

ORD.: N° 1121

ANT.: Cargo notificado mediante oficio CNTV N° 697, de 2018.

MAT.: Comunica Acuerdo que rechaza los descargos presentados y aplica a DIRECTV Chile Televisión Limitada la sanción de multa de 200 (doscientas) Unidades Tributarias Mensuales, contemplada en el artículo 33° N°2 de la Ley N°18.838, por infringir el artículo 5° de las Normas Generales Sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión, mediante la exhibición, el día 21 de marzo de 2018, a partir de las 14:29 hrs., por su señal "Edge", de la película "This is the End".

SANTIAGO, 01 AGO 2018

DE : SEÑOR JORGE CRUZ CAMPOS
SECRETARIO GENERAL(S) DEL CONSEJO NACIONAL DE TELEVISIÓN

A : SEÑOR GIANPAOLO PEIRANO BUSTOS
DIRECTOR LEGAL DE DIRECTV CHILE TELEVISIÓN LIMITADA
AVDA. VITACURA 4380, PISO 10, LAS CONDES, SANTIAGO

Comunico a usted, que el día 30 de julio de 2018, el Consejo Nacional de Televisión aprobó el Acta de la Sesión celebrada el lunes 23 de julio de 2018, en la cual se adoptó el siguiente Acuerdo:

VISTOS:

- I. Lo dispuesto en los artículos 1°, 12°, letras a) y l), 13°, y 33° y siguientes de la Ley N° 18.838;
- II. El Informe de Caso C-5868, elaborado por el Departamento de Fiscalización y Supervisión del CNTV;
- III. Que, en la sesión del día 7 de mayo de 2018, se acordó formular cargo al operador DIRECTV CHILE TELEVISION LIMITADA, por presuntamente infringir -a través de su señal "Edge"-, el artículo 5° de las Normas Generales Sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión, mediante la exhibición, el día 21 de marzo de 2018, a partir de las 14:29 hrs., de la película "This is the End", es decir, en "horario de protección de los niños y niñas menores de 18 años", no obstante su calificación como para mayores de 18 años hecha por el Consejo de Calificación Cinematográfica;
- IV.- Que, el cargo fue notificado mediante oficio CNTV N° 697, de 2018, y la permissionaria presentó sus descargos oportunamente, que señalan, en síntesis, lo siguiente:

1- Que, los cargos no tienen sustento legal, porque se habría omitido la ponderación -en el procedimiento administrativo-, de consideraciones subjetivas que rodearon comisión de la infracción y, por tanto, se habría presumido por esta entidad la voluntad de actuar dolosa o culposamente contra la norma infringida.

2- Expresa, también, que atendidas las características del servicio que presta, carece de prerrogativas para alterar la programación que envían sus proveedores extranjeros, o para revisar en forma previa los contenidos, resultando desproporcionada la imposición de esa obligación.

3- Añade, que la responsabilidad por los contenidos visionados por los menores recae en un adulto, quien contrata el servicio y dispone del mecanismo de decodificador y un "control parental" pudiendo

decidir los contenidos a visualizar, siendo dicha persona quien puede, de acuerdo a la ley N° 18.838, interponer la denuncia respectiva y, por lo tanto, le corresponde decidir la programación que los menores verán y controlar el respeto a la formación espiritual e intelectual de la niñez y la juventud. Por esta razón, esgrime la incompatibilidad entre el actuar de oficio del CNTV - ejercido en este caso-, y el ejercicio de esa facultad de denuncia; lo que evidenciaría que no se ha afectado la formación espiritual e intelectual de los menores de edad;

4.- Enseguida, hace presente que el canal EDGE no es parte de la oferta básica de canales de DIRECTV. A este respecto, y teniendo en consideración que dentro de las escenas de la película se contienen escenas de índole sexual, solicita que, al momento de resolver los descargos, se tenga presente lo dispuesto en el artículo 3° de las Normas Generales sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión, que se refieren a los programas o películas con contenido sexual exclusivamente destinado a un público adulto, cuya difusión se permite bajo las circunstancias descritas en la norma;

5.- Finalmente, indica que, al recibir la formulación de cargos, han tomado contacto inmediato con el proveedor de contenido que transmite la señal EDGE, quien les informó la eliminación de la película *"This is the End"*, lo que debiese considerarse como atenuante, ya que la película no será transmitida nuevamente por el canal mencionado;

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, el material fiscalizado en estos autos corresponde a la película *"This is The End"*, emitida el día 21 de marzo de 2018, a partir de las 14:29 hrs., por la permisionaria DIRECTV CHILE TELEVISION LIMITADA, a través de su señal "Edge";

SEGUNDO: La película, narra una historia ficticia en la cual seis actores (James Franco, Jonah Hill, Seth Rogen, Jay Baruchel, Danny McBride y Craig Robinson) se interpretan a sí mismos, y deben enfrentar atrapados en casa de James Franco después una serie de extraños y catastróficos acontecimientos que inician el apocalipsis mientras el mundo exterior se desmorona. Encerrados con pocas provisiones, todo amenaza la buena convivencia y la amistad dentro de la casa. Eventualmente, se verán forzados a salir poniendo a prueba su amistad.

Todo comienza cuando Jay Baruchel llega a Los Ángeles para visitar a su viejo amigo Seth Rogen, con quien acude a una fiesta organizada por James Franco. Jay, se siente incómodo en el lugar y le pide a Seth que lo acompañe a comprar cigarrillos, pero cuando se encuentran en la tienda, el suelo comienza a moverse y el cielo se abre, destellando grandes rayos de luces azules que succionan a algunas de las personas que se encontraban en el lugar. Posteriormente, la cajera de la tienda muere aplastada por un objeto contundente que cae sobre ella. Frente a estos sucesos, Seth y Jay huyen despavoridos y se dirigen a la casa de James en donde la fiesta continúa como si nada hubiese pasado. Jay, intenta explicarles a los asistentes de la fiesta que el Apocalipsis está ocurriendo, pero nadie le cree. En ese momento, el suelo comienza a moverse nuevamente, y quienes estaban en la casa se asoman al patio para ver qué ocurre.

Una vez fuera de la casa, uno de los asistentes a la fiesta, Mike, comienza a acusar a otro de haberle robado su celular, y mientras habla cae un poste de luz que lo atraviesa en la mitad de su cuerpo. Luego, y con el poste atravesando en su cuerpo, la tierra se abre, generándose un abismo dentro del cual cae este y varias de las celebridades y personas, que habían acudido a la fiesta. Sólo cinco personas logran sobrevivir a tal suceso siendo estas: Seth, Jay, James, Jonah Hill y Craig Robinson, los cuales se refugian al interior de la casa, organizando las provisiones disponibles y fortificando el lugar para que nadie pudiera ingresar.

Al día siguiente, los sobrevivientes se percatan de la subsistencia de Danny McBride, quien se había quedado dormido en la tina del baño, y no cree lo sucedido. Se produce una discusión, hasta que una persona, desde el exterior, rompe parte de la entrada de la casa rogando que lo dejen ingresar. En este momento, alguien (o algo) le corta la cabeza, y quienes se encuentran en la casa comienzan a patear la cabeza como si fuera una pelota de fútbol. Luego, Craig es elegido para salir de la casa en busca de agua, pero en su travesía se encuentra con un extraño ser que lo asusta, y este comienza a considerar la veracidad de la teoría de Jay acerca de la ocurrencia del Apocalipsis.

Posteriormente, y debido a problemas y discusiones, el grupo decide, en forma unánime, echar a Danny de la casa, quien antes de retirarse decide revelar algunos secretos como, por ejemplo, que Jay había ido a Los Ángeles hace un tiempo atrás y no le había avisado a Seth. Este último, se molesta con su amigo, y Jonah reprende a Jay, ganándose un golpe en el rostro como respuesta. Esa misma noche, antes de dormir, Jonah

reza para que Jay muera debido a sus actitudes. Luego, se queda dormido y se observan imágenes que sugieren la existencia de una violación de este por parte de un demonio que, posterior a dicho acto, lo posee.

Al día siguiente, Craig y Jay se dirigen a revisar la casa vecina en busca de alimentos, pero regresan asustados escapando de una especie de demonio con forma de toro. Mientras tanto, en la casa de Franco, Jonah se desmaya, para luego despertar poseído, y perseguirlos a todos. Finalmente, el grupo consigue dominarlo y lo amarran a una cama para realizarle un exorcismo, pero una de las velas prendidas cae al suelo, incendiando la casa que finalmente se derrumba, terminando con la vida de Jonah.

El grupo intenta escapar en el auto, pero un enorme demonio con alas bloquea su paso. Craig, se ofrece como sacrificio para distraerlo, y lograr que sus amigos se salven. El plan funciona, ya que los tres hombres logran escapar del lugar y, al mismo tiempo, Craig es llevado al cielo por un rayo de luz azul, debido a su buena acción. Repentinamente, el auto en el que escapa el resto del grupo es chocado por un camión blindado, en cuyo interior se encontraba un grupo de canibales dirigido por Danny. Esta vez, es Franco quien se ofrece como sacrificio para salvar a los dos amigos, con el objeto de lograr su propia salvación, lo que en un principio funciona ya que comienza a ser succionado por el rayo de luz. Sin embargo, no puede evitar burlarse de Danny, y el rayo se desvanece dejándolo caer al suelo a merced de los canibales.

Seth y Jay arrancan del lugar, pero se encuentran con un demonio de gran tamaño que se acerca hacia ellos. Los dos, en un último intento por lograr su salvación, se expresan su amor mutuo, consiguiendo que el rayo de luz succione a Jay hacia el cielo, pero no a Seth, quien se agarra de la mano del primero para poder subir juntos. El rayo de luz comienza a parpadear, por lo que Seth desiste de su intento y suelta a su amigo, cayendo hacia el demonio, pero debido a este acto de bondad, obtiene su propio rayo de luz y asciende junto a Jay, logrando, ambos, llegar al cielo donde se reencuentran con Craig;

TERCERO: Que, en virtud de lo prescripto en la Carta Fundamental y en la ley, los servicios de televisión deben observar el principio del correcto funcionamiento -Arts. 19° N°12 Inc. 6° de la Constitución Política y 1° de la Ley N°18.838;

CUARTO: Que, el legislador ha definido la observancia dicho principio, como el permanente respeto observado a través de su programación a los contenidos a dicho principio atribuidos por el legislador en aquel precepto legal;

QUINTO: Que, uno de los contenidos atribuidos por el legislador a dicha directriz, es la salvaguarda del normal desarrollo de la personalidad de niños y jóvenes, bajo la formulación del respeto a la formación espiritual e intelectual de la niñez y la juventud, en armonía con lo dispuesto en el artículo 1°, que se viene mencionando;

SEXTO: Que, el artículo 5° de las Normas Generales Sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión, cuya *ratio legis* es, justamente, salvaguardar el normal desarrollo de la personalidad de niños y jóvenes en un contexto de colaboración reglamentaria, prescribe: *“Las películas calificadas para mayores de 18 años por el Consejo de Calificación Cinematográfica, y aquellas no calificadas por el Consejo de Calificación Cinematográfica que incluyan contenidos no aptos para niños y niñas menores de edad, sólo podrán ser exhibidas por los servicios de televisión fuera del horario de protección”*;

SÉPTIMO: Que, a su vez el artículo 2° de las Normas Generales sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión dispone: *“Se 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”*;

OCTAVO: Que, la película *“This is The End”* fue calificada por el Consejo de Calificación Cinematográfica, *“para mayores de 18 años”* en sesión de fecha 30 de diciembre de 2013; y no existe constancia que la permisionaria haya usado el derecho que le otorga el artículo 17°, de la Ley N° 19.846, para solicitar la recalificación de la película;

NOVENO: De esta manera, corresponde a este Consejo pronunciarse sobre el asunto descrito, en atención a los deberes y atribuciones establecidos en los artículos 19°, N° 12 inciso 6°, de la Constitución Política de la República; y 1°, 12°, 13° y 33° y siguientes de la Ley N° 18.838; disposiciones referidas al principio del correcto funcionamiento de los servicios de televisión; directriz con asidero constitucional que permite el ejercicio -a posteriori en relación a las emisiones televisivas-, de tales potestades constitucionales y legales de supervigilancia y sanción, que esta entidad ejerce con arreglo a la normativa reseñada;

DÉCIMO: Despejado esto, cabe señalar que, en la especie, la permisionaria, al haber exhibido una película calificada para *“mayores de 18 años”* fuera del bloque horario permitido -a partir de las 14:29 hrs.-, ha incurrido en una conducta que contraviene el ordenamiento jurídico vigente.

Específicamente, constituye una infracción al artículo 5° de las Normas Generales sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión, correlato normativo del acervo sustantivo del principio del correcto funcionamiento, en su faz protectiva de la formación espiritual e intelectual de los menores de edad.

Tal vinculación normativa -reflejo del principio de colaboración reglamentaria que impera en Derecho Público- proviene de la propia Ley N° 18.838, cuyos artículos 12, letra l) y 13, letra b), establecen la potestad del H. Consejo Nacional de Televisión de impedir que menores se vean expuestos a contenidos que pueden dañar su desarrollo, por la vía del establecimiento de un horario de exclusión de tales contenidos.

Dicha colaboración normativa, además, ha sido ratificada por los Tribunales Superiores de Justicia, como se verá;

DÉCIMO PRIMERO: Sin perjuicio de lo razonado, se describe el siguiente contenido, que da cuenta no solo de la efectividad de su transmisión, sino que además de la naturaleza del todo invariable para ser visualizada por menores de edad:

- a) (14:32:51) Jay y Seth consumen marihuana. El tema del uso de drogas aparece de manera recurrente a lo largo de toda película.
- b) (14:43:01) Uno de los protagonistas, Jay Baruchel, encuentra a un hombre en el baño junto a dos mujeres, una de las cuales se encuentra besándole el trasero y la otra, pareciera estar practicándole sexo oral.
- c) (14:46:11) La cajera de un negocio muere aplastada por un objeto, salpicando gran cantidad de sangre a una de las paredes.
- d) (14:49:08) Uno de los asistentes a la fiesta, Mike, es atravesado por un poste de luz en la mitad de su cuerpo, salpicando sangre. Luego, este es arrastrado, con el poste atravesado, a un abismo que se abre en el suelo. La mayoría de los presentes comienzan a caer en el agujero, y varios de ellos mueren en extrañas circunstancias como, por ejemplo, con los brazos cortados o la cabeza aplastada.
- e) (15:09:10) Un hombre solicita ayuda, asomando su cabeza por un agujero en la puerta, pero es decapitado. Los amigos que se encuentran al interior de la casa, juegan con la cabeza del hombre como si fuera una pelota, desparramando la sangre por el suelo.
- f) (15:44:22) Mientras uno de los personajes duerme, aparece una extraña figura demoníaca que lo ataca, simulando una violación para poseerlo.

Como puede apreciarse, las escenas descritas contienen violencia excesiva, lo que justifica la calificación cinematográfica. El film abusa de efectos audiovisuales, que buscan la exacerbación de los actos violentos; las escenas son de larga duración, por lo que el espectador puede apreciar en detalle la crudeza de las imágenes;

DÉCIMO SEGUNDO: Seguidamente, de conformidad con lo que se ha venido razonando, conviene precisar que la aplicación de la normativa reglamentaria expedida por el Consejo Nacional de Televisión a la emisión objeto de control en estos autos, armoniza con lo señalado por la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, en orden a que las Normas Generales mencionadas prohíben legítimamente la transmisión en horario para todo espectador de películas calificadas para mayores de 18 años por el Consejo de Calificación Cinematográfica.

Lo anterior, en tanto se trata de preceptos que han sido dictados por el Consejo en el ejercicio de facultades que le confieren la Constitución y la Ley, y constituyen una derivación del artículo 1° de la Ley N° 18.838, que resguarda el bien jurídico formación espiritual e intelectual de la niñez y la juventud.

De tal modo, según dicha jurisprudencia, aquel criterio es aplicable tanto a los servicios de televisión concesionados como a los permisionarios de servicios limitados de televisión, calidad esta última que ostenta DIRECTV;

DÉCIMO TERCERO: Luego, resulta conveniente abundar en los fallos que han reconocido las facultades del Honorable Consejo para fiscalizar los contenidos de los servicios de televisión y para sancionarlos en caso de que ellos incumplan el deber de cuidado que les imponen la Ley N° 18.838 y las normas reglamentarias que la complementan.

Al respecto, cabe citar lo que sostuvo la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago en un fallo que confirmó una sanción impuesta por el Honorable Consejo a un servicio limitado de televisión, donde señaló: “Como quiera que sea, la infracción que imputa la exhibición de una película para mayores de 18 años en una franja para todo espectador no corresponde a una conducta que resulte extraña a lo que exige el sentido común o la ordinaria disposición de las cosas. En cualquier caso, es posible entender que dicho comportamiento no es sino una explicación del propósito de propender al respeto de la formación espiritual e intelectual de la niñez y la juventud a que se refiere el inciso 3° del artículo 1° de la citada Ley del Consejo de Televisión”¹;

DÉCIMO CUARTO: A modo de corolario de lo anteriormente referido, dicho criterio ha sido corroborado por la Excelentísima Corte Suprema, quien sobre este punto ha resuelto²: “Décimo Cuarto: Que actuando dentro de sus facultades el Consejo Nacional de Televisión dictó las “Normas Generales sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión”, publicadas en el Diario Oficial del 20 de agosto de 1993, mediante las cuales prohibió a los servicios de televisión las transmisiones de cualquiera naturaleza que contengan violencia excesiva, truculencia, pornografía o participación de niños o adolescentes en actos reñidos con la moral o buenas costumbres, para luego proceder a definir cada concepto. En ese mismo ámbito de competencia dictó las “Normas Especiales sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión” estableciendo las franjas horarias en las que pueden ser transmitidas las películas que el Consejo de Calificación Cinematográfica califique para mayores de 18 años, restringiéndolas al horario que va entre las 22: 00 y las 06:00 horas. Décimo Quinto: Que los reglamentos antes señalados sólo se circunscriben a particularizar conceptos que se encuentran en la ley y en virtud de ello establecen limitaciones, determinando los horarios en que deben transmitirse algunos programas, con lo cual la obligación derivada del principio de legalidad no se ve cuestionada pues existe una predeterminación normativa de conductas ilícitas que el reglamento concreta con restricciones que no afectan la esencia de los derechos de la empresa DIRECTV Chile Televisión Limitada. Décimo Sexto: Que de conformidad con lo razonado es posible concluir que al dictar el Consejo Nacional de Televisión las normas generales y especiales de contenidos de las emisiones de televisión lo ha hecho dentro del ámbito de su competencia y con ello ha actuado en colaboración a la ley, normas que son aplicables a los servicios de radiodifusión televisiva limitada y que por ende está obligada a cumplir la empresa DIRECTV Chile Televisión Limitada”;

DÉCIMO QUINTO: Despejado lo anterior -habiéndose efectuado la vinculación fáctico-normativa que avala la actividad del H. Consejo Nacional de Televisión, sobre los descargos formulados por la permisionaria, corresponde aclarar desde ya, que dichas alegaciones no resultan suficientes para exonerar a la permisionaria de la responsabilidad infraccional en que ha incurrido, toda vez que el artículo 13° inciso 2° de la Ley N° 18.838 la hace exclusivamente responsable de todo aquello que transmita o retransmita a través de su señal -aun cuando sea vía satélite.

Además, conviene traer a colación el hecho público y notorio que los titulares de permisos limitados de televisión incorporan en su programación publicidad nacional de diversa índole, lo que importa intervenir el contenido de lo que envía el programador, no siendo entonces efectivo lo alegado por la permisionaria en orden a que materialmente le resulta imposible intervenir la programación³.

Más aún, sus justificaciones resultan inadmisibles, tanto por cuanto materialmente la programación puede ser conocida anticipadamente y confrontada con la calificación vigente en Chile, y, además, cualquier impedimento contractual que pudiese prestar asidero a lo que alega no tiene mérito jurídico justificatorio para incumplir la legislación específica relativa a la regulación de la televisión y la Constitución Política chilena.

En este sentido, son los contratos que suscribe y las relaciones con sus proveedores de contenido los que deben adaptarse a la ley y a la Constitución chilena en lo tocante al espectro del alcance de su artículo 19 N° 12, inciso sexto, y no al revés pues nos encontramos frente a una materia de orden público no disponible por la autonomía de la voluntad;

DÉCIMO SEXTO: Ahora, respecto al control parental y medios tecnológicos a disposición del adulto responsable, cabe precisar que endosar la responsabilidad al usuario, resulta improcedente, atento que se pretende eximir de toda responsabilidad por actos de terceros que nada tienen que ver con la prestación de servicios de televisión regulados por normas de orden público.

Los padres no prestan un servicio de televisión regulado por ese régimen, y en su labor de educación podrán contratar o no servicios de televisión, pero jamás se puede afirmar que a quienes se dirigen las

¹ Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 12 de abril de 2012, recurso Rol 474-2012

² Corte Suprema, sentencia de 21 de septiembre de 2012, recurso Rol 2543-2012.

³ Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 26 de abril de 2012, recaída en el Rol de Ingreso N°7259-2011.

trasmisiones o difusión de programas de televisión, sean quienes deban velar porque se respete la normativa vigente, desde quien ofrece el producto y lo trasmite es a quien corresponde la sanción y no al cliente”.⁴

Un entendimiento contrario, implicaría vulnerar los artículos 1° y 13° Inc. 2° de la Ley N° 18.838, de acuerdo a los cuales el sujeto pasivo de la obligación de no transmitir contenidos que importen un atentado al respeto debido a la formación espiritual e intelectual de la niñez y la juventud es la permissionaria, recayendo en ella la responsabilidad de todo aquello que emita a través de sus señales, resultando improcedente la traslación de dicha responsabilidad a los usuarios, realidad que se ve ratificada por el artículo 1° de las Normas Sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión;

DÉCIMO SÉPTIMO: En síntesis, es sobre la entidad permissionaria en quien recae la responsabilidad de todo aquello que emita a través de sus señales.

No obsta a lo anterior, el hecho que no exista denuncia particular respecto a esta emisión, ya que, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 1° y 12° Inc. 1° letra a) de la Ley N° 18.838, es deber del H. Consejo velar porque los servicios de radiodifusión de televisión de libre recepción y los servicios limitados de televisión circunscriban sus transmisiones dentro del marco del principio del *correcto funcionamiento* de los servicios de televisión, encontrándose dentro de la esfera de sus atribuciones fiscalizar de oficio cualquier transmisión de dicha naturaleza, siendo, así, la facultad conferida a los particulares la posibilidad de formular una denuncia -artículo 40° bis de la Ley N° 18.838-, perfectamente compatible con la fiscalización de oficio;

DÉCIMO OCTAVO: En efecto, cabe recordar que esta institución autónoma opera en pos de la protección de los intereses y bienes jurídicos colectivos presentes en el artículo 1° de la Ley N° 18.838, concretando el mandato de promoción del bien común y servicialidad a la persona humana del artículo 1° de la Carta Fundamental, razón por la cual, máxime tomando en cuenta que cumple funciones de administración pública revestida de autonomía constitucional, su actividad debe ser permanente al servicio de tales valoraciones, no pudiendo delegar las potestades públicas por ley entregadas ni abstenerse de su ejercicio.

Ello, en armonía con el principio de juridicidad presente en los artículos 6° y 7° de la Constitución;
DÉCIMO NOVENO: Luego, respecto a que no existiría un análisis, por parte del CNTV al formular cargos, de las condiciones subjetivas de su conducta, es útil precisar que ello no es necesario dentro del contexto regulatorio de los servicios de televisión.

En primer lugar, la Convención de los Derechos del Niño, en su Preámbulo establece que el niño, por encontrarse en situación de vulnerabilidad física y mental necesita de cuidados especiales, y es así como en sus párrafos 1 y 2, garantiza dos derechos que resultan esenciales dentro de la arquitectura de protección de los menores de edad: el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su *interés superior* en todas las medidas o decisiones que le afecten, tanto en la esfera pública como privada, y el derecho a ver adecuadamente cautelado su *bienestar*.

Además, se debe recordar lo que indica el tratadista Alejandro Nieto en su obra “*Derecho Administrativo Sancionador*”⁵, donde expresa que “*por simple inobservancia puede producirse responsabilidad en materia sancionadora*”⁶, agregando que en el Derecho Administrativo Sancionador “*predominan las llamadas infracciones formales, constituidas por una simple omisión o comisión antijurídica que no precisan ir precedidas de dolo o culpa ni seguidas de un resultado lesivo. El incumplimiento de un mandato o prohibición ya es, por sí mismo, una infracción administrativa*”⁷.

Y luego concluye: “*la infracción administrativa está conectada con un mero incumplimiento, con independencia de la lesión que con él pueda eventualmente producirse y basta por lo común con la producción de un peligro abstracto. Y tanto es así que semánticamente es ese dato del incumplimiento –literalmente: infracción– el que da el nombre a la figura, con la que se identifica*”⁸.

En la doctrina nacional Enrique Barros ha desarrollado sobre este punto la noción de “culpa infraccional”, que puede ser útil a estos efectos, la cual “*supone una contravención de los deberes de cuidado establecidos por el legislador u otra autoridad con potestad normativa (en una ley, ordenanza, resolución u otra regulación semejante)*”⁹. En este sentido indica que “*Es práctica común que por vía*

⁴ Sentencia rol N° 474-2016. I. Corte de Apelaciones de Santiago. En el mismo sentido sentencias roles N°s. 4973, 8603 y 10855, todas de 2015, y 917-2016, del mismo Tribunal.)

⁵ Nieto García, Alejandro “*Derecho Administrativo Sancionador*”. Madrid: Editorial Técnos, 4ª. Edición, 2ª. Reimpresión, 2008.

⁶ *Ibid.*, p. 392.

⁷ *Ibid.*, p. 393.

⁸ *Ibid.*

⁹ Barros Bourie, Enrique, “*Tratado de Responsabilidad Extracontractual*”. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 97-98.

*legislativa o administrativa sean reguladas actividades que presentan riesgos. Las consideraciones que sigue el legislador son esencialmente preventivas*¹⁰.

En igual sentido, la doctrina precisa sobre la culpa en relación con las infracciones administrativas de este tipo, que tal relación “... supone una contravención a los deberes de cuidado establecidos por el legislador u otra autoridad con potestad administrativa (en una ley, ordenanza, resolución u otra regulación semejante)”¹¹; para referirse, más adelante, precisamente a la omisión de un deber de cuidado (como el establecido en el artículo 1° de la Ley N° 18.838), “Del mismo modo como ocurre cuando el daño es producido por una acción, la infracción a un deber legal de actuar es suficiente para dar por acreditada la culpa. En otras palabras, hay culpa infraccional por el solo hecho de no haberse ejecutado un acto ordenado por la ley”¹².

Además, la Excelentísima Corte Suprema ha resuelto: “Décimo: Que sobre este tópico conviene recordar que en el caso de infracciones a las leyes y reglamentos acreedoras de sanción ellas se producen por la contravención a la norma sin que sea necesario acreditar culpa o dolor de la persona natural o jurídica, pero esto no la transforma en una responsabilidad objetiva como quiera que ésta sólo atiende a la relación de causalidad y al daño, en cambio en aquélla el elemento esencial es la infracción a la ley y/o reglamento, pudiendo considerarse este elemento de antijuridicidad como constitutivo de una verdadera culpa del infractor”¹³;

VIGÉSIMO: Así entonces, en la especie, la hipótesis infraccional se ha verificado por el sólo hecho de transmitir material calificado por el organismo competente para mayores de 18 años de edad, en un horario excluido de tal posibilidad, tal como lo dispone la normativa vigente; hecho que no ha sido desvirtuado por la permisionaria, sin que resulte pertinente, por tanto, un análisis de las consideraciones subjetivas que rodearon la comisión del ilícito que ahora sanciona.

Refuerza esta conclusión el hecho de que el film transmitido contiene escenas que hacen inconveniente su visionado infantil, como ya se detalló anteriormente.

Aquel reproche y consecuente sanción, posee asidero normativo en las disposiciones que cautelan la protección de la directriz de formación intelectual y espiritual de la niñez y la juventud, a saber, los artículos 12 letra l) y 13, ambos de la Ley N° 18.838; y en armonía con dichos preceptos, las disposiciones de las Normas Generales sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión;

VIGÉSIMO PRIMERO: Ahora, en relación a que la señal “Edge” no pertenecería a la parrilla programática básica, por lo que solicita la aplicación de lo dispuesto en el artículo 3° de las Normas Generales sobre Contenidos, cabe aclarar que de la sola redacción dicho precepto, es posible apreciar que se trata de una norma que consagra un sistema de excepción a la prohibición de transmitir contenidos pornográficos establecida en el artículo 13° de la Ley N° 18.838.

Por ello, la incongruencia de su invocación a este caso salta a la vista de inmediato, en tanto, en primer lugar, la película transmitida no puede catalogarse de pornográfica en base a la definición efectuada por el artículo 1° de dichas Normas -y tomando en cuenta lo ponderado en el Considerando Décimo Primero.

Es más, reforzado por la calificación efectuada por la instancia competente -Consejo de Calificación Cinematográfica-, como un film para mayores de 18 años, cabe aplicar una valoración completamente autónoma y mucho más amplia que la pornografía, que se consagra como una excepción en el sistema del correcto funcionamiento, a saber, la categoría de contenido “no apto para menores de edad”, que posee una consagración normativa y un tratamiento completamente distinto, lo que se evidencia de la lectura del artículo 12°, letra l), de la ley N° 18.838, específicamente lo señalado en sus incisos segundo y cuarto.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Tal diferenciación, se encuentra presente a nivel reglamentario en la Normas Generales sobre Contenidos ya citadas, como se aprecia del contraste entre sus artículos 1° letra c), 3°, 4° y 5°.

Resumiendo, el núcleo legal de la conducta sancionada en este caso, se encuentra descrito en la esfera del artículo 12° letra l), incisos segundo y cuarto de la Ley N° 18.838, y en el inciso primero del artículo 13° de la misma ley, normas que contienen la categoría protectora amplia de contenido “no apto para

¹⁰ Ibid., p. 98.

¹¹ Barros, Bouric, Enrique, “Tratado de Responsabilidad Extracontractual”. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp- 97-98.

¹² Ibid., p.127.

¹³ Corte Suprema, sentencia de 25 de enero de 2010, recaída en la causa Rol N°7448-2009.

menores de edad”, dando origen a la normativa de segregación horaria cuya finalidad es la protección de la infancia y la juventud en concordancia con el bien jurídico consagrado en su artículo 1°; y que no se relaciona con las excepciones específicas que la normativa pueda tolerar respecto a otras categorías de contenidos, como la pornografía;

VIGÉSIMO TERCERO: Así, aparece de la comparación normativa que las normas reglamentarias sobre segregación poseen su fundamento último en la protección del menor y su interés superior, razón por la cual la categoría de programación “no apta para menores de edad” es más amplia que la de “pornografía”, no pudiendo, entonces, regir una excepción aplicable sólo a este último tipo de transmisiones en perjuicio de los derechos fundamentales del menor, cuyo respeto requiere de medidas e interpretaciones extensivas, como ya se ha señalado en este acuerdo.

A mayor abundamiento, debe recordarse que este caso no se trata de una película de contenido pornográfico, ni la formulación de cargos ha sido efectuada por dicha infracción, razón por la cual no resulta aplicable la invocación de la permisoria;

VIGÉSIMO CUARTO: En apoyo de la interpretación extensiva que permite ampliar la potestad de segregación horaria y minimizar las excepciones toleradas por el sistema de correcto funcionamiento de la televisión, debe recordarse que esta argumentación encuentra asidero jurídico en el sistema internacional de Derechos Humanos, en la Convención de los Derechos del Niño.

Su Preámbulo establece que el niño, por encontrarse en situación de vulnerabilidad física y mental necesita de cuidados especiales, y es así como en sus párrafos 1 y 2, garantiza dos derechos que resultan esenciales dentro de la arquitectura de protección de los menores de edad: el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su *interés superior* en todas las medidas o decisiones que le afecten, tanto en la esfera pública como privada, y el derecho a ver adecuadamente cautelado su *bienestar*; derechos, ambos, que guardan una estrecha relación entre sí, por cuanto, como ha indicado el Comité de los Derechos del Niño:

«Al evaluar y determinar el interés superior de un niño o de los niños en general, debe tenerse en cuenta la obligación del Estado de asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar (art. 3, párr. 2). Los términos “protección” y “cuidado” también deben interpretarse en un sentido amplio, ya que su objetivo no se expresa en una fórmula limitada o negativa (por ejemplo, “para proteger al niño de daños”) sino en relación con el ideal amplio de garantizar el “bienestar” y el desarrollo del niño. El bienestar del niño, en un sentido amplio, abarca sus necesidades materiales, físicas, educativas y emocionales básicas así como su necesidad de afecto y seguridad».¹⁴

El *interés superior* es una norma de derecho fundamental, que al estar contenida en un tratado internacional sobre derechos humanos, ratificado por Chile y que se encuentra vigente, forma parte del bloque de garantías constitucionales, y por lo tanto es autoejecutable e interpretable de forma extensiva y no limitativa, es decir, puede ser aplicado directamente ante cualquier órgano que ejerza jurisdicción y las excepciones normativas que lo limiten deben, obviamente, ser interpretadas limitativamente.

VIGÉSIMO QUINTO: Caracterizando aquello que ha de entenderse por interés superior del niño, la Corte Suprema ha resuelto que éste: «*alude al pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente y su finalidad cubre, el desarrollo de los potenciales del menor y la satisfacción de sus necesidades en los diferentes aspectos de su vida*»¹⁵.

Por su parte, en cuanto a la relación entre el *bienestar* del niño y su *interés superior*, el Tribunal Constitucional ha hecho suyas las voces que desde la doctrina nacional han resaltado el vínculo sustancial que existiría entre ambos, señalando al respecto que el *interés superior* del niño es «*el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona del menor de edad y, en general, de sus derechos, que buscan su mayor bienestar*», agregando que «*el concepto abarca además la obligación de elegir las alternativas que permitan el desarrollo moral e intelectual del niño dentro de la sociedad*»¹⁶.

Siguiendo la línea argumental antes esbozada, se puede concluir que en nuestro medio, de acuerdo a lo que señala la Convención de los Derechos del Niño, es una obligación para todos los habitantes del país (incluidas los servicios de televisión), el evitar cualquier transmisión que pueda afectar la formación intelectual y espiritual de la niñez y juventud, y del Consejo Nacional de Televisión sancionar

¹⁴ Comité de los Derechos del Niño: Observación general N° 14 (2003) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), página 16.

¹⁵ CORTE SUPREMA, sentencia de 3 de mayo de 2010, Rol 620-2010.

¹⁶ BAEZA CONCHA, Gloria, El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia. En *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 28, no. 2, abril-junio 2001, pp. 355-362. Citado por Tribunal Constitucional, Sentencia de 04 de enero de 2011, Rol 1683-10-INA

las transmisiones con contenido no apto para menores de edad que se hayan efectuado fuera del horario permitido para ello.

En efecto, la Convención dispone en su artículo 3, numeral 1 que todas las instituciones públicas que deban adoptar medidas concernientes a los niños, deben hacer atendiendo como consideración primordial el interés superior del niño; lo que conlleva a proscribir al máximo las posibilidades de que los menores accedan a programación dañina para su formación;

VIGÉSIMO SEXTO: Finalmente, en relación a la atenuante que invoca relativa a la no transmisión a futuro de la película objetada, cabe señalar que dado el carácter hipotético y futuro de la acción que refiere, tal ponderación excede los elementos que los artículos 1°, 12°, letra l) inciso tercero, y 33, de la Ley N° 18.838, obligan a este Consejo ponderar en relación a la sanción a imponer.

En efecto, el referido artículo 33 refiere, para determinar la sanción, al elemento gravedad de la infracción, por lo que en la condición negativa y futura que invoca, no se divisa elemento de juicio alguno que incida en la determinación y ponderación que la normativa impele a este Consejo efectuar, máxime, tomando en cuenta que la transmisión reprochada, obviamente, ya fue efectuada;

VIGÉSIMO SÉPTIMO: En este contexto, conviene recordar que esta entidad autónoma únicamente se avoca a la fiscalización de emisiones televisivas efectuadas -control represivo, en armonía con la Constitución Política-, debiendo aclarar, incluso, que transmitir contenido inapropiado para ser visualizado por menores de edad en horario en que usualmente los niños pueden acceder a la programación -como ha ocurrido en la especie-, es una situación agravante de responsabilidad, como lo dispone el mentado artículo 12.

VIGÉSIMO OCTAVO: A lo anterior, debe sumarse el hecho de que la permissionaria se encuentra en situación de reincidencia en la misma hipótesis infraccional ahora sancionada, concurrencia que, según el artículo 33 de la ley en comento, permite duplicar la sanción a imponer.

En efecto, la permissionaria registra trece sanciones dentro del año calendario previo a la exhibición de la película fiscalizada, por infringir el artículo 1°, de la Ley N° 18.838, por la vía de la vulneración del artículo 5° de las Normas Generales Sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión, a saber:

- a) Por exhibir la película “Soldado Universal”, impuesta en sesión de fecha 31 de julio de 2017, oportunidad en la que fue condenada al pago de una multa de 200 Unidades Tributarias Mensuales;
- b) por exhibir la película “Cobra”, impuesta en sesión de fecha 21 de agosto de 2017, oportunidad en la que fue condenada al pago de una multa de 150 Unidades Tributarias Mensuales;
- c) por exhibir la película “Asesinos de Elite”, impuesta en sesión de fecha 4 de septiembre de 2017, oportunidad en la que fue condenada al pago de una multa de 200 Unidades Tributarias Mensuales;
- d) por exhibir la película “El Lobo de Wall Street”, impuesta en sesión de fecha 4 de septiembre de 2017, oportunidad en la que fue condenada al pago de una multa de 200 Unidades Tributarias Mensuales;
- e) por exhibir la película “Nico, sobre la Ley”, impuesta en sesión de fecha 11 de septiembre de 2017, oportunidad en la que fue condenada al pago de una multa de 200 Unidades Tributarias Mensuales;
- f) por exhibir la película “Cobra”, impuesta en sesión de fecha 26 de septiembre de 2017, oportunidad en la que fue condenada al pago de una multa de 200 Unidades Tributarias Mensuales;
- g) por exhibir la película “The Craft”, impuesta en sesión de fecha 20 de noviembre de 2017, oportunidad en la que fue condenada al pago de una multa de 200 Unidades Tributarias Mensuales;
- h) por exhibir la película “Pasajero 57”, impuesta en sesión de fecha 20 de noviembre de 2017, oportunidad en la que fue condenada al pago de una multa de 200 Unidades Tributarias Mensuales;

- i) por exhibir la película “Pasajero 57”, impuesta en sesión de fecha 27 de noviembre de 2017, oportunidad en la que fue condenada al pago de una multa de 200 Unidades Tributarias Mensuales;
- j) por exhibir la película “Mi Abuelo es un Peligro”, impuesta en sesión de fecha 4 de diciembre de 2017, oportunidad en la que fue condenada al pago de una multa de 200 Unidades Tributarias Mensuales;
- k) por exhibir la película “Mi Abuelo es un Peligro”, impuesta en sesión de fecha 18 de diciembre de 2017, oportunidad en la que fue condenada al pago de una multa de 200 Unidades Tributarias Mensuales;
- l) por exhibir la película “Pasajero 57”, impuesta en sesión de fecha 22 de enero de 2018, oportunidad en la que fue condenada al pago de una multa de 20 Unidades Tributarias Mensuales; y
- m) por exhibir la película “El Perfecto Asesino”, impuesta en sesión de fecha 5 de febrero de 2018, oportunidad en la que fue condenada al pago de una multa de 50 Unidades Tributarias Mensuales;

VIGÉSIMO NOVENO: En conclusión, los argumentos de la permisionaria aparecen improcedentes al momento de ponderar la sanción a imponer, en tanto presuponen el desconocimiento de la Ley N° 18.838 y normativa asociada -de orden público- en la transmisión que ha efectuado, lo que contravendría, de ser aceptado, el referido artículo 13° de esa ley y su artículo 33°, preceptos de acuerdo a los cuales la permisionaria es exclusivamente responsable de lo que trasmite, y la entidad y magnitud de la sanción a imponer dependen, únicamente, de circunstancias asociadas a la gravedad de la infracción expresamente determinadas, cuales son la reincidencia y el hecho de haber transmitido el contenido cuestionado en horario en que los menores tienen acceso a la programación;

Ninguno de dichos tópicos ha sido controvertido o planteado por la permisionaria en sus descargos;

TRIGÉSIMO: Así entonces, el Consejo al adoptar el presente acuerdo no ha hecho más que cumplir con el principio de juridicidad consagrado en el Texto Fundamental.

Estas consideraciones, operan sin perjuicio de la posibilidad que le asiste al operador de solicitar una nueva calificación de la película fiscalizada ante el Consejo de Calificación mentado, de conformidad al artículo 17, de la ley N° 19.846, a objeto de cumplir cabalmente con la legislación del Estado de Chile relativa a la calificación cinematográfica; lo que no consta en el expediente administrativo; por lo que,

El Consejo Nacional de Televisión, en sesión de hoy, por la unanimidad de los Consejeros presentes, acordó rechazar los descargos presentados por la permisionaria y sancionar, y en lo que se refiere al *quantum* de la sanción, por una mayoría compuesta por los Consejeros Parot, Silva, Guerrero, Hornkohl e Iturrieta, se acordó aplicar a DIRECTV CHILE TELEVISION LIMITADA, la sanción de multa de 200 (doscientas) Unidades Tributarias Mensuales, contemplada en el artículo 33° N°2 de la Ley N°18.838, por infringir el artículo 5° de las Normas Generales Sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión, mediante la exhibición, el día 21 de marzo de 2018, a partir de las 14:29 hrs., por su señal “Edge”, de la película “This is the End”, en “horario de protección de los niños y niñas menores de 18 años”, no obstante su calificación como para mayores de 18 años, practicada por el Consejo de Calificación Cinematográfica.

Se previene que los Consejeros Andrés Egaña y Gastón Gómez, concurriendo al voto unánime de sancionar a la permisionaria, en atención a la antigüedad de la calificación practicada a la película fueron del parecer de imponer una multa ascendente a 50 (cincuenta) Unidades Tributarias Mensuales; y el Consejero Arriagada y la Consejera Hermosilla -participando ambos, igualmente, de dicha unanimidad-, estimaron imponer multa de 100 (cien) Unidades Tributarias Mensuales a la permisionaria.

La permisionaria deberá acreditar el pago de la multa dentro de quinto día de ejecutoriado este acuerdo, exhibiendo el pertinente comprobante de la Tesorería General de la República o, en su defecto, copia debidamente timbrada e ingresada ante la I. Corte de Apelaciones de Santiago, de la apelación interpuesta en contra del presente acuerdo, para efectos de suspender los apremios legales respectivos, mientras se tramita dicho recurso.

Atentamente,



JORGE CRUZ CAMPOS
SECRETARIO GENERAL (S)

JCC/pza.