, que modifica el D.L. N° 321, en el proceso Rol Ingreso Corte Amparo N° 2880-2020, sobre recurso de amparo, seguido ante la Corte de Apelaciones de Santiago* (2021), considerando 13°.

<sup>50</sup> Tanto la creciente complejidad de las actividades que suponen la intervención de la administración como el carácter técnico y dinámico de las distintas actividades reguladas suelen esgrimirse como justificación de mayores espacios de discrecionalidad administrativa. Ver, en este sentido, HUEPE ARTIGAS (2018), pp. 159-162.

con la que la ley dota al CNTV para determinar la sanción a imponer en cada caso concreto resulta constitucionalmente tolerable<sup>51</sup>.

\* \* \*

Como se aprecia, el problema que el Tribunal Constitucional debió resolver en la sentencia comentada supone un ejercicio de ponderación entre distintos principios constitucionales en tensión. Mientras el principio de legalidad reclama un mayor grado de *predeterminación* (legal) de la sanción (o sanciones) a imponer de acreditarse una determinada infracción, el principio de proporcionalidad exige reconocer espacios de discrecionalidad para que la administración o los tribunales, en su caso, calibren *ex post* la respectiva sanción en atención a las características particulares del caso concreto. Esta tensión no se encuentra expresamente resuelta en la Constitución Política, y puede dar lugar a distintas combinaciones constitucionalmente admisibles en lo que respecta al grado de *predeterminación* legal y de discrecionalidad administrativa o judicial, pero necesariamente excluye tanto las sanciones absolutamente *predeterminadas* como la discrecionalidad ilimitada para determinar la sanción *ex post*. Un corolario de esta tensión es que las distintas funciones clásicas del estado (legislativa, ejecutiva y judicial) necesariamente deberán concurrir, desde sus propios ámbitos de competencia, a la decisión de imponer una determinada sanción en caso de verificarse una infracción administrativa. Como se explica a continuación, el problema sometido al conocimiento del Tribunal Constitucional en el caso comentado puede resolverse de forma jurídicamente más consistente desde esta perspectiva que acudiendo al principio de proporcionalidad como fundamento de dos soluciones contradictorias.

### **3.2. El principio de separación de funciones en la actividad sancionatoria administrativa**

La idea de que las tres principales funciones del Estado deben intervenir en el ejercicio de su poder coercitivo es plenamente consistente con el principio de separación de funciones, incluso entendido

---

<sup>51</sup> Ver, en este sentido, los considerandos 7° a 15° de la disidencia.

como un principio independiente de –aunque relacionado a– los principios de división del poder y de pesos y contrapesos. Como explica Waldron, la esencia del principio es la separación *conceptual* del proceso de gobernanza en las tres principales funciones que lo componen: la promulgación de una ley, su ejecución y la resolución de conflictos jurídicos suscitados en torno a ella<sup>52</sup>. Esta distinción conceptual explica las diferencias en composición institucional y en los procedimientos de toma de decisiones que materializan el ejercicio de cada función. A modo ejemplar, el carácter general e impersonal de la ley justifica procesos dilatados que contemplen un mayor número de instancias de deliberación y participación, mientras que la función de ejecución del mandato legal que compete a la administración explica que esta actúe mediante procedimientos menos formalizados y más expeditos, y usualmente se organice en torno a cadenas de mando más centralizadas que las instituciones que ejercen las funciones legislativa y judicial<sup>53</sup>. En este sentido, el ejercicio de una determinada función se vería “contaminado” si se rigiera por consideraciones y procesos que caracterizan a otra función<sup>54</sup>.

Este mismo principio rige la actividad sancionatoria del Estado, en la que las distintas funciones estatales intervienen de forma secuencial y desde sus respectivos ámbitos de competencia en la determinación de cada sanción particular. *Primero*, dado que el legislador se encuentra constitucionalmente impedido tanto de pre-

---

<sup>52</sup> WALDRON (2013), p. 456. En relación con la distinción entre los principios de separación de funciones y otros principios relacionados (como el principio de división del poder, el principio de pesos y contrapesos y el principio de bicameralismo), *ver ibid.*, p. 438. En definitiva, que las distintas funciones estén radicadas, por regla general, en órganos distintos y que las relaciones entre ellos estén mediadas por pesos y contrapesos no son una consecuencia necesaria de la separación conceptual de tales funciones.

<sup>53</sup> Estas diferencias institucionales también se aprecian cuando un mismo órgano estatal realiza, al menos parcialmente, más de una función. A modo ejemplar, el procedimiento de formación de la ley es muy distinto a aquel bajo el cual se tramitan las acusaciones constitucionales, aunque ambas competan principalmente al Congreso Nacional. De forma similar y ejemplar, los procedimientos –e, incluso, los funcionarios– mediante los cuales la Comisión para el Mercado Financiero ejerce sus potestades fiscalizadoras y sancionatorias difiere de aquel bajo el cual dicta normas de aplicación general, que incluso se asemeja al procedimiento de formación de ley, al menos, en cuanto permite mayores instancias de participación pública (*ver* artículo 20, N° 3 del Decreto Ley N° 3.538 de 1980, conforme al cual todo proyecto de norma de carácter general que tramite la Comisión para el Mercado Financiero “deberá ser objeto de una consulta pública”).

<sup>54</sup> WALDRON (2013), p. 460.

determinar una sanción única como de delegar absolutamente su determinación a la administración, le compete establecer un *marco* o *rango* limitado de sanciones definido en términos generales y abstractos respecto de un tipo infraccional considerado, también, en términos abstractos. En nuestro derecho, el legislador usualmente configura este marco sancionatorio empleando dos técnicas legislativas no excluyentes: por un lado, estableciendo distintos tipos e intensidades de sanciones a disposición de la administración; y, por el otro, definiendo criterios objetivos y obligatorios de graduación que orienten a la administración hacia la sanción más adecuada al caso concreto<sup>55</sup>. *Segundo*, la administración, dentro del marco establecido por el legislador, debe determinar la sanción más adecuada a las particularidades del caso concreto. Para ello no bastará con observar los aspectos reglados de su potestad, sino también el principio de proporcionalidad en cuanto estándar de razonabilidad que permite distinguir el ejercicio discrecional y lícito de la potestad sancionatoria de su ejercicio arbitrario e ilícito. *Tercero*, al Poder Judicial compete resolver las controversias jurídicas que emanen del ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, al menos cuando así lo exija el sancionado. En este sentido, le corresponde controlar la *juridicidad* de la decisión administrativa, tanto en lo que respecta a sus aspectos reglados como a la motivación o razonabilidad de la decisión<sup>56</sup>. Ello incluye, por cierto, la observancia

<sup>55</sup> A su vez, estos criterios pueden clasificarse en dos grandes grupos: (i) aquellos que atienden a características particulares de la conducta desplegada, como determinantes de su gravedad (*i.e.*, circunstancias agravantes y atenuantes, asociadas principalmente con el daño causado y la culpabilidad del infractor); y (ii) aquellos que atienden al impacto de la sanción en el infractor, en función de determinadas características particulares de este último (*i.e.*, las referidas a las facultades del infractor, como su capacidad económica). Como recuerda Enteiche, esta clasificación se encuentra claramente recogida en materia penal. Ver Enteiche Rosales (2017), p. 94 (“Observamos que en la disciplina del Derecho Penal, el Legislador precisó dos elementos a través de los que el juez debe hallar el importe exacto de la multa, cuales son: ‘*las circunstancias atenuantes ya gravantes [...]*’, vinculándolo con los artículos 11 y 12 del [Código Penal] y ‘*el caudal o facultades del culpable*’ –artículo 70, inciso primero–”). En este sentido, los criterios de graduación más comunes incluyen la trascendencia de los perjuicios o el riesgo causados, el grado de voluntariedad o intencionalidad y de participación del infractor, la reiteración o reincidencia, el compromiso de reparación del daño causado, la continuidad o persistencia en la conducta infractora, la ganancia obtenida con la infracción y la capacidad económica del infractor. Ver ANDRÉS PÉREZ (2008), pp. 16-23 (explicando estos criterios).

<sup>56</sup> Cf. *Abarca con Desbordes* (2021), considerando 9º (“el control de razonabilidad y proporcionalidad que en el caso concreto debe realizar esta Corte, permite establecer la

del marco sancionatorio establecido por el legislador y, en cuanto parámetro de razonabilidad, de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la sanción impuesta en función de una conducta infraccional concreta.

De esta distribución de competencias se sigue que, al determinar el marco sancionatorio aplicable, el legislador necesariamente estará definiendo el espacio de discrecionalidad del que gozará la autoridad administrativa para determinar la sanción específica a imponer en cada caso concreto. Dicho marco constituye uno de los elementos reglados de la potestad sancionatoria, de modo que ambos guardan una relación inversamente proporcional: cuanto más acotado o predefinido sea el marco sancionatorio, menor será el grado de discrecionalidad con el que podrá actuar la administración. En este sentido, la determinación del marco sancionatorio constituye un ejercicio complejo, pues no solo debe llevarse a cabo en función de la infracción o infracciones respecto de las cuales el marco se aplicará, sino también del nivel o grado de discrecionalidad concedido a la administración para precisar la sanción a aplicar en cada caso concreto.

Esta particularidad de la función legislativa en el proceso de determinación de sanciones supone que las exigencias de razonabilidad y proporcionalidad que rigen su ejercicio<sup>57</sup>, se aplican también en esta doble dimensión: no basta con que las infracciones más reprochables conlleven marcos sancionatorios relativamente más gravosos, sino que también es necesario que el espacio de discrecionalidad concedido a la administración para elegir la sanción específica a

---

arbitrariedad del acto impugnado, pues no cumple con la exigencia de razonabilidad, estrechamente vinculada al ejercicio de una potestad discrecional por parte de la administración, cuestión que, por lo demás, queda en evidencia ante la falta de motivación del mismo”). En el mismo sentido, *Valderas con Dirección de Educación Pública* (2021), considerando 10° (reconociendo que “la fundamentación del acto administrativo es un elemento de su esencia cuya existencia siempre está bajo el control de la judicatura”). En doctrina, ARANCIBIA MATTAR (2016), pp. 161-190 explica la necesidad de que la judicatura controle la *juridicidad* de la actividad administrativa y no solo los elementos reglados de sus potestades.

<sup>57</sup> Este es un corolario tanto del carácter de principio general de derecho como del hecho de que constituye un estándar exigido por diversas garantías fundamentales reconocidas en la actual Constitución Política que, por expresa disposición de su artículo 5°, inciso segundo, obligan al legislador. Así lo reconoce correctamente el voto de mayoría (considerando 18°) y la doctrina especializada. *Ver*, en este último sentido, ANDRÉS PÉREZ (2008), p. 13 (“el principio de proporcionalidad concurre en dos momentos del régimen sancionador: en su determinación normativa y en la imposición de las sanciones”).

aplicar en un caso concreto sea *razonable* en atención a las particularidades de la infracción a la que accede y del régimen sancionatorio en la que esta se inserta. En cuanto límite a la actividad estatal, el principio de proporcionalidad constituye un estándar de control de la razonabilidad del ejercicio del poder público, pero no impone a la ley un determinado conjunto de contenidos mínimos. En este sentido, la Constitución Política no exige un nivel predeterminado de densidad legal ni de discrecionalidad administrativa aplicable *per se* a todo régimen sancionatorio, sino que la ponderación de distintos valores y derechos en tensión. Es en este ejercicio de ponderación que el principio de proporcionalidad, en cuanto estándar de razonabilidad vinculante para el legislador reclama aplicación.

### **3.3. Parámetros de razonabilidad para la determinación legal de sanciones administrativas**

La aplicación del principio de proporcionalidad en este ámbito supone determinar parámetros o criterios que permitan evaluar hasta qué punto una determinada decisión legislativa en materia de sanciones administrativas es razonable. Sin embargo, atendido especialmente el carácter general, impersonal y abstracto de la actividad legislativa y su intervención anterior a la verificación de la conducta infraccional, estos criterios no pueden ser los mismos que los que guían *ex post* la actividad administrativa o judicial. Mientras estos últimos se refieren a las circunstancias de una conducta concreta ya verificada o de un infractor ya identificado<sup>58</sup>, los primeros deben ser coherentes con la valoración *ex ante* que corresponde al legislador, atendiendo al desvalor abstracto de la infracción o infracciones sancionadas y a la necesidad de dotar a la administración o a los tribunales, en su caso, con espacios razonables de discrecionalidad.

Sin pretender abordar exhaustivamente todas las consideraciones que podrían contribuir al ejercicio proporcional de la determinación legal de sanciones administrativas, a continuación se proponen algunos criterios que podrían ser útiles para evaluar la razonabilidad del nivel de predeterminación normativa de una determinada norma sancionatoria, tanto desde el punto de vista del marco san-

---

<sup>58</sup> Ver la distinción y ejemplos descritos *supra*, nota al pie N° 55.

cionatorio como de los criterios de graduación que suelen contribuir a configurar dicha norma.

### ***3.3.1. Parámetros de razonabilidad de la amplitud del marco sancionatorio***

Considerando el carácter abstracto y general de la actividad legislativa, esta debe orientarse, en primer término, a excluir del marco sancionatorio aquellas sanciones que *en ningún caso concreto* podrían considerarse proporcionales al desvalor (considerado en abstracto) de la conducta infraccional tipificada por legislador como atentado contra uno o más bienes jurídicos determinados. Esta es una consecuencia, principalmente, de la necesidad de adecuar el marco sancionatorio a la gravedad de la infracción, pero también de restringir la discrecionalidad administrativa de forma coherente con esta adecuación. Lo que en definitiva se busca es que el legislador excluya tanto aquellas sanciones que resultarían excesivas aun en la forma más grave que podría verificarse la infracción tipificada, como aquellas que resultarían insuficientes aun en la forma más nimia que dicha infracción podría revestir. Es importante tener presente, sin embargo, que la determinación del desvalor relativo de cada tipo infraccional corresponde al mismo legislador, de modo que el control de proporcionalidad que eventualmente se realice en base a este primer criterio debería reducirse a un control de coherencia relativa en relación con el desvalor que el mismo legislador ha atribuido a otros atentados contra bienes jurídicos similares.

Un segundo grupo de parámetros o criterios para la determinación de un marco sancionatorio dice relación con el o los tipos infraccionales como consecuencia de los cuales aplicaría el respectivo marco, así como la variedad de conductas típicas que podrían comprender tales tipos infraccionales. En este sentido, la amplitud del marco sancionatorio –tanto en términos del tipo de sanciones aplicables como de su intensidad– debiera depender, primero, de la *cantidad de bienes jurídicos potencialmente afectados* por la norma de conducta cuya infracción se sancionará. En estos casos, el desvalor de la conducta sancionada podría variar en función de qué bienes jurídicos, de todos aquellos protegidos por la norma, se vean afectados en el caso concreto y, en su caso, de la intensidad de cada afectación. De esta forma, parece razonable que ambas variables guarden una

relación directamente proporcional: a mayor cantidad de bienes jurídicos protegidos por la norma sancionatoria, mayor debiera ser el abanico de sanciones a disposición de la administración.

De forma similar, la amplitud del marco sancionatorio debiera guardar relación con la *cantidad de conductas prohibidas* por la respectiva descripción típica. Es común, especialmente en materia de derecho administrativo sancionador, que un mismo tipo infraccional prohíba simultáneamente una multiplicidad de conductas perfectamente diferenciables. Este es el caso, por ejemplo, del artículo 3° del Decreto Ley 211 de 1973, que prohíbe la ejecución o celebración, individual o colectivamente, de “cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos”, prohibición que abarca una amplia gama de conductas diferentes tanto multilaterales o coordinadas (*e.g.*, acuerdos de precio, de repartición de mercado, de limitación de la producción) como unilaterales (*e.g.*, negativas de venta, empaquetamientos, descuentos condicionales o exclusividades, en la medida que exista abuso de poder de mercado). En estos casos, parece razonable que la amplitud del tipo infraccional sea directamente proporcional a la amplitud del marco sancionatorio, de modo que, a mayor cantidad de conductas prohibidas, mayor sea el marco dentro del cual la administración pueda determinar la sanción a aplicar en un caso concreto.

Una situación relacionada, pero diferente, es la de los marcos sancionatorios aplicables a *distintos tipos infraccionales*. Atendida la multiplicidad y variedad de obligaciones y prohibiciones que regulan determinadas actividades, esta situación es frecuente en materia administrativa –especialmente en materia de regulación económica sectorial– sea porque establecer marcos sancionatorios diferenciados para la infracción de cada obligación y prohibición puede volverse impracticable, o, al menos, ineficiente si tales marcos resultaran sustancialmente similares<sup>59</sup>. Sin embargo, esta técnica legislativa también podría dar lugar a la aplicación de un mismo marco sancionatorio a infracciones de desvalor (abstracto) muy disímil. En estos casos, el marco sancionatorio podría no cumplir su función de excluir sanciones que *en ningún caso concreto* podrían considerarse

<sup>59</sup> Ver, en este sentido, NIETO GARCÍA (2012), pp. 162-165; y ENTEICHE ROSALES (2017), p. 85 (siguiendo a Nieto).

proporcionales al desvalor de determinadas infracciones. Cuando ello ocurra, el principio de proporcionalidad exige establecer marcos diferenciados, aplicables solo a aquellas infracciones de desvalor similar, técnica que afortunadamente ha sido recogida en distintos regímenes sancionatorios actuales en nuestro país<sup>60</sup>. Con todo, es importante aclarar que esta jerarquización de infracciones no es un imperativo inherente al principio de proporcionalidad, sino una consecuencia de la necesidad de evitar conceder a la administración la facultad de imponer una sanción que resultaría excesiva o insuficiente con independencia de las características del caso concreto.

### ***3.3.2. Parámetros de razonabilidad para la predeterminación de criterios de graduación***

La situación de los criterios de graduación es distinta. En principio, el establecimiento de criterios de graduación en la ley parece innecesario o, al menos, redundante. En cuanto principio general de derecho y presupuesto de la igualdad ante la ley y el debido proceso, el principio de proporcionalidad rige directamente la actividad administrativa. En este sentido, al determinar la sanción a imponer en el caso concreto, la administración se encuentra obligada a ponderar todas las circunstancias jurídicamente relevantes para tales efectos –y los tribunales a controlar esa ponderación–, con independencia de si la ley expresamente lo exige o no. Desde este punto de vista, ni el principio de proporcionalidad ni el principio de legalidad exigirían *per se* que los criterios de graduación a ser considerados por la administración y los tribunales se encuentren recogidos en la ley.

Con todo, en la medida que exista algún riesgo de que tanto la administración como los tribunales omitan o yerren en la ponderación de una o más de las circunstancias jurídicamente relevantes para determinar la sanción a imponer, el establecimiento de estas

---

<sup>60</sup> A modo ejemplar, la Ley N° 20.417 de 2010 (artículo 38), la Ley N° 20.529 de 2011 (artículo 73) y la Ley N° 20.720 de 2013 (artículo 338) agrupan las distintas infracciones establecidas como parte de un determinado régimen regulatorio (medio ambiente, educación y procesos concursales, respectivamente) en distintas categorías atendida su gravedad en abstracto (*i.e.*, gravísimas, graves y leves), asociando marcos sancionatorios diferenciados a cada una de estas categorías. Ver, en este sentido, ENTEICHE ROSALES (2017), pp. 73-75.

últimas como criterios legales de graduación encuentra justificación en el principio de legalidad como garantía del principio democrático, de la certeza jurídica, y de la igualdad ante la ley. Este riesgo de error u omisión es una consecuencia de los problemas de aplicación que conlleva la generalidad del principio *general* de proporcionalidad, en el sentido de que la misma flexibilidad de contenido que lo vuelve aplicable a una amplia gama de situaciones disímiles, abre espacios de discrepancia respecto de cuáles serían las circunstancias jurídicamente relevantes a ponderar en cada caso concreto, lo que, a su vez, explica por qué la aplicación de un mismo principio puede dar lugar a resultados contradictorios. En este contexto, el establecimiento legal de criterios de graduación opera más como un resguardo de la vigencia efectiva del principio de proporcionalidad en el ámbito administrativo que como precondition para su aplicabilidad. Lo que se busca, en definitiva, es que las discusiones sobre el contenido del principio y las circunstancias jurídicamente relevantes a considerar en un caso concreto sean zanjadas por el legislador *antes* de que se verifique la infracción y mediante procesos que gozan de mayores espacios de deliberación democrática, con tal de mitigar el riesgo de omisión o error en la aplicación administrativa o judicial de tales criterios<sup>61</sup>. De ahí que la razonabilidad del nivel de predeterminación normativa de criterios de graduación deba ser evaluada en función de este riesgo.

Tal vez la principal circunstancia determinante del riesgo de omisión o error en la aplicación administrativa o judicial de criterios de graduación de sanciones sea la *amplitud del marco sancionatorio* establecido por el legislador. Esta es una consecuencia de la llamada 'paradoja de la abundancia' (*paradox of choice*), sesgo cognitivo derivado de la limitada capacidad de cómputo del ser humano que explica por qué la abundancia de opciones tiende a dificultar la toma de decisiones, aumentando, por lo tanto, el riesgo de deci-

---

<sup>61</sup> Esta lógica es similar a aquella que subyace a la contratación privada como mecanismo de resolver *ex ante* diferencias que podrían surgir entre las partes en relación con los efectos de distintas variables o contingencias relevantes en la ejecución futura del contrato. A modo ejemplar, las partes de un contrato de ejecución de obra material podrían acordar expresamente que el contrato terminará si el precio de un determinado insumo supera un valor objetivo con tal de evitar eventuales conflictos sobre si, en base a principios generales de interpretación contractual, dicha circunstancia debe considerarse relevante para la ejecución del contrato (*e.g.*, si pudiera ser considerada como un eximente de responsabilidad bajo la teoría de la imprevisión o como caso fortuito).

siones equivocadas<sup>62</sup>. Ni la administración ni los tribunales están exentos de este sesgo, cuyos efectos pueden verse exacerbados por la cantidad de asuntos que les corresponde decidir<sup>63</sup> y por la celeridad con la que deben adoptar una decisión<sup>64</sup>. Por eso, cuanto más amplio sea el marco sancionatorio dispuesto por el legislador, mayor será la exigencia de predeterminación normativa de criterios de graduación.

De forma complementaria, la necesidad de predeterminación normativa de criterios de graduación puede ser evaluada en atención al *carácter especializado o técnico de la infracción sancionada*. Los tipos infraccionales administrativos muchas veces forman parte de regímenes regulatorios altamente técnicos, y pueden envolver circunstancias jurídicamente relevantes especiales, cuyo análisis suponga conocimientos particulares extrajurídicos. En estos casos, cobra relevancia que el legislador recoja de forma expresa estas circunstancias con tal de explicitar, anticipadamente, la particular forma que adopta el principio de proporcionalidad en el respectivo contexto regulatorio. Con todo, la necesidad de mayor predeterminación normativa en estos casos puede verse atenuada en la medida que el órgano administrativo al que se le conceda la potestad sancionatoria y el tribunal encargado de controlarla tengan, también, carácter técnico o una composición interdisciplinaria, en cuyo caso el riesgo de obviar estas circunstancias jurídicamente relevantes para la adecuación de la sanción sería razonablemente menor<sup>65</sup>.

<sup>62</sup> Ver, en general, SCHWARTZ (2004 [2005]). En el mismo sentido, DOBELLI (2011), p. 92 (“una gran variedad conduce a malas decisiones”); y THALER Y SUNSTEIN (2008 [2009]), pp. 75-78 (describiendo las implicancias para la arquitectura de la decisión de distintas variables que determinan la complejidad de ciertas decisiones) y 167 (describiendo cómo la abundancia de opciones de planes de salud redujo la efectividad del programa *Medicare*).

<sup>63</sup> A modo ejemplar, el CNTV declaró haber decidido 227 procesos sancionatorios el 2018 y 167 el 2019. Ver CNTV (2020): “Balance Estadístico: Cargos y Sanciones 2019”, disponible en <https://www.cntv.cl/wp-content/uploads/2021/01/Balance-estadistico-Cargos-y-Sanciones-2019-1.pdf>.

<sup>64</sup> Conforme al artículo 27 de la Ley N° 19.880 de 2003, “salvo caso fortuito o fuerza mayor, el procedimiento administrativo no podrá exceder de 6 meses, desde su iniciación hasta la fecha en que se emita la decisión final”.

<sup>65</sup> Como se adelantó (*supra*, nota al pie N° 49), el carácter técnico de muchas materias reguladas constituye una de las principales justificaciones para dotar a la administración de mayor discrecionalidad. Ver, también, TAPIA CANALES Y CORDERO VEGA (2015) (explicando que la mayor especialidad técnica del tribunal revisor justifica un mayor ámbito de revisión de la actividad administrativa).

### 3.4. Aplicación a la sentencia comentada

A la luz de este marco analítico, lo resuelto mediante la sentencia comentada en relación con el déficit de densidad normativa del artículo 33 de la Ley N° 18.838 de 1989, parece correcto, aunque por razones distintas a las que fundan la decisión de la mayoría. El principio de proporcionalidad no exige un determinado nivel de predeterminación normativa en materia sancionatoria como el que extraña la mayoría en el precepto impugnado, pero sí exige que el legislador se someta a ciertos parámetros de racionalidad al momento de definir el marco dentro del cual la administración podrá ejercer la potestad sancionatoria que se le ha conferido.

Un primer elemento relevante desde este punto de vista es la amplitud del tipo infraccional por el que “TúVes” fue sancionada. El inciso cuarto del artículo 1° de la Ley N° 18.838 de 1989 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”.

Por su parte, las Normas de Carácter General sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión que precisan el contenido de la disposición anterior, establecen una serie de normas de conducta que incluyen la prohibición de difusión de material pornográfico<sup>66</sup>; la prohibición de exhibir, dentro del horario de protección, programas o películas con participación de niños y niñas menores de 18 años en actos reñidos con la moral y las buenas costumbres, y que

---

<sup>66</sup> Artículo 3° de las Normas de Carácter General sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión de 2016. En el caso de las permisionarias, sin embargo, dicha prohibición no aplica a las “señales con contenido sexual exclusivamente destinado a público adulto, que se encuentran fuera de la parrilla programática básica, que se contratan por un pago adicional y que cuentan con mecanismos tecnológicos de control parental efectivo” (inciso segundo).

contengan violencia excesiva o truculencia<sup>67</sup>; la prohibición de exhibir sensacionalismo, truculencia y victimización secundaria en la comunicación de hechos que revistan caracteres de delitos, de catástrofes y de situaciones de vulneración de derechos o de vulnerabilidad<sup>68</sup>; y la prohibición de transmisión de publicidad de bebidas alcohólicas dentro del horario de protección<sup>69</sup>.

El artículo 33 de la Ley N° 18.838 de 1989 contempla exactamente el mismo marco sancionatorio para la infracción de todas estas normas de conducta. Conforme a su numeral 2°, este marco incluye multas que pueden ascender a entre 20 y 1000 UTM en el caso de permissionarios de carácter nacional, rango que incluso aumenta a entre 20 y 2000 UTM en caso de reincidencia. En principio, la amplitud de estos marcos sancionatorios resulta razonable atendida la diversidad de conductas prohibidas y de bienes jurídicos tutelados. Sin embargo, y como revelan las precisiones introducidas por la referida Norma de Carácter General, estos marcos aplican igualmente a tipos infraccionales disímiles, que tienen por objeto la protección de bienes jurídicos distintos. Esta situación reclama mayor predeterminación normativa, la que podría obtenerse por al menos una de dos vías no excluyentes.

De estimarse posible jerarquizar la multiplicidad de potenciales infracciones que podrían surgir de la inobservancia del principio de correcto funcionamiento de los servicios de televisión en atención a su desvalor relativo, una primera solución es agrupar tales infracciones bajo marcos sancionatorios diferenciados en atención a su desvalor relativo. A modo ejemplar, aquellas que consisten en la exhibición de material prohibido solo durante el horario de protección –tendientes, por lo tanto, a proteger “la formación espiritual e intelectual de la niñez y la juventud”, en los términos del artículo 1° de la Ley N° 18.838 de 1989– podrían someterse a un mismo marco sancionatorio, diverso de aquel que aplique para prohibiciones de exhibición más generales.

<sup>67</sup> *Ibid.*, artículo 4°. Las mismas Normas de Carácter General definen “Participación de niños, niñas o adolescentes en actos reñidos con la moral o las buenas costumbres” bajo la letra d) de su artículo 1°.

<sup>68</sup> *Ibid.*, artículo 7°. Las mismas Normas de Carácter General definen sensacionalismo, truculencia y victimización secundaria bajo las letras g), b), y f) de su artículo 1°, respectivamente.

<sup>69</sup> *Ibid.*, artículo 9°.

Sin embargo, también es posible que el legislador fundadamente considere que todas estas infracciones adolecen de un desvalor similar. En tal caso, el mayor riesgo de omisión o error en la consideración de las circunstancias jurídicas relevantes para definir la sanción a aplicar en el caso concreto que emana de la amplitud misma del marco sancionatorio y de la multiplicidad de infracciones distintas sometidas al mismo, puede ser mitigado consagrando criterios objetivos de graduación en la misma ley. En este sentido, y como se expresa claramente en la sentencia comentada, uno de los principales puntos de divergencia entre la mayoría y la disidencia, radica en la suficiencia de la ‘gravedad de la conducta’ como criterio de graduación. Así, mientras para la mayoría este criterio resulta “vacío e insuficiente” (considerando 19°), para la disidencia “tiene un contenido de gran riqueza” en cuanto expresión del principio de proporcionalidad<sup>70</sup> comprensiva de “dos componentes claves [...]: el daño causado y la culpabilidad” (considerando 21° de la disidencia).

Con todo, y aun compartiendo la caracterización que de dicho criterio hace la disidencia, la gravedad de la infracción, por sí sola, resulta insuficiente como criterio de graduación de sanciones. El problema deriva precisamente de que, atendida la aplicación tradicional del principio de proporcionalidad en materia sancionatoria como una exigencia de correspondencia entre la sanción y el desvalor de la conducta, la gravedad de la infracción –en cuanto término aglutinador de distintas circunstancias agravantes y atenuantes– parece superflua si se admite que la aplicación del principio de proporcionalidad a la actividad sancionatoria de la administración es pacífica y que la exigencia de establecer criterios de graduación en la ley se justifica en cuanto mecanismo para concretar o precisar el alcance del principio para asegurar su vigencia. A mi juicio, la proximidad de este criterio de graduación con el principio general que busca precisar presenta al menos tres tipos de problemas.

*Primero*, atendida su generalidad, el término suele ser ambiguo en cuanto a si lo que la administración o los tribunales, en su caso, deberán considerar la gravedad de la conducta en cuanto atentado contra uno o más bienes jurídicos, o en consideración a sus causas y consecuencias en el caso concreto. Esta distinción es relevante, sin embargo, porque la ponderación de la gravedad de la conducta en

---

<sup>70</sup> Considerando 20° de la disidencia.

abstracto debe ser realizada por el legislador al momento de definir el respectivo marco sancionatorio. En este sentido, que la administración considere la gravedad de la conducta en cuanto atentado abstracto contra uno o más bienes jurídicos sería superfluo o, peor, injusto si conlleva una doble valoración de la misma circunstancia para la imposición de la misma sanción<sup>71</sup>. Desafortunadamente, no es extraño que ciertos servicios incurran en esta confusión<sup>72</sup>.

*Segundo*, aun si se interpretara correctamente este criterio como indicativo de la gravedad de la conducta infraccional sancionada en el caso concreto, la gravedad de la infracción continuaría siendo un término superfluo atendida su cercanía conceptual con el principio de proporcionalidad. Si lo que persigue el establecimiento legal de criterios de graduación es precisar el contenido de este principio respecto del ejercicio de una potestad sancionatoria concreta, el que el contenido de la gravedad de la infracción como criterio de graduación deba ser extraído vía interpretación en cuanto término aglutinador de otros criterios más precisos –como el daño causado y la culpabilidad– es indiciario de su insuficiencia. En este sentido, las exigencias de precisión y certeza que justifican la consagración legal de criterios de graduación solo pueden ser satisfechas mediante una referencia *directa* a aquellos criterios más precisos.

*Tercero*, también podría argumentarse que la gravedad de la infracción contribuye a precisar el principio de proporcionalidad porque este último es más amplio, ya que no solo exige considerar cir-

---

<sup>71</sup> La prohibición de doble valoración de una misma circunstancia como fundamento de la imposición de una sanción es un corolario del principio de proscripción de doble juzgamiento o *ne bis in idem*. Ver MAÑALICH RAFFO (2011), p. 140 (explicando que, en su faz sustantiva, este principio conlleva “una prohibición de consideración o valoración múltiple de un mismo ‘hecho’ –o más técnicamente: de una misma circunstancia o aspecto (de uno o más hechos)– en la fundamentación judicial de la sanción a ser impuesta sobre una misma persona”). La consecuencia práctica de esta doble valoración sería exacerbar la gravedad o levedad relativa de la infracción concreta. Por ejemplo, la sanción a una infracción considerada grave por sus efectos en un bien jurídico protegido relevante debiera ubicarse hacia el extremo superior de un marco sancionatorio que ya sería relativamente alto considerando la gravedad (en abstracto) de esa infracción.

<sup>72</sup> A modo ejemplar, la Política Sancionatoria de la Comisión para el Mercado Financiero de 2020 considera, entre aquellos aspectos a ponderar al momento de analizar la gravedad de la conducta, la “[n]aturaleza y seriedad de la infracción en función del correcto funcionamiento, desarrollo o estabilidad del mercado financiero, la participación de sus agentes o el cuidado de la fe pública” (p. 23), esto es, del desvalor abstracto de la respectiva infracción como atentado contra determinados bienes jurídicos.

cunstancias agravantes y atenuantes (a las que haría referencia ‘la gravedad de la infracción’) sino también otro tipo de circunstancias relativas a las facultades del infractor<sup>73</sup>. Ello, sin embargo, solo confirmaría que la gravedad de la infracción, como criterio de graduación, es, por sí sola, insuficiente en la medida que no se complementa con otros criterios.

Con todo, no es posible desconocer que el precepto objeto de la sentencia comentada establece dos circunstancias objetivas cuya concurrencia permite ampliar el marco sancionatorio: el carácter local, regional o nacional de la concesión o permiso del sujeto pasivo de la multa; y la reincidencia. Ambos tienen la virtud de ser objetivos y, en cuanto agravantes<sup>74</sup>, consistentemente habilitan a la autoridad administrativa para imponer sanciones más onerosas. No obstante, los efectos que les atribuye el legislador adolecen de al menos dos defectos que los vuelven inconsistentes con los principios de legalidad y de proporcionalidad.

En primer lugar, llama la atención que la concurrencia de estas circunstancias permita aumentar el límite *máximo* del marco sancionatorio, pero no su límite *mínimo*. Ello permitiría, al menos formalmente, que una conducta constitutiva de infracción que la administración considera merecedora de la multa más leve posible pueda ser sancionada con exactamente la misma sanción cuando el infractor es reincidente. En este sentido, el legislador no excluyó aquellas sanciones que resultarían improcedentes en cualquier caso concreto, sino que derechamente habilitó a la administración para prescindir de una circunstancia agravante verificada. Este problema podría ser corregido en la medida que –por aplicación directa del principio de proporcionalidad a la actividad administrativa– la administración –o, en su caso, los tribunales– omitieran dar aplicación a parte del tramo inferior establecido por el legislador, pero ello implicaría delegar en otras funciones estatales la fijación de

<sup>73</sup> Ver *supra* nota al pie N° 55.

<sup>74</sup> El carácter agravante de estos criterios encuentra justificación como concreción del riesgo causado o del grado de culpabilidad del infractor. En el caso del carácter local, regional o nacional, la mayor cobertura de la concesión o del permiso conlleva un riesgo mayor de que la exhibición prohibida sea vista por un mayor número de televidentes. En el caso de la reincidencia, la circunstancia de haber sido sancionado por la misma infracción permite al infractor tener mayor conciencia de la ilicitud de la conducta y de la necesidad de adoptar resguardos para que no vuelva a ocurrir.

un monto mínimo cuya determinación corresponde, *ex ante* y con efectos generales, al legislador.

Un segundo problema que emana del efecto atribuido a estas circunstancias agravantes es que, dado que solo amplían el marco sancionatorio, aumentan el riesgo de omisión o error en la ponderación de las circunstancias jurídicamente relevantes del caso concreto. Como se explicó, ello exige que la aplicación de estos criterios sea reforzada mediante criterios adicionales *de graduación*, que guíen a la administración o a los tribunales, en su caso, en la determinación de sanción más adecuada al caso concreto *dentro del marco* fijado por el legislador. Como también se explicó, ‘la gravedad de la infracción’ no es un criterio autosuficiente para estos efectos.

En este contexto, y aunque no existe un listado predeterminado de criterios de graduación, con tal de abarcar las tres principales dimensiones de circunstancias jurídicamente relevantes para evaluar la proporcionalidad de una sanción<sup>75</sup>, aquellos que finalmente decida recoger el legislador deberían incluir: (i) al menos un criterio que permita determinar la extensión del daño o del riesgo causado, (ii) al menos un criterio conforme al cual definir el nivel de culpabilidad del infractor, y (iii) al menos un criterio que haga referencia al impacto relativo de la sanción en el infractor. Por mandato del principio de proporcionalidad, además, en cada caso los respectivos criterios deberían considerar las particularidades del régimen sancionatorio específico.

Respetando estas directrices, el legislador debería poder elegir discrecionalmente los criterios de graduación a establecer en el respectivo régimen sancionatorio. Solo a modo ejemplar, estos podrían incluir: (i) como criterio de determinación del daño causado, el nivel de audiencia alcanzado por el programa respectivo o el número de suscriptores con que cuente el operador<sup>76</sup>; el nivel de violencia, trulencia, sensacionalismo; o a la duración de la infracción (*e.g.*, de

<sup>75</sup> *Ver supra* nota al pie N° 55.

<sup>76</sup> De hecho, este criterio está recogido en las Normas Generales para la Aplicación de la Sanción de Multa adoptadas por el CNTV con posterioridad a la sentencia comentada mediante Resolución Exenta N° 610 de 7 de julio de 2021. *Ver*, en este sentido, su artículo 2°, N° 4 (“El Consejo calificará la gravedad de la infracción, de acuerdo a los siguientes criterios: [...] La extensión del daño causado. Para estos efectos se podrá considerar, entre otros criterios, el nivel de audiencia alcanzado por el programa en el horario respectivo y, tratándose de permissionarias de televisión, el número de suscrip-

la exhibición del contenido prohibido); (ii) como criterio de determinación de culpabilidad, la adopción de medidas para prevenir la exhibición de material prohibido o el nivel de intencionalidad del infractor; y (iii) como criterio de determinación del impacto de la sanción en el infractor, la capacidad económica del infractor.

#### 4. CONCLUSIONES

La sentencia comentada ilustra claramente los desafíos de recurrir al principio de proporcionalidad como límite del ejercicio de distintas funciones públicas en materia administrativa sancionatoria. Esgrimiendo exactamente el mismo principio, tanto la mayoría como la disidencia arriban a conclusiones contradictorias en relación con el adecuado nivel de predeterminación normativa de sanciones administrativas. Como se ha tratado de demostrar en este comentario, esta aparente contradicción es consecuencia de una errónea aplicación del principio de proporcionalidad como portador de exigencias mínimas estáticas y de la excesiva simplificación de un problema que, en realidad, exige ponderar otros valores, principios y derechos constitucionales adicionales.

La actual Constitución Política no exige un determinado nivel de predeterminación normativa ni de discrecionalidad administrativa en materia de determinación de sanciones administrativas. Sí exige, en cambio, que el legislador pondere los distintos valores, principios y derechos en juego con el objeto de configurar marcos sancionatorios que sean proporcionales al desvalor de la infracción tipificada y reconozcan espacios razonables de discrecionalidad administrativa en la determinación de la sanción a imponer en cada caso concreto. Es en este último sentido que el principio de proporcionalidad reclama vigencia como estándar para el control de razonabilidad de esta decisión legislativa. A mi juicio, sería deseable que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional contribuyera a depurar los criterios a partir de los cuales evaluar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta de los marcos sancionatorios legales en atención a las particularidades de cada régimen regulatorio y al

---

tores con que cuente el operador, de conformidad a la información proporcionada al efecto por la Subsecretaría de Telecomunicaciones”).

ámbito de competencia del legislador en el contexto de una adecuada separación de funciones de la actividad sancionatoria estatal.

## BIBLIOGRAFÍA

- ANDRÉS PÉREZ, María del Rocío (2008): *El principio de proporcionalidad en el Procedimiento Administrativo Sancionador* (Barcelona, Editorial Bosch).
- ACEMOGLU, Daron y ROBINSON, James A. (2019): *The Narrow Corridor: States, Societies and the Fate of Liberty* (Nueva York, Penguin Random House LLC).
- ARANCIBIA MATTAR, Jaime (2016): “Los puntos de prueba en litigios de impugnación de actos administrativos”, en Arancibia Mattar, Jaime y Romero Seguel, Alejandro (coord.), *La Prueba en la Litigación Pública* (Santiago, Editorial Librotecnia) pp. 161-190.
- ARISTÓTELES (1475 [1981]): *Ética Nicomaquea* (México D.F., Editorial Porrúa, S.A., Novena Edición, versión española de Antonio Gómez Robledo).
- CÁRCAMO RIGHETTI, Alejandro (2011): “La obligatoria observancia del Principio de Proporcionalidad de la sanción en el derecho administrativo sancionador: fundamentos, alcances y aplicaciones”, en Arancibia Mattar, Jaime y Alarcón Jaña, Pablo (coord.), *Sanciones Administrativas. X jornadas de derecho administrativo. Asociación de derecho administrativo (ADA)* (Santiago, Legal Publishing Chile) pp. 149-165.
- CEA EGAÑA, José Luis (2013): *Derecho Constitucional Chileno: Tomo III* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- CONSEJO NACIONAL DE TELEVISIÓN (2020): “Balance Estadístico: Cargos y Sanciones 2019”, disponible en <https://www.cntv.cl/wp-content/uploads/2021/01/Balance-Estadistico-Cargos-y-Sanciones-2019-1.pdf>.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2014): *Derecho Administrativo Sancionador. Bases y principios en el derecho chileno* (Santiago, Legal Publishing Chile).
- DOBELLI, Rolf (2011): *El arte de pensar* (Barcelona, Ediciones B).

- ENTEICHE ROSALES, Nicolás (2017): *Las Sanciones Administrativas: el Problema de la Proporcionalidad* (Valencia, Tirant Lo Blanch).
- FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo (2006): *Derecho Constitucional Económico: Tomo I* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, Segunda Edición).
- GARCÍA PINO, Gonzalo y CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo (2014): “Diccionario Constitucional Chileno”, *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, N° 55 (Santiago, Tribunal Constitucional de Chile).
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Íñigo (2013): *Derecho Administrativo Sancionador, Parte General. Teoría y Práctica del Derecho Penal Administrativo* (Navarra, Editorial Aranzadi, Tercera Edición).
- HUEPE ARTIGAS, Fabián (2018): *Discrecionalidad Administrativa y Razonabilidad* (Santiago, Editorial Legal Publishing Chile).
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (2011): “El principio *ne bis in idem* en el derecho penal chileno”, *Revista de Estudios de la Justicia* N° 15: pp. 139-169.
- NIETO GARCÍA, Alejandro (2012): *Derecho Administrativo Sancionador* (Madrid, Editorial Tecnos, Quinta Edición).
- PICA FLORES, Rodrigo (2013): “Aspectos teóricos y jurisprudenciales en torno a la reserva legal de regulación y limitación en materia de derechos fundamentales”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, año 20 - N° 1: pp. 193-228.
- SCHWARTZ, Barry (2004 [2005]): *The Paradox of Choice: Why More Is Less*, (New York, Harper Perennial).
- TAPIA CANALES, Javier y CORDERO VEGA, Luis, (2015): “La Revisión Judicial de las Decisiones Regulatorias: una mirada institucional”, *Estudios Públicos* N° 139: pp. 7-65.
- THALER, Richard H. y SUNSTEIN, Cass R. (2008 [2009]): *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness* (Nueva York, Penguin Books).
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2004): “Esquema de los principios del derecho administrativo sancionador”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte – Sede Coquimbo, año 11, N° 2: pp. 137-147.

VIERA-GALLO QUESNEY, José Antonio (2011): “Controlando leyes mediante principios constitucionales: un derecho razonable”, *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, N° 46 (Santiago, Tribunal Constitucional de Chile).

WALDRON, Jeremy (2013): “Separation of Powers in Thought and Practice?”, *Boston College Law Review*, Volumen 54: pp. 433-468.

### NORMAS CITADAS

Decreto Ley N° 3.538 de 1980 que crea la Comisión para el Mercado Financiero.

Ley N° 18.168 de 1982 General de Telecomunicaciones.

Ley N° 18.838 de 1989 que crea el Consejo Nacional de Televisión.

Ley N° 19.880 de 2003 que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado.

Ley N° 20.417 de 2010 que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.

Ley N° 20.529 de 2011 sobre Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media y su Fiscalización.

Ley N° 20.720 de 2013 que sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfecciona el rol de la superintendencia del ramo.

Consejo Nacional de Televisión (2016): “Normas Generales sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión”, dictadas mediante acuerdo adoptado en la Sesión de 28 de marzo de 2016 y publicadas en el Diario Oficial el 21 de abril de 2016.

Comisión para el Mercado Financiero (2020): “Resolución Exenta N° 4795 de 19 de octubre de 2020 que ejecuta acuerdo del Consejo de la Comisión para el Mercado Financiero que aprueba Política Sancionatoria de la Comisión para el Mercado Financiero”.

Consejo Nacional de Televisión (2021): “Normas Generales para la Aplicación de la Sanción de Multa” dictadas mediante Resolu-

ción Exenta N° 610 de 7 de julio de 2021 y publicadas en el Diario Oficial el 10 de julio de 2021.

### JURISPRUDENCIA CITADA

- Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que establece normas para las entidades financieras en liquidación (1985): Tribunal Constitucional, 8 de abril de 1985, Rol 28-85.
- Requerimiento formulado por el Ministro del Interior, en virtud del artículo 82 de la Constitución Política, para que se declare la responsabilidad del señor Clodomiro Almeyda Medina por infracción al artículo 8° de la Constitución Política (1987): Tribunal Constitucional, 21 de diciembre de 1987, Rol 46-1987.
- Control de constitucionalidad del proyecto de ley que modifica la ley N° 4.601, Ley de Caza, a fin de proteger la fauna (1996): Tribunal Constitucional, 26 de agosto de 1996, Rol 244-1996.
- Requerimiento de inconstitucionalidad de un grupo de Senadores respecto del Decreto Supremo N° 20, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado en el Diario Oficial de 12 de abril de 2001 (2001): Tribunal Constitucional, 26 de junio de 2001, Rol 325-01.
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Compañía Eléctrica San Isidro S.A. y otras, respecto del artículo 15 de la ley 18.410, Orgánica de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, en autos sobre recursos de reclamación de ilegalidad que indica, de los que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago (2006): Tribunal Constitucional, 10 de agosto de 2006, Rol 479-2006-INA.
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Iberoamericana de Energía IBENER S.A., respecto del artículo 3° N° 17, inciso 4° y N° 23, inciso 1°, 15, 16 N° 2 y 16 A de la Ley 18.410, en la causa Rol N° 5.816-2004 de la Corte de Apelaciones de Santiago (2006): Tribunal Constitucional, 31 de julio de 2006, Rol 480-2006-INA.
- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por la Corte de Apelaciones de Santiago respecto del inciso primero del artículo 42 del DFL N° 164, de 1991 (Ley de Concesiones), en relación a la causa caratulada “Autopista Central S.A. con Servicio

de Mecánica Mantenición Track S.A.”, Rol N° 2097-2006, seguida ante la Corte de Apelaciones de Santiago (2006): Tribunal Constitucional, 26 de diciembre de 2006, Rol 541-2006-INA.

Requerimiento de inaplicabilidad de la Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso en la causa RUC 0700364853-7, RIT 186-08 en contra de Franco Mariano Arancibia Tognia, en relación con la aplicación del artículo 137 del DFL N.º 1, de 22 de junio de 1982, del Ministerio de Minería, Ley General de Servicios Eléctricos (2009): Tribunal Constitucional, 19 de mayo de 2009, Rol 1191-2008.

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Empresa Eléctrica Atacama S.A. (EMELAT) respecto del artículo 41, inciso final del DFL N° 850, de 1997, Ministerio de Obras Públicas, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 15.840, de 1964, y del DFL N° 206, de 1960, sobre construcción y conservación de caminos, en relación a los autos sobre recurso de apelación, caratulados ‘Ernesto Peñafiel Morgan con Dirección Regional de Vialidad Atacama’, de que conoce la Corte Suprema, bajo el Rol N° 7792-2011 (2012): Tribunal Constitucional, 31 de julio de 2012, Rol 2069-11-INA.

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Constructora y Administradora Uno S.A. respecto del artículo 20 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, en los autos infraccionales, Rol N° 3228-2013 del Tercer Juzgado de Policía Local de Maipú, de que conoce actualmente la Corte de Apelaciones de Santiago, por recurso de apelación, bajo el Rol N° 2090-2013 (2015): Tribunal Constitucional, 7 de septiembre de 2015, Rol 2648-14-INA.

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Roberto Guzmán Lyon respecto del artículo 29 del Decreto Ley N° 3.538, de 1980, que crea la Superintendencia de Valores y Seguros, en los autos sobre juicio sumario de reclamación de multa, caratulados “Guzmán Lyon, Roberto con Superintendencia de Valores y Seguros”, de que conoce el 16° Juzgado Civil de Santiago, bajo el Rol C-21.305-2014 (2016): Tribunal Constitucional, 29 de septiembre de 2016, Rol 2922-15-INA.

Sociedad Agrícola Austral Berries Limitada con Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región de Los Lagos (2020): Corte Suprema, 15 de octubre de 2020 (reclamación de multa sanitaria), Rol N° 21090-2020.

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Sociedad Pesquera LANDES S.A., respecto del artículo 5°, inciso tercero, del Decreto Supremo N° 430, de 1992, del entonces Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción (Ley General de Pesca y Acuicultura), en el proceso Rol N° 42.027-2019, sobre recurso de protección seguido ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso (2020): Tribunal Constitucional, 12 de noviembre de 2020, Rol N° 8614-INA.

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Héctor Mario Soto Vilaza respecto de los artículos 9° del D.L. N° 321, que establece la Libertad Condicional para las personas condenadas a penas privativas de libertad; y artículo primero, apartado cuarto, de la Ley N° 21.124, que modifica el D.L. N° 321, en el proceso Rol Ingreso Corte Amparo N° 2880-2020, sobre recurso de amparo, seguido ante la Corte de Apelaciones de Santiago (2021): Tribunal Constitucional, 1° de abril de 2021, Rol 9921-20-INA.

Abarca con Desbordes (2021): Corte Suprema, 21 de abril de 2021 (acción de protección), Rol N° 5303-2021.

Valderas con Dirección de Educación Pública (2021): Corte Suprema, 30 de julio de 2021 (acción de protección), Rol N° 122215-2020.

Entel PCS Telecomunicaciones S.A con Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (2022): Corte Suprema, 7 de marzo de 2022 (recurso de queja), Rol N° 7307-2022.

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Canal 13 SpA respecto del artículo 33, N° 2, de la Ley N° 18.838, que crea el Consejo Nacional de Televisión, en el proceso Rol N° 155-2021 (Contencioso-Administrativo), sobre recurso de apelación, seguido ante la Corte de Apelaciones de Santiago (2022): Tribunal Constitucional, 8 de marzo de 2021, Rol 11110-21-INA.