

ORD.: 258

ANT.: Cargo notificado mediante oficio CNTV N°95, de 26 de enero de 2018.

MAT.: Comunica Acuerdo de Consejo que rechaza los descargos y aplica a Telefónica Empresas Chile S. A. la sanción de multa de 100 (cien) Unidades Tributarias Mensuales, contemplada en el artículo 33° N°2 de la Ley N°18.838, infringir, a través de su señal "HBO", el Art. 1° de la Ley 18.838, mediante la exhibición, el día 24 de septiembre de 2017, a partir de las 21:01 hrs., en "horario de protección de los niños y niñas menores de 18 años", de la serie "The Deuce".

SANTIAGO, 16 MAR 2018

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

A : SEÑOR CLAUDIO MONASTERIO REBOLLEDO
GERENTE GENERAL DE TELEFONICA EMPRESAS CHILE S.A.

Comunico a usted, que el día 12 de marzo de 2018, el Consejo Nacional de Televisión aprobó el Acta de la Sesión celebrada el lunes 5 de marzo de 2018, en la cual se adoptó el siguiente Acuerdo:

VISTOS:

- I. Lo dispuesto en el Capítulo V de la Ley N°18.838;
- II. El Informe de Caso C-5143, elaborado por el Departamento de Fiscalización y Supervisión del CNTV;
- III. Que, en la sesión del día 8 de enero de 2018, acogiendo lo comunicado en el precitado informe, se acordó formular cargo al operador Telefónica Empresas Chile S.A. por presuntamente infringir, a través de su señal "HBO", el Art. 1° de la Ley 18.838, mediante la exhibición, el día 24 de septiembre de 2017, a partir de las 21:01 hrs., en "horario de protección de los niños y niñas menores de 18 años", de la serie "The Deuce", no obstante, su contenido no apto para menores de edad;
- IV. Que, el cargo fue notificado mediante oficio CNTV N°95, de 26 de enero de 2018, y que la permisionaria presentó sus descargos oportunamente;
- V. Que, en su escrito de descargos, ingreso CNTV N° 332/2018, la permisionaria señala lo siguiente:

Claudio Monasterio Rebolledo, abogado, en representación convencional de Telefónica Empresas Chile S.A. (en adelante, "TEC"), RUT N°78.703.410-1, sociedad del giro prestación de servicio limitado de televisión, representada legalmente por su gerente general, señor Pedro Pablo Laso Bambach, ingeniero civil, todos domiciliados para estos efectos en Avenida Providencia N° 111, piso 28, comuna de Providencia, Santiago, en procedimiento de cargo según Oficio Ord. N° 95 de 26 de enero de 2018, al H. Consejo Nacional de Televisión respetuosamente digo:

Dentro del plazo legal y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34° inciso segundo de la Ley N° 18.838, y en los artículos 25 y 46 de la Ley N° 19.880 sobre bases del procedimiento administrativo, vengo en formular descargos respecto de los cargos formulados a mi representada por el Consejo Nacional de Televisión (en

adelante "CNTV"), los que fueron notificados a esta parte por Oficio Ord. N° 95 de 26 de enero de 2018 el que se contenía en sobre recepcionado por Correos de Chile con fecha 30 de enero en curso, solicitando al CNTV disponer la absolución de TEC y, subsidiariamente, para el caso que estimare que se configura la infracción materia del cargo de autos, la aplicación de la mínima sanción que consagra el artículo 33 de la ley N° 18.838.

El CNTV ha formulado cargo en contra de Telefónica Empresas Chile S.A. por la posibilidad de haberse infringido el artículo 1° de la Ley N° 18.838, al exhibirse, a través de la señal "HBO", la serie "The Deuce" el día 24 de septiembre de 2017, en "horario de protección de los niños y niñas menores de 18 años", no obstante tener un contenido supuestamente inapropiado para ser visionado por menores.

Los fundamentos de los presentes descargos son los que se indican a continuación:

1. Infracción del principio de legalidad y tipicidad consagrado en el artículo 19 N° 3 de la Constitución. Los cargos formulados se fundan en una norma genérica que no constituye un tipo infraccional susceptible de sanción administrativa (Ley Penal en Blanco).

2. Los cargos son infundados e injustos: (i) TEC no ha incurrido en la comisión del hecho infraccional que se le imputa; (ii) TEC ha tomado todas las medidas a su alcance tendientes a impedir la exhibición de contenidos inapropiados en horario para todo espectador (ausencia de culpa); y (iii) Se trata de emisiones que han sido expresa y especialmente contratadas y consentidas por los usuarios. A este respecto, corresponde consignar que el propio CNTV ha absuelto a otras permisionarias teniendo en consideración los esfuerzos desplegados para ajustar su proceder al marco de la ley.

3. En subsidio, se aplique sanción de amonestación o bien la multa mínima prevista en la ley que se justifique conforme al mérito del proceso. La aplicación de una multa en el presente caso es una medida que no se ajustaría bajo ningún respecto al principio de proporcionalidad de las penas toda vez que TEC ha obrado dando estricto cumplimiento a las reglas del CNTV, a la vez que despliega permanentemente el nivel de cuidado necesario para prevenir infracciones a la ley.

Señalado lo anterior, y para efectos de mejor orden, dividiremos esta presentación en los siguientes capítulos: I. Antecedentes Generales; y II. Análisis particular de los vicios en que incurren los cargos impugnados.

I. ANTECEDENTES GENERALES.

Mediante Oficio Ordinario N° 95, el CNTV procedió a formular cargo a TEC por la exhibición de la serie "The Deuce".

El cargo formulado por el CNTV se fundó en la supuesta infracción al artículo 1° de la Ley N° 18.838, la que se configuraría por la exhibición de la referida serie, a través de la señal "HBO", el día 24 de septiembre de 2017, en "horario de protección de los niños y niñas menores de 18 años" no obstante su contenido supuestamente inapropiado para ser visionado por menores. Señala el cargo en la parte pertinente:

"El Consejo Nacional de Televisión, (...) acordó formular cargo al operador Telefónica Empresas Chile S.A., por presuntamente infringir a través de su señal "HBO", el Art. 1° de la Ley 18.830, mediante la exhibición, el día 24 de septiembre de 2017, a partir de las 21:01, hrs., la serie "The Deuce", en "horario de protección de los niños y niñas menores de 18 años", no obstante, su calificación para mayores de 18 años, practicada por el Consejo de Calificación Cinematográfica."

II. ANÁLISIS PARTICULAR DE LOS VICIOS EN QUE INCURREN LOS CARGOS IMPUGNADOS.

1. Vulneración del principio de legalidad y tipicidad consagrado en el artículo 19 N° 3 de la Constitución.

Sin perjuicio que esta parte tiene la convicción de no haber incurrido en infracción alguna a la Ley N° 18.838, según se dará cuenta en el número 2 siguiente, es necesario consignar desde ya que el cargo formulado vulnera los límites y garantías del ejercicio del ius puniendi del Estado, particularmente en lo relativo al principio de legalidad y tipicidad.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia coinciden en que el derecho administrativo sancionatorio constituye una dimensión del derecho penal y, en cuanto tal, necesariamente debe observar y sujetarse a los

principios de legalidad y tipicidad. Así, para hacer procedente la aplicación de sanciones por parte del CNTV, se requiere necesariamente de la existencia previa de la definición precisa de la conducta que la ley considera reprochable o bien de un deber positivo de conducta específico, no siendo admisible invocar para tales efectos disposiciones amplias o genéricas que privan a los administrados de certeza jurídica respecto de la conformidad a derecho de su actuar. De lo contrario, se vulneran los principios de la existencia de una ley previa y cierta para ser objeto de sanciones y se cae en la figura de la ley penal en blanco.

La norma en la cual se ha pretendido fundar la infracción, y por lo tanto una eventual sanción, es extremadamente amplia y general, y no contiene ni remotamente una descripción precisa de las conductas particulares que podrían estimarse que la infringen. Ciertamente, la declaración de principios genérica relativa a la formación espiritual e intelectual de la niñez y la juventud no tiene la finalidad (o ratio legis) -ni la aptitud- de dar el contenido detallado exigido por el legislador para los efectos pretendidos por el CNTV. En definitiva, la norma de que ha pretendido valerse el CNTV para formular cargos a TEC no cumple con las exigencias constitucionales propias de un tipo sancionatorio administrativo, en especial las contenidas en los incisos penúltimo y final del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, que establece y eleva a rango constitucional los denominados "principios de legalidad de las penas" y "principio de tipicidad de las conductas".

2. Los cargos formulados son infundados e injustos.

Sin perjuicio de lo expuesto en el número precedente, se solicita se acojan los presentes descargos por ser los cargos formulados tanto infundados como injustos.

Lo anterior, fundado, entre otras argumentaciones, en que:

- Ausencia del acto. Los hechos imputados son inexistentes;
- TEC ha tomado las medidas a su alcance tendientes a impedir la exhibición de contenidos no aptos para menores de edad en horario para todo espectador (ausencia de culpa); y
- No existe vulneración al bien jurídico tutelado por el artículo 1° de la Ley N° 18.838, toda vez que se trata de emisiones que han sido expresa y especialmente contratadas y consentidas por los usuarios.

Para efectos de mejor orden a continuación analizaremos separadamente los fundamentos que determinan que los cargos impugnados deben ser dejados sin efecto:

(a) Ausencia del acto. Los hechos imputados son inexistentes.

De acuerdo al cargo notificado, se imputa a mi representada "la exhibición, el día 24 de septiembre de 2017, a partir de las 21:01 hrs., de la serie "The Deuce", en "horario de protección de los niños y niñas menores de 18 años", no obstante, su calificación como para mayores de 18 años (...)" (el subrayado, es nuestro).

Ahora bien, de acuerdo a los registros de programación de "HBO", que se adjuntan en un otrosí de esta presentación y contrariamente al cargo imputado a mi representada, la serie "The Deuce" no fue exhibida por TEC, a través de la señal "HBO" (HBO Chile Feed), a las 21:01 horas del día 24 de septiembre de 2017. Es más, durante el marco temporal antes señalado se exhibió la película "The finest hour"

HBO EAST		PROGRAMMING SEPTEMBER 2017					HBO-CHILE(CHL)
Sunday	Monday	Tuesday	Wednesday	Thursday	Friday	Saturday	
Sep 24, 2017							
07:00 Ghosts Of Girlfriends							
08:45 Rocky And Michelle's Hi							
10:20 Hey Man							
12:15 Storms							
12:50 Pete's Dragon							
15:40 My Big Fat Greek Wedding							
17:20 Bridget Jones's Baby							
19:30 Saving My Tomorrow Par							
20:00 The Finest Hours							
22:00 The Deuce 01: Eps 02							
23:00 BALLERS 03: Eps 10							
23:40 The Crown							
21:20 The Walking Ringer							
03:15 Poetic Justice							
05:06 Nothing In Common							

Para efectos de clarificar, quisiéramos hacer presente que la serie "The Deuce" no fue exhibida a las 21 horas a través de la señal "HBO Chile Feed", la cual se encuentra dentro de la oferta de señales fija de TEC bajo la denominación "HBO" en la frecuencia 629, sino que fue exhibido a las 22 horas del día 24 de septiembre. Ese filme si estaba programado para las 21 horas en Chile para el día 24 de septiembre de 2017 pero en la señal panaregional de HBO denominada "HBO Core Feed". Sin

perjuicio que mi representada no distribuye la señal "HBO Core Feed" en su oferta básica de televisión (frecuencia N°629), es probable que el Departamento de Fiscalización y Supervisión del CNTV haya basado su imputación en la revisión del material exhibido a través de la señal "HBO Core Feed" exhibida por otras concesionarias del servicio de Televisión de paga en el horario antes señalado. Por lo anterior, consideramos que el cargo de marras fue imputado por error a mi representada.

A mayor abundamiento, debemos señalar que el distribuidor de contenidos HBO Latin America Group solicitó a las permisionarias de servicio limitado de televisión, entre ellas TEC, dejar de transmitir la señal panaregional de HBO denominada "HBO Core Feed", y en su lugar, dispuso una fuente de señal distinta y especialmente diseñada para ser exhibido en territorio Chileno, que es "HBO Chile Feed", precisamente con el objetivo de evitar y prevenir posibles cargos y/o sanciones impuestas por el Consejo Nacional de Televisión. En efecto, TEC comenzó a transmitir la señal "HBO Chile Feed" a partir de enero de 2017, y actualmente todo el cable operadoras la han adoptado salvo VTR.

Lo anterior es consistente con la carta de remitida por HBO Latin America Group de fecha 2 de febrero de 2018, dirigida a mi representada una vez que pusimos en su conocimiento el cargo formulado por el Oficio Ordinario N° 95 de fecha 26 de enero de 2018. Dicha carta señala expresamente en su parte pertinente lo siguiente:

"The Deuce": In connection with this sanction, we take the opportunity to confirm that HBO did not broadcast "The Deuce" on the HBO channel distributed by the Operator in the basic tier ("HBO Chile Feed"), which is a dedicated feed of the HBO channel in the territory of Chile, on September 24, 2017 at 21:01 hours as alleged by the CNTV's order. In fact, our records reflect that the episode broadcasted by the Operator was exhibited during the permitted time range for such content, which was on or after 22:00 hours. Please see attached documentation to this letter ("Exhibit A") as a reference."

"For purposes of clarification, HBO would like to point out that while the episode of "The Deuce" was not exhibited on the HBO Chile Feed outside of the permitted time range of 22:00 hours to 6:00 hours, this episode was programmed on or about 21:00 hours in Chile on the panregional feed of the HBO channel distributed by Operator on the premium tier ("HBO Core Feed"). It is likely that the CNTV may have issued the sanction based on the programming of the HBO Core Feed. As such, HBO believes that the CNTV's sanction in connection with this film was issued to the Operator in error."

Básicamente, este párrafo de la carta menciona que HBO no transmitió la serie The Deuce en la señal Chile Feed a las 21 horas el día 24 de septiembre, sino que lo hizo después de las 22 horas. Sin embargo, sí se exhibió en la señal Panregional HBO Core Feed en el horario de las 21 horas de Chile, por lo que asume que el cargo fue formulado por el CNTV por error.

En consecuencia, dado que el hecho imputado en la formulación de este cargo no existió en la realidad, según directamente se desprende de los propios antecedentes adjuntos, resulta jurídicamente improcedente pretender perseguir y sancionar a mi representada en base a imputar responsabilidad infraccional por un filme que no se exhibió a través de la señal distribuida por TEC en el horario que señala el Acuerdo del CNTV, todo lo cual implica que este cargo, por esa sola circunstancia, carece de fundamentos y debe, en consecuencia, ser dejado sin efecto.

(b) TEC ha tomado las medidas disponibles a su alcance tendientes a impedir la exhibición de contenidos inapropiados en horario "para todo espectador" (ausencia de culpa).

En subsidio de lo anterior, el evento que se acredite que la serie "The Deuce" efectivamente fue exhibida por TEC bajo su señal para HBO (frecuencia N°629) y que esta tiene un contenido inadecuado para ser visionado por menores, resulta improcedente imponer sanción alguna a TEC, toda vez que no concurre en la especie un requisito esencial para configurar una infracción que legitime el ejercicio del ius puniendi estatal, a saber, la concurrencia de culpa. La ausencia de culpa se encuentra determinada por la circunstancia que TEC ha adoptado las medidas a su alcance en orden a impedir la transmisión de contenidos que incluyan la exhibición de contenidos no aptos para menores de edad, no habiéndole sido posible actuar de un modo distinto al que lo hizo. En ese sentido, cabe consignar que el mismo CNTV ha resuelto en otros pronunciamientos absolver a las permisionarias en virtud de los esfuerzos desplegados para ajustar su proceder al marco de la ley.

Al respecto, resultan esenciales para un correcto análisis del caso en comento dos sentencias muy recientes, ambas dictadas por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago y cuya argumentación ha sido reiterada en distintos fallos: la primera de

ellas con fecha 11 de noviembre de 2015, en la causa rol de ingreso número 7.334-2015, en la que se le redujo a esta parte una multa impuesta por el CNTV por 200 UTM a una amonestación; la segunda de ellas -más reciente aun- dictada con fecha 20 de julio de 2016 en la causa rol N° 5170-2016, reduciendo a esta parte una multa impuesta por el CNTV por 250 UTM a una amonestación; En el mismo sentido, las sentencias dictadas, una con fecha 9 de agosto de 2016, dictada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago en la causa rol 5903-2016 redujo a esta parte una multa impuesta por el CNTV por 200 UTM a una simple amonestación y la otra con fecha 13 de septiembre de 2016 en causa rol 7448-2016 por la cual se redujo a esta parte una multa impuesta por el CNTV por 250 UTM a tan solo 20 UTM.

Dada la importancia de estos fallos, iremos reproduciendo algunos de sus considerandos junto a los respectivos argumentos.

Volviendo al punto anterior, TEC permanentemente ha desplegado un elevado nivel de cuidado, tanto en lo que toca a su relación con los programadores o señales de televisión como con sus clientes. Por una parte, ha implementado respecto de los programadores un mecanismo de información y análisis para asegurar el cumplimiento de la Ley N°18.838 y de las normas reglamentarias dictadas por el CNTV, el que se despliega y lleva a la práctica en forma proactiva y con la anticipación necesaria para evitar la ocurrencia de hechos como aquel que funda los cargos impugnados. Y por otra, mi representada suministra a sus clientes la información necesaria para permitirles el control y manejo del acceso a las señales que contraten.

En efecto:

(i) TEC ha informado a los programadores de señales con los cuales ha mantenido contrato, la existencia y contenido de la normativa legal y reglamentaria que rige en nuestro país para suministrar los servicios de televisión. Particularmente, se les ha destacado la segmentación horaria dispuesta por el CNTV para exhibir material filmico calificado para mayores de 18 años de edad por parte del Consejo de Calificación Cinematográfica, o que sin estar calificada pueda contener material no apto para ser visionado por menores de edad.

(ii) TEC analiza de manera previa la programación de las distintas señales de televisión a fin de prevenir la exhibición de material que vulnere la normativa vigente. En efecto, según la periodicidad pactada en cada uno de los respectivos contratos celebrados entre TEC y los programadores, éstos envían a nuestra representada sendos calendarios con información del material filmico que exhibirán en sus respectivas señales, información que es analizada por nuestra representada en forma previa a su efectiva exhibición. Dentro de este trabajo habitual que efectúa TEC, en caso de detectarse anuncios de exhibición de contenidos calificados para mayores de 18 años por parte del Consejo de Calificación Cinematográfico en horario "para todo espectador", se encuentra previsto el generar reportes electrónicos por los cuales se solicita su inmediata modificación.

(iii) La activa conducta preventiva dispuesta por TEC agota todos los medios de prevención posibles, mediante los cuales puede impedir la exhibición en horario "para todo espectador" de programación cuyo contenido no sea adecuado para ser visionado por menores de edad.

En efecto, para TEC no es técnicamente posible controlar y/o intervenir el material filmico exhibido por las señales de televisión cuando éste es desplegado, cuyo contenido y exhibición efectiva constituye un ámbito de operación y gestión ubicado dentro de la esfera exclusiva de control del respectivo programador, según los términos de la licencia limitada que confieren a mi representada, los contratos de distribución válidamente celebrados con los proveedores de contenidos.

(iv) Es más, si fallaran todas las medidas implementadas por TEC y referidas precedentemente, y aun cuando fuera posible técnicamente interrumpir la exhibición controvertida (cuestión que no es posible, según se señala más arriba) para TEC tampoco es contractualmente posible dicha interrupción o cualquier manipulación de la señal de HBO. En efecto, el contrato suscrito entre TEC y la proveedora de contenidos prohíbe intervenir la señal de dicho canal, de manera que si TEC incumpliera dicha obligación expondría a mi representada a graves sanciones.

Sobre estos dos últimos puntos, vale la pena revisar lo señalado por la sentencia de la causa rol 7334-2015, antes mencionada, donde la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, en su considerando noveno, afirma:

"NOVENO: Que finalmente, sin perjuicio de que no existe prueba alguna que justifique lo aseverado tanto por el Consejo Nacional de Televisión como por la permissionaria en orden a dilucidar si es posible o no que estas últimas editen o modifiquen de algún modo los programas que transmiten, situación que sea como sea

y tal como ya se ha dicho, no las exonera frente a nuestra legislación de su propia responsabilidad por las emisiones que difundan, es lo cierto que no obstante ello y a efectos de determinar la entidad de la sanción a imponer a este tipo de radiodifusoras de señales televisivas frente a una infracción como la que se analiza, se ha de considerar que efectivamente una permisionaria no es dueña de las señales que retransmite, de manera que aún si fuere técnicamente posible ajustar o alterar partes de los programas exhibidos, como sí pueden hacerlo sin duda alguna, en cambio, las estaciones de televisión abierta, tal tarea importará una carga adicional cuyo grado de laboriosidad a objeto de ser eficaz ha de ser tenido también en cuenta en el examen al que este Tribunal se encuentra abocado;”.

En el mismo sentido, cabe que similar argumentación se encuentra en la sentencia dictada el día 20 de julio de 2016 por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago en la causa rol de ingreso N° 5170-2016:

“(…) a efectos de determinar la entidad de la sanción a imponer a este tipo de radiodifusoras de señales televisivas frente a una infracción como la que se analiza, se ha de considerar que efectivamente una permisionaria no es dueña de las señales que retransmite, de manera que aún si fuere técnicamente posible ajustar o alterar partes de los programas exhibidos, como sí pueden hacerlo sin duda alguna, en cambio, las estaciones de televisión abierta, tal tarea importará una carga adicional cuyo grado de laboriosidad a objeto de ser eficaz ha de ser tenido también en cuenta en el examen al que este Tribunal se encuentra abocado (…)”.

(v) Sin perjuicio de la activa conducta preventiva dispuesta por nuestra representada, TEC pone a disposición de sus clientes herramientas útiles y pertinentes que les permiten tener absoluto control sobre el acceso a las señales que contraten, mediante el sistema denominado “control parental”. Estas herramientas son informadas con claridad a los usuarios en casi todas las comunicaciones relativas al servicio limitado de televisión que presta TEC.

En efecto, a nuestros clientes se les entrega información detallada acerca la funcionalidad del “control parental”, destacando la contenida en la página web www.movistar.cl. En ella se encuentra disponible en forma permanente un instructivo, de tipo interactivo y de simple uso. Lo anterior, según se puede observar con claridad en la siguiente imagen, que muestra donde está alojada la información:

<http://www.movistar.cl/web/movistar/atencion-al-cliente/soporte-para-television>

También se entrega información detallada a nuestros clientes acerca de la funcionalidad de “control parental”, destacando la contenida en la página web www.movistar.cl. En ella se encuentra disponible en forma permanente un manual instructivo, de tipo interactivo y de simple uso. Lo anterior, según se puede observar con claridad en las siguientes imágenes:

https://atencionalcliente.movistar.cl/television/como-activar-la-funcion-control-de-padres-en-mi-tv-con-el-control-remoto-universal/?_ga=2.68373073.1745805834.1502894088-1585625272.1502894088

En la referida página web, nuestra representada pone a disposición de sus usuarios toda la información necesaria para hacer uso del sistema “control parental”, el que es explicado de manera clara y sencilla. Ello les permite mantener completo control acerca de las señales exhibidas de acuerdo a los planes contratados.

En consecuencia, ha quedado demostrado que el servicio que suministra TEC permite a la totalidad de sus clientes tener absoluto control del material exhibido en sus respectivas televisiones. Debe señalarse que esta posibilidad especialmente implementada por TEC no existe en el caso de los restantes operadores de televisión de pago, lo que ratifica el elevado estándar de cuidado desplegado por mi representada.

(vi) Como medida adicional de cuidado, las señales de televisión son distribuidas y ubicadas por TEC a través de los denominados “barrios temáticos”, lo que reviste particular importancia para el caso de “HBO.” y los contenidos que esta señal exhibe. En efecto, la distribución de las señales en “barrios temáticos” tiene dos importantes consecuencias en orden prevenir que menores de edad puedan visionar material no adecuado para ellos.

Por otra parte, la señal “HBO.” ha sido ubicada por TEC dentro de barrios temáticos que agrupan a señales relativas a la exhibición de películas y series del mismo tipo y género que las que exhibe, habitualmente, la señal “HBO.”.

De esta manera, la ubicación de "HBO" en su respectivo barrio temático permite adecuarse a los comportamientos habituales de los televidentes, agrupando las señales por áreas de interés, disminuyendo sustancialmente las posibilidades que menores de edad siquiera accedan a la referida señal, cualquiera sea el horario. En efecto, en el caso de televidentes menores de edad, éstos acceden a las señales de su interés que se encuentran dentro del barrio temático, ubicado dentro de las frecuencias de numeración más baja (301 a 310), sin necesidad de "pasar" o atravesar barrios temáticos con señales diversas (en el caso de autos, la señal "HBO" corresponde a la frecuencia N° 629). En consecuencia, esta medida adoptada por TEC permite evitar que los menores vean programas que cuya exhibición pueda no serles conveniente.

(vii) En relación a lo anterior, según se anticipara, cabe consignar diversos pronunciamientos del propio CNTV ratifican que el comportamiento preventivo establecido por mi representada permite absolverla de los cargos formulados.

En efecto, este Consejo ha acordado absolver a diversas permisionarias de similares cargos teniendo en consideración los esfuerzos por ellas desplegados en orden a ajustar su proceder al marco de la ley. En efecto, el CNTV ha resuelto expresamente lo siguiente:

"SEXTO: Que, el día 16 de marzo de 2011 fue emitida por la permisionaria, a través de su señal HBO, en "horario para todo espectador", la película "El Encierro", cuyo contenido es manifiestamente inapropiado para ser visionado por menores;

SÉPTIMO: La plausibilidad de los esfuerzos desplegados por la permisionaria para ajustar su proceder al marco de la ley,

El Consejo Nacional de Televisión, en sesión de hoy, por la unanimidad de los Consejeros presentes, acordó absolver a DIRECTV del cargo formulado de infringir, supuestamente, el artículo 2° de las Normas Especiales sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión y 1° de la Ley 18.838, mediante la exhibición, a través de su señal "HBO", en horario "para todo espectador", de la película "El Encierro", el día 16 de marzo de 2011, en horario para todo espectador, y archivar los antecedentes." (subrayado agregado)

Acuerdo N° 14 de sesión extraordinaria del Consejo Nacional de Televisión, del día 9 de septiembre de 2011.

En el mismo sentido, absoluciones adoptadas mediante acuerdos N° 13 (VTR) y N° 15 (Claro Comunicaciones S.A.)

* * * * *

En el mismo orden de ideas, el Considerando Sexto de un reciente fallo de fecha 12 de enero de 2018 de la Ilustre Corte de Santiago, Ingreso Civil-Ant 9995-2017, donde la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago afirma lo siguiente:

"SEXTO: Que así también y siendo como se ha dicho indiscutible que las permisionarias de servicios limitados de televisión resultan ser, a la luz de nuestra legislación, directamente responsables de todos los programas que transmitan y, por ende, de sus contenidos, no puede tampoco dejar de considerarse que tal programación es recibida en los hogares a petición expresa de un adulto responsable, quien para ello contrata y paga un servicio que de otro modo no le será facilitado, situación que difiere obviamente de lo que acontece con la televisión de libre recepción, en que bastara la existencia del respectivo aparato para que cualquiera en la casa pueda acceder a sus transmisiones. Se agrega a lo anterior, que efectivamente la permisionaria Telefónica Empresas Chile S.A. entrega a sus clientes herramientas tales como el control parental integrado, calificación y reseña de las películas o programas a través de pantalla y revistas con parrilla programática, todas las cuales y sin que ello implique un traspaso de la responsabilidad que les incumbe, permiten en definitiva a los padres o encargados de los menores adoptar las conductas que se estimen necesarias a objeto de resguardar la formación espiritual e intelectual de la niñez y de la juventud, como seguramente se hace en el caso de aquellos que contratan además el servicio de canales para adultos, los que transmiten durante todo el día programas supuestamente no aptos para menores de edad.

La entrega de las aludidas herramientas de control de acceso a su propuesta programática debe asumirse, en todo caso, como una manifestación expresa de la intención de la permisionaria de -en dicha "forma y manera"- promover a la cautela de los principios que indica el inciso cuarto del artículo 1° de la Ley 18.838, en los términos señalados en el inciso sexto del mismo precepto".

En los mismos términos se sentenció en el considerando octavo de la sentencia dictada por la misma Corte en causa rol 7334-2015.

Asimismo, también en su considerando octavo, la sentencia dictada con fecha 9 de agosto de 2016 en la causa rol N° 5903-2016 de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago afirma lo siguiente:

“(…) no puede tampoco dejar de considerarse que tal programación es recibida en los hogares a petición expresa de un adulto responsable, quien para ello contrata y paga un servicio que de otro modo no le será facilitado, situación que difiere obviamente de lo que acontece con la televisión de libre recepción, en que bastará la existencia del respectivo aparato para que cualquiera en la casa pueda acceder a sus transmisiones. Se agrega a lo anterior, que efectivamente la permisionaria Telefónica Empresas Chile S.A. entrega a sus clientes herramientas tales como el control parental integrado, calificación y reseña de las películas o programas a través de pantalla y revistas con parrilla programática, todas las cuales y sin que ello implique un traspaso de la responsabilidad que les incumbe, permiten en definitiva a los padres o encargados de los menores adoptar las conductas que se estimen necesarias a objeto de resguardar la formación espiritual e intelectual de la niñez y de la juventud, como seguramente se hace en el caso de aquellos que contratan además el servicio de canales para adultos, los que transmiten durante todo el día programas supuestamente no aptos para menores de edad.

La entrega de las aludidas herramientas de control de acceso indiscriminado a su propuesta programática debe asumirse, en todo caso, como una manifestación expresa de la intención de la permisionaria de -en dicha “forma y manera”- promover a la cautela de los principios que indica el inciso cuarto del artículo 1° de la Ley 18.838, en los términos señalados en el inciso sexto del mismo precepto (…).”

En conclusión, según se ha demostrado en los párrafos precedentes, TEC no ha cometido infracción al artículo 1° de la Ley N° 18.838. TEC ha empleado un elevado estándar de comportamiento en orden a impedir que menores de edad puedan visionar material no adecuado para ellos. Luego, la conducta preventiva adoptada por TEC, así como la imposibilidad técnica de intervenir el material exhibido por las señales de televisión, determinan la ausencia de culpa respecto de mi representada, toda vez que la supuesta infracción imputada en el “Ord. N° 95” ha ocurrido sin que ésta haya podido actuar de un modo distinto al que lo ha hecho. Dicha causal de eximición se encuentra en línea con lo resuelto por el CNTV sobre la misma materia.

De esta manera, no concurre en la especie un requisito esencial para configurar un ilícito en derecho administrativo sancionatorio, en tanto ejercicio del ius puniendi estatal, razón por la cual resulta la infracción imputada a nuestra representada y la imposición de una eventual sanción resulta completamente improcedente (nulla poena sine culpa) ¹

(c) No existe vulneración al bien jurídico tutelado por el artículo 1° de la Ley N° 18.838, toda vez que se trata de emisiones que han sido expresa y especialmente contratadas y consentidas por los usuarios.

A diferencia de lo que ocurre con las señales de libre recepción, en el caso de la televisión de pago nos encontramos frente a una contratación de carácter eminentemente privado entre personas capaces de contratar. El servicio de televisión de pago sólo puede ser contratado por personas mayores de edad, quienes en forma libre y espontánea se suscriben al mismo y, al momento de seleccionar su respectivo plan, eligen los canales que han de ser suministrados. De esta forma, es el usuario el que contrata y paga por el servicio y, al mismo tiempo, decide sobre el contenido del mismo.

Pues bien, mediante los cargos que se evacúan, el CNTV ha obviado la especial naturaleza jurídica de la prestación de servicio de televisión de pago en relación a los clientes que lo contratan y la responsabilidad que al usuario cabe en esta materia, alterando con ello los principios en materia de responsabilidad legal contenidos en nuestro ordenamiento jurídico.

Lo anterior, toda vez que se está atribuyendo responsabilidad al proveedor de la señal en circunstancias que la esfera de control sobre los contenidos exhibidos recae en el usuario. El servicio de televisión de pago se contrata sólo con personas adultas y su consumo se produce en el ámbito privado de su hogar, por lo que su administración recae ineludiblemente también en manos del suscriptor (tarea a la que contribuye el operador al proveerle los mecanismos señalados en el punto anterior).

De esta manera, la eventual aplicación que el CNTV pretende efectuar del artículo 1° de la Ley N° 18.838 importa desatender su finalidad y objeto. A modo ejemplar,

¹ CURY, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 3° ed. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2004, p. 385.

los cargos impugnados son incongruente con la existencia de señales de televisión cuyo esencial objeto y finalidad es precisamente permitir a los clientes mayores de edad acceder a contenidos para mayores de 18 años, sin restricción de horario, como es el caso del canal "Play-Boy".

Asimismo, la eventual aplicación de la norma en cuestión en el caso de autos importaría desatender su finalidad, toda vez que el impacto real de las infracciones es claramente limitado en el caso del servicio prestado por TEC. Lo anterior, puesto que: (i) no son servicios de libre recepción; y (ii) el público que contrata las señales en cuestión no son menores de edad, ni ellos son el público objetivo de estas señales.

En consecuencia, la exhibición en horario "para todo espectador" de un contenido supuestamente no apto para ser visionado por menores de edad a través de la señal "HBO" en caso alguno puede significar una afectación al bien jurídico tutelado por el artículo 1° de la Ley N° 18.838.

(d) Las restricciones horarias no son aplicables a los permisionarios de televisión satelital.

Como es de público conocimiento, TEC presta servicios de televisión satelital. Por lo tanto, como hemos señalado anteriormente, no es dueña de las señales que retransmite, de manera que le es imposible, desde el punto de vista técnico, alterar la programación entregada por los respectivos programadores, como sí lo pueden realizar las estaciones de televisión abierta o las de televisión por cable.

En estos casos, como se ha indicado anteriormente, el control de la programación debe quedar a cargo de los adultos responsables, a través del mecanismo de control parental que hemos descrito detalladamente en esta presentación, quienes contrataron libremente la señal de TEC.

En este sentido, la Jurisprudencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones es conteste en establecer que estas restricciones no se aplican en el caso de la televisión satelital. Ejemplo de lo anterior son los siguientes fallos (énfasis agregados):

i) "Que demostrado está y, de hecho, no ha sido objeto de controversia, que Claro Comunicaciones S.A. presta un servicio de televisión satelital y que no es dueña de las señales que retransmite, de manera que es técnicamente imposible ajustar o alterar partes de los programas exhibidos, como sí pueden hacerlo, en cambio, las estaciones de televisión abierta o las que suministran televisión por cable. Por lo anterior, resulta de toda evidencia que, tratándose de empresas como Claro Comunicaciones S.A., la protección de la niñez, impidiéndoles a los menores que puedan ver contenidos inadecuados para su edad, queda entregada, por lógica, necesariamente, a sus padres, a través de los medios técnicos que la propia empresa provee (la posibilidad de bloquear determinados canales o programas).

3°) Que, en efecto, resulta un contrasentido que el Estado autorice a una empresa como Claro Comunicaciones S.A., a retransmitir señales satelitales, sobre las cuales no tiene ningún control respecto de su contenido y, a la vez, el mismo Estado la sancione por emitir programas para mayores de 18 años en horario no autorizado para ello.

4°) Que, consecuentemente, las normas sobre horarios sólo pueden regir para las empresas de televisión abierta o de televisión por cable, mas no para las que retransmiten señales satelitales, como es la recurrente." 2

ii) "Resultaría un evidente contrasentido si, por un lado, a estos canales de recepción limitada a los que se accede mediante un pago, se les permite transmitir pornografía o violencia y, por el otro, se les sancionara porque en horario no permitido para menores de 18 años transmiten una película que fue restringida para su vista y permitida sólo para quienes sean mayores de esa edad. No se debe olvidar aquí que estos canales pagados tienen un especial sistema de funcionamiento. Sus señales son enviadas directamente por el programador y no pueden ser alteradas cuando entran al espacio territorial chileno, y esto las diferencia con los canales de televisión de libre recepción toda vez que éste programa y controla directamente su emisión. De esta suerte, es innegable que DIRECTV, a virtud del permiso con el que cuenta para operar distintos canales de señal pagada, entre ellos de pornografía y de truculencia, está sujeto en sus transmisiones en nuestro país a todo lo que proviene del programador de contenidos desde el extranjero" 3

² Sentencia pronunciada por la Séptima Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 7 de septiembre de 2012, causa rol 4470-2012.

³ Sentencia pronunciada por la Octava Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 15 de diciembre de 2011, causa rol 6106-2010.

3. En subsidio, se aplique sanción mínima de amonestación, se reduzca proporcionalmente el monto de la multa o se aplique el monto mínimo previsto en la ley, que se justifique conforme al mérito del proceso.

Para el evento que se estime que los cargos que se han formulado a TEC no adolecen de los vicios denunciados en esta presentación y que TEC ha incurrido en una conducta contraria al artículo 1° de la Ley N° 18.838, solicitamos que la eventual sanción que se aplique corresponda a la sanción mínima de amonestación o en su defecto una multa por el monto mínimo que este CNTV tenga a bien fijar conforme al mérito del proceso.

La aplicación en estos autos de una multa importaría desatender el principio de proporcionalidad que debe fundar toda sanción, particularmente si se considera que mi representada ha empleado en todo momento el más elevado estándar de diligencia en orden a prevenir la infracción en cuestión, no habiéndole sido posible actuar de un modo distinto al que lo ha hecho, misma razón por la cual las supuestas infracciones son absolutamente excepcionales.

En este sentido, existen, por lo menos, tres causas en virtud de las cuales la Ilustrísima Corte de Apelaciones DECIDIÓ REBAJAR SENDAS MULTAS DEL CNTV A UNA SIMPLE AMONESTACIÓN, cuyos roles de ingreso son los siguientes: (a) 5170-2016; (b) 5903-2016; y (c) 7.334-2015.

En dichas causas, en general se han acogido las principales argumentaciones y alegaciones de mi representada, concluyéndose que las multas interpuestas por el CNTV son desproporcionadas para tratarse de una sanción administrativa, por la evidente diferencia que existe entre la falta y la respectiva sanción. Para ilustrar lo anterior reproducimos un considerando de la sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, ya mencionada, de fecha 11 de noviembre de 2015, en la causa rol 7.334-2015, donde, recordemos, que se rebajó la multa original de 200 UTM a una simple amonestación:

“(…) ha de reflexionarse en torno a tal petición que debiendo atenderse en la aplicación de una sanción administrativa al principio de proporcionalidad que con el fin de impedir que la ley autorice y que la autoridad adopte medidas innecesarias y excesivas, impone a las potestades llamadas, primero, a establecerla y en su oportunidad a asignarla, un cierto nivel de correspondencia entre la magnitud de la misma y la envergadura de la infracción por la cual se atribuye, a través de la observancia de criterios de graduación basados en diversas razones, incluso derivadas de otros principios, como son entre otras, la intencionalidad, la reiteración y los perjuicios causados, debe entonces reflexionarse que conforme a las consideraciones efectuadas en los motivos que anteceden, se sancionará en esta oportunidad a la permisionaria de los servicios de televisión mediante la imposición de la amonestación que prevé el numeral 1° del artículo 33 de la Ley 18.838”.

Profundizando lo anterior, tenemos la sentencia dictada recién, con fecha 20 de julio de 2016 por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago en la causa rol N° 5170-2016, por la exhibición de la película 300: Rise of an Empire, en la que se rebajó una multa de 250 UTM a una simple amonestación, y en la que se recoge íntegramente el argumento de la desproporción de las sanciones del CNTV:

“(…) ha de reflexionarse en torno a tal petición que debiendo atenderse en la aplicación de una sanción administrativa al principio de proporcionalidad que con el fin de impedir que la ley autorice y que la autoridad adopte medidas innecesarias y excesivas, impone a las potestades llamadas, primero, a establecerla y en su oportunidad a asignarla, un cierto nivel de correspondencia entre la magnitud de la misma y la envergadura de la infracción por la cual se atribuye, a través de la observancia de criterios de graduación basados en diversas razones, incluso derivadas de otros principios, como son entre otras, la intencionalidad, la reiteración y los perjuicios causados, debe entonces reflexionarse que conforme a las consideraciones efectuadas en los motivos que anteceden, se sancionará en esta oportunidad a la permisionaria de los servicios de televisión mediante la imposición de la amonestación que prevé el numeral 1° del artículo 33 de la Ley 18.838”.

En este sentido, y con análogo argumento, la Ilustrísima Corte de Apelaciones, en sentencia de fecha 9 de agosto de 2016, sobre la película “Rambo 2”, Rol N° 5903-2016 rebajó la sanción aplicada por CNTV a esta parte, desde 200 UTM a una simple amonestación.

POR TANTO,

AL CNTV RESPETUOSAMENTE PIDO: Tener por formulados descargos respecto del cargo contenido el Oficio Ord. N° 95, de 26 de enero de 2018, solicitando absolver a Telefónica Empresas Chile S.A. y, en subsidio, aplicando la mínima sanción que el ordenamiento contempla para el caso de infracción de acuerdo al mérito del proceso.

PRIMER OTROSI: Por este acto pido al CNTV tener por acompañados los siguientes documentos, con citación:

1. Copia autorizada de escritura pública otorgada con fecha 6 de octubre de 2017 en la notaría pública de Santiago de don Juan Ricardo San Martín Urrejola, en la cual consta mi personería para representar a Telefónica Empresas Chile S.A.

2. Copia simple de carta de respuesta de HBO de fecha 02 de febrero de 2018 que da cuenta la serie "The Deuce" no fue exhibida por mi representada el día 24 de septiembre de 2017 en el horario de las 21 horas, de acuerdo a los registros de programación allí adjuntos.

SEGUNDO OTROSI: SOLICITO al CNTV tener presente que asumiré personalmente el patrocinio y poder de los presentes, encontrándome domiciliado, para estos efectos, en Avenida Providencia N° 111, piso 28, comuna de Providencia, Santiago; y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, el material fiscalizado en estos autos corresponde al episodio "Show and Prove" de la serie "The Deuce", emitido el día 24 de septiembre de 2017, a partir de las 21:01 hrs., por la permisionaria Telefónica Empresas Chile S.A., a través de su señal "HBO";

SEGUNDO: Que, "The Deuce" es una serie que sigue la historia de la legalización y consolidación de la industria del porno en Times Square desde los inicios de los años 70 hasta mediados de los 80, explorando un turbulento mundo donde la llegada del Sida, la expansión de la cocaína y el renovado mercado inmobiliario sacudieron a los Estados Unidos.

El desarrollo del capítulo comienza con un grupo de policías que se encuentran en un bar comentando algunos apodos de deportistas famosos. Luego, un carro policial hace una revisión de papeles en una esquina muy concurrida por prostitutas. Los proxenetas se acercan a manejar la situación y algunas mujeres son detenidas. A continuación, se exhibe una sesión fotográfica de una joven mujer rubia completamente desnuda. El fotógrafo cobra por su trabajo junto con hacer promesas de promoción del material.

Frankie Martino, dueño de un bar, atiende a dos prostitutas que aún no han comenzado su horario de trabajo. La joven antes fotografiada llega a la esquina donde se prostituye. Sus compañeras comentan que quien la fotografió, consigue trabajo haciendo películas pornográficas. La mayoría de las jóvenes se muestran interesadas. Una de las jóvenes se molesta, porque en ese momento se da cuenta que la grabación que hizo para alguien en particular, fue grabada para una película.

Las jóvenes detenidas por la policía son puestas en una celda. El trato entre las prostitutas y los policías es familiar. La chica molesta se acerca a una tienda donde venden su película. El dueño le dice que su trabajo es muy popular y que sólo le quedan dos copias de su cinta. Ella sorprendida intenta saber quién está detrás de la masificación de su video, pero el dueño del local no le entrega información, pues la venta de dicho material es ilegal y no quiere problemas. Otra chica llega en ese momento con unas fotografías buscando trabajo extra en este nuevo tipo de películas. Más tarde, la policía llega a este local donde se venden las películas pornográficas grabadas por algunas prostitutas de la zona y decomisan el material.

Una de las prostitutas más jóvenes tiene sexo con su proxeneta. Se exhibe solamente los senos de la mujer. Una vez que terminan, ambos consumen cocaína y conversan y el proxeneta le aconseja cómo manejar a los clientes.

En un negocio de la zona, muchos proxenetas hablan con sus chicas. Algunos intentan llevarse las mujeres de su competencia. Frankie y Rudy buscan locales del sector y Rudy le ofrece a Frankie hacerse cargo de un local muerto.

La joven prostituta y su proxeneta que antes tenían sexo, ahora están viendo una película de soft porn. Él le enseña la diferencia entre ese tipo de películas y las pornográficas. En el público del cine hay prostitutas desechadas haciendo sexo oral a dos hombres. El proxeneta le recuerda a su joven mujer que mientras esté a su lado, nunca tendrá que hacer ese tipo de trabajos por tan poco dinero, pero si se aleja, terminará como ellas.

A diferencia de las otras chicas que trabajan en la calle, se niega a depender de un proxeneta y no se cuestiona ese destino que eligió para sí misma. Poco importan los comentarios hirientes de su madre, el recuerdo de su hijo abandonado o la soledad que la rodea: ser prostituta es todo lo que puede ser. Candy, llega a una locación donde se graban las películas pornográficas. Ahí se

encuentra con actores y actrices del rubro que esperan grabar fumando. Luego se exhiben dos hombres desnudos y disfrazados de vikingos que comienzan a interactuar sexualmente con dos chicas que se encuentran en ropa interior, una de ellas es Candy, se besan y se tocan. Se exhibe una escena en donde se observa en primer plano la cabeza de Candy por detrás. Frente a ella está uno de los actores que simula masturbarse cerca de su rostro, sin observarse los genitales del hombre. Luego en primer plano se ve a Candy recibiendo el supuesto semen de uno de los actores disfrazado de vikingo. A continuación, se abre el plano, y se percibe a una asistente del director lanzando sopa de papas en el rostro de dos de las actrices, simulando la eyaculación antes mencionada. Los hombres se masturban constantemente sin mostrar sus genitales en pantalla. Candy se limpia el rostro y la otra chica recibe la sopa de papas justo entre los ojos. El director le dice «no cierres los ojos, amas el semen de los vikingos». La chica dice «el semen de los vikingos está bien, pero la sopa de papas apesta». El director se queja de los actores «sino hubieran eyaculado antes, tendrías lo verdadero» y luego le pide no hable mientras graba. La producción le paga a Candy por su actuación y ella se va satisfecha.

La joven prostituta, antes mencionada en el cine junto a su novio proxeneta, es arrestada. Su novio intenta persuadir al policía, pero no resulta. De un momento a otro, el proxeneta saca un cuchillo y lo apuñala. La policía se reparte el aérea para investigar. La policía vuelve a llegar en un carro para revisar los papeles de las prostitutas del sector;

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 al principio del *correcto funcionamiento* de los servicios de televisión, como el permanente respeto observado a través de su programación a los contenidos a dicho principio atribuidos por el legislador -Art. 1° de la Ley N°18.838-;

QUINTO: Que, uno de los contenidos atribuidos por el legislador al principio *del correcto funcionamiento* de los servicios de televisión 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* -Art. 1° Inc. 4° de la Ley N°18.838-;

SEXTO: Que, cabe tener presente lo estatuido en el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, según lo cual: “*el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales*”; por lo que resulta inadecuado exponerlo a situaciones que puedan ser inapropiadas para su nivel de comprensión, aún incompleto y en desarrollo;

SÉPTIMO: Que, el Art. 12° letra l) inc.2 de la Ley 18.838, en su parte final, dispone: “*Asimismo, el Consejo deberá dictar las normas generales destinadas a impedir que los menores se vean expuestos a programación y publicidad que pueda dañar seriamente su salud y su desarrollo físico y mental*” facultándolo, de conformidad a lo preceptuado en el inc. 4 del artículo precitado, para incluir, dentro de dichas normas, “*...la designación de horarios sólo dentro de los cuales se podrá exhibir programación no apta para menores de edad la que estará, en todo caso, precedida de una advertencia visual y acústica o identificada mediante la presencia de un símbolo visual durante toda su duración*”;

OCTAVO: Que, en cumplimiento del mandato de velar por el correcto funcionamiento de los servicios de televisión, en lo que a protección de la infancia se refiere, el Consejo Nacional de Televisión, dispuso en el artículo 2° de las Normas Generales sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión: “*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*”;

NOVENO: Que, la doctrina especializada, advierte que los menores, a través de la observación de modelos de conducta externos pueden aprender patrones de comportamiento que luego influirán en su desarrollo personal (aprendizaje vicario), señalando al respecto: “*Los trabajos dedicados al aprendizaje por observación se basan en la suposición de que gran parte de la conducta humana se adquiere a través del aprendizaje vicario, esto es, aprendemos muchas cosas fijándonos en los otros.*”

Esta modalidad, llamada teoría del aprendizaje social, subraya la idea de que las circunstancias sociales son factores importantes de la conducta (Bandura, 1971; Rotter, 1954)”⁴;

DÉCIMO: Que, en relación a lo anteriormente referido, la doctrina ha señalado respecto a la influencia de la televisión, que: *“Los medios cumplen un rol como fuente de aprendizaje, el cual se produce por observación, a partir de lo que exponen. En general, especialmente cuando presentan modelos de conductas basadas en personas reales, se vuelven muy eficaces en términos de facilitar el aprendizaje social, ya que, en estos modelos nos reconocemos y reconocemos a otros. Así, ver como los otros resuelven sus vidas y sus conflictos, socializa. Contemplar la vida de los demás, nos conforta, si es mejor que la nuestra, nos identificamos y soñamos, y si es peor, nos alegramos de nuestra situación”⁵;*

DÉCIMO PRIMERO: Que, también ha indicado sobre la adolescencia temprana, fase del desarrollo de la personalidad de todo ser humano, y sobre la exposición a contenidos de carácter sexual en dicho periodo, que: *“La adolescencia temprana es una etapa de desorganización de la personalidad y de inestabilidad de las conductas. En el púber la dinámica central es encontrarse a sí mismo y autodefinir la identidad (...) Investigaciones han demostrado que adolescentes expuestos a mayor contenido sexual en los medios tienen más probabilidades de iniciar actividad sexual a más temprana edad”⁶;*

DÉCIMO SEGUNDO: Que, en línea con lo referido sobre la exposición de menores a contenidos de carácter sexual, también ha señalado que: *“dificultan que los niños puedan distinguir lo que es adecuado a su edad y lo que no, con lo que les puede resultar más difícil poner límites en el futuro”⁷.*

DÉCIMO TERCERO: Que, de conformidad a lo prescrito en el Art. 13° Inc. 2° de la Ley N°18.838, *“los canales de servicio de radiodifusión televisiva de libre recepción y de servicios limitados de televisión, serán exclusiva y directamente responsables de todo y cualquier programa, nacional o extranjero, que transmitan, aun cuando se trate de transmisiones o retransmisiones vía satélite”;*

DÉCIMO CUARTO: Que, corresponde a este Consejo pronunciarse sobre el asunto sub- lite, en atención a los deberes y atribuciones a su respecto establecidos en los artículos 19° N°12 inciso 6° de la Constitución Política y 1°, 12° y 13° de la Ley 18.838, disposiciones todas ellas referidas al principio del *correcto funcionamiento* de los servicios de televisión, ejercitando siempre un control de índole represiva sobre el contenido de sus emisiones, de conformidad a la directriz sistémica establecida en el artículo 19° N°12 inciso 1° de la Carta Fundamental;

DÉCIMO QUINTO: Que, los contenidos fiscalizados, dan cuenta de una temática -la historia de la legalización y consolidación de la industria del cine pornográfico en Estados Unidos- con secuencias y contenidos de carácter crudo y explícito, donde prostitutas buscan activa y explícitamente participar en la industria de la pornografía; exhibiendo secuencias donde son recreadas películas pornográficas; o donde sostienen relaciones sexuales junto al consumo de cocaína, temáticas y contenidos dirigidos, a un público adulto, con criterio formado;

Teniendo en consideración lo anterior, y el grado de desarrollo de la personalidad de los menores, dichos contenidos, en forma manifiesta y evidente, afectan negativamente su proceso formativo, en cuanto propician la imitación o repetición de las conductas ahí desplegadas, sin que estos menores cuenten o posean las herramientas cognitivas y afectivas necesarias para poder procesar - y por supuesto, el siquiera presenciar o desarrollar- estas actividades, sin exponerlos a un riesgo, sea este psíquico o físico, siendo en consecuencia, estos contenidos, inapropiados para menores, y su exhibición, en horario de protección de estos últimos, como constitutivo de una infracción a la normativa que regula las emisiones de televisión;

⁴Petrí, Herbert L., y John M. Govern. Motivación: teoría, investigación y aplicaciones. 5ª Ed. México: Cengage Learning Editores, 2006, p. 181

⁵María Dolores Cáceres Zapatero, Facultad de Ciencias de la Información, Universidad Complutense de Madrid, España: *“Telerrealidad y aprendizaje social”*, Revista de comunicación y nuevas tecnologías. ICONO N°9 junio 2007.

⁶Rojas, Valeria, *“Influencia de la televisión y videojuegos en el aprendizaje y conducta infanto-juvenil”*, en *Revista Chilena de Pediatría*, N° 79, Supl. 1, 2008, p. 81.

⁷Aldea Muñoz, Serafín, *“La influencia de la ‘nueva televisión’ en las emociones y en la educación de los niños”*, en *Revista de Psiquiatría y Psicología del Niño y del Adolescente*, Vol. 4, N° 2, 2004, p. 150.

DÉCIMO SEXTO: Que, sin perjuicio, y en línea con todo lo previamente razonado, destacan de los contenidos de la emisión fiscalizada, las siguientes secuencias:

- a) (21:06:10) Una mujer es fotografiada desnuda para luego distribuir las fotos y lograr audiencias para hacer películas. La mujer paga 40 dólares por ser fotografiada.
- b) (21:20:32) Una de las prostitutas más jóvenes tiene sexo con su proxeneta, apreciándose los senos de la mujer. Una vez que terminan ambos consumen cocaína y conversan. El proxeneta le aconseja cómo manejar a los clientes.
- c) 21:47:43) En filmación de película porno hecha en casa, se aprecia a dos mujeres en ropa interior simulando acariciarse, y se les acercan dos hombres desnudos disfrazados de vikingos, con los cuales tienen sexo.
- d) (21:49:40) Durante la misma filmación de la película porno, se observa en primer plano la cabeza de Candy por detrás. Frente a ella está uno de los actores que simula masturbarse cerca de su rostro, sin observarse los genitales del hombre. Luego, en primer plano, se ve a Candy recibiendo el supuesto semen de uno de los actores disfrazado de vikingo. A continuación, se abre el plano, y se percibe a una asistente del director lanzando sopa de papas en el rostro de dos de las actrices, simulando la eyaculación antes mencionada. Los hombres se masturban constantemente sin mostrar sus genitales en pantalla. Candy se limpia el rostro y la otra chica recibe la sopa de papas justo entre los ojos. El director le dice «no cierras los ojos, amas el semen de los vikingos». La chica dice «el semen de los vikingos está bien, pero la sopa de papas apesta». El director se queja de los actores «sino hubieran eyaculado antes, tendrías lo verdadero» y luego le pide no hable mientras graba.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, de conformidad a lo que se ha venido razonando, la aplicación de la normativa reglamentaria expedida por el Consejo Nacional de Televisión a la emisión objeto de control en estos autos, coincide con lo señalado por la jurisprudencia reiterada de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago y la Excelentísima Corte Suprema, en orden a que las Normas Especiales sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión (hoy Normas Generales sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión) prohíben legítimamente la transmisión en horario de protección al menor, contenidos que sean inapropiados para estos, , pues se trata de preceptos que han sido dictados por el Honorable Consejo en el ejercicio de facultades que le confieren la Constitución y la Ley, y que ellos son 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, dicha preceptiva es aplicable, tanto a los servicios de televisión concesionados como a los servicios de televisión de pago;

DÉCIMO OCTAVO: Que, cabe observar que, basta la simple inobservancia de la norma infringida para que se produzca la responsabilidad infraccional que le cabe a la permisionaria a resultas de su incumplimiento⁸, por lo que, el análisis de consideraciones de índole subjetiva relativas, tanto al proceder del infractor, como a sus consecuencias, resulta innecesario⁹;

DÉCIMO NOVENO: Que, en igual sentido, la doctrina nacional ha señalado, respecto a la culpa que le cabe al infractor en estos casos, que: “... 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)”¹⁰; indicando en tal sentido que, “Es práctica común que por vía legislativa o administrativa sean reguladas actividades que presentan riesgos. Las consideraciones que sigue al legislador son esencialmente preventivas”¹¹; para referirse más adelante, precisamente respecto de la omisión de un deber de cuidado (como el establecido en el artículo 1 de la ley 18.838 y el art.6 de las Normas Generales sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión), en los términos siguientes: “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;

⁸Cfr. Nieto García, Alejandro “Derecho Administrativo Sancionador”. Madrid: Editorial Técnos, 4ª. Edición, 2ª Reimpresión, 2008, p. 392

⁹Cfr. Ibíd., p.393

¹⁰Barros, Bourie, Enrique, “Tratado de Responsabilidad Extracontractual”. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp-97-98.

¹¹Ibíd., p.98

¹²Ibíd., p.127.

VIGÉSIMO: Que, a este respecto, la Excma. 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 dolo 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 PRIMERO: Que, cabe tener presente que el ilícito administrativo establecido por infringir el artículo 1° de la ley 18.838, se caracteriza por ser de mera actividad y de peligro abstracto; por lo que, para que la falta se entienda consumada, no es necesario que se haya producido un daño material concreto al bien jurídico protegido por la norma, sino que basta con que se haya desplegado aquella conducta que lo coloca en una situación de riesgo; lo que, en la especie, se ha verificado con la emisión, fuera del horario permitido, de programación con contenidos inapropiados para menores de edad, a través de los cuales, atendida su especial naturaleza, pueda verse afectada negativamente la formación espiritual e intelectual de la niñez y la juventud, por lo que serán desechadas las defensas de la permisoria en dicho sentido;

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, serán desestimadas las alegaciones referentes a la existencia de controles parentales, que permitan limitar los contenidos que se exhiben a través de sus señales por parte de los usuarios, toda vez que lo anterior no constituye excusa legal absoluta de ningún tipo, ya que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1 y 12 letra l) inc.2° y 13° inciso 2° de la Ley N° 18.838, así como también la normativa citada en el Considerando Octavo, el sujeto pasivo de la obligación de no transmitir contenidos inapropiados para menores de edad, fuera del horario permitido, es el permisionario, recayendo sobre él la responsabilidad de todo aquello que emita a través de sus señales, resultando, en consecuencia, improcedente la translación de dicha responsabilidad a los usuarios;

VIGÉSIMO TERCERO: Que, los posibles cuestionamientos relativos al supuesto carácter genérico de la norma del artículo 1 de la ley 18.838 y la supuesta falta de tipicidad de la conducta sancionada, serán desestimados ya que, en primer lugar, la acción constitutiva de infracción siempre será la misma - transmisión de registros audiovisuales que atenten contra el principio del correcto funcionamiento de los servicios de televisión-, correspondiendo a este Consejo determinar si la transmisión de estas imágenes constituye una infracción a la normativa vigente, y en segundo lugar, si bien se trata de conceptos jurídicos de tipo indeterminados, deben ser -y son- dotados de contenido, según se puede apreciar a lo largo del presente acuerdo; especialmente de lo referido en los Considerandos Tercero a Décimo Segundo y, todo lo anterior es realizado, a través de un debido proceso, contradictorio y sobretodo, afecto a revisión por parte de los Tribunales Superiores de Justicia;

VIGÉSIMO CUARTO: Que, es necesario dejar establecido que en su escrito de descargos, la permisoria cita en apoyo de su tesis que dice relación con la supuesta inaplicabilidad de las normas reguladoras de las emisiones televisivas, tres sentencias emanadas de la Corte de Apelaciones de Santiago (causas roles 7334-2015; 5170-2016 y 5903-2016) las cuales, según expresa confirmaría sus asertos; en circunstancias que lo cierto es que, en causas roles 6535, 3831 y 5905, todas del año 2016, y de la misma ltma. Corte de Apelaciones, que versaban, sobre una materia diversa (emisión de películas para mayores de 18 años, en horario de protección al menor, donde fueron sustituidas las sanciones de multa por amonestaciones), fueron objeto de sendos recursos de queja, (55064; 34468; 55187 todos de 2016) y, la Excma. Corte Suprema, conociendo del fondo de los mismos, dejó sin efecto lo resuelto, refutando todos y cada uno de los supuestos que sirvieron de apoyo para establecer la sanción de amonestación y, reestableciendo las sanciones de multa primitivamente impuestas. No solo la Excma. Corte Suprema de Justicia establece el criterio que, la pena procedente para ese tipo de infracciones - (emisión de películas para mayores de 18 años en horario de protección) debe ser la de multa, por expresa disposición de lo prevenido en el artículo 12 letra l) inc. 5 de la ley 18.838, sino que hace plenamente aplicable a las permisionarias de servicios limitados de televisión las Normas Legales y Reglamentarias que regulan las emisiones de televisión, - incluidas las Normas Generales sobre Emisiones de Televisión,- refutando cualquier tipo de excusa, como las alegadas por la permisoria, para justificar su incumplimiento. Sobre el particular, destaca el hecho que las sentencias roles 6535 y 5905 de 2016, corresponden a causas donde la misma permisoria tuvo participación en ellas;

VIGÉSIMO QUINTO: Que, será desestimada de igual modo, aquella alegación relativa al hecho que la serie en cuestión no habría sido emitida en el horario que indica este Consejo toda vez que, sin perjuicio

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

del registro audiovisual realizado en la señal de la permissionaria, es esta misma quien reconoce que emitió la serie in comento a la hora reprochada por el CNTV. En efecto, la permissionaria refiere que efectivamente la serie fue emitida a las 21:00 horas, a través de la señal "HBO Core Feed", pero que no la estaría usando, y que habría una nueva señal- "HBO Chile Feed" que, si estaría utilizando, y que es donde habría sido emitida la serie, pero a las 22:00. Según se aprecia de manera textual en sus descargos, en la última línea de la página 6 e inicio de la página 7, indica que habría comenzado a utilizar la señal "HBO Chile Feed" en enero de 2018, en circunstancias que la serie fue emitida en el mes de septiembre de 2017, eso sin perjuicio, además, que la carta acompañada como modo de prueba, está en idioma inglés, no pudiendo ser siquiera analizada, en razón de no ser el idioma oficial de la Nación;

VIGÉSIMO SEXTO: Que, la permissionaria no registra sanciones previas en el último año calendario por el reproche formulado en este acto, antecedente que, en conjunto a la cobertura nacional de la permissionaria y la entidad de la infracción, será tenido en consideración y sopesado a la vez, al momento de determinar el quantum de la pena a imponer; por lo que,

El Consejo Nacional de Televisión, en sesión de hoy, por la mayoría de los señores Consejeros presentes, conformada por su Presidente Oscar Reyes, y los Consejeros María Elena Herмосilla, María de los Ángeles Covarrubias, Marigen Hornkohl, Esperanza Silva, Andrés Egaña Genaro Arriagada y Gastón Gómez, acordó rechazar los descargos y aplicar a Telefónica Empresas Chile S. A. la sanción de multa de 100 (cien) Unidades Tributarias Mensuales, contemplada en el artículo 33° N°2 de la Ley N°18.838, infringir, a través de su señal "HBO", el Art. 1° de la Ley 18.838, mediante la exhibición, el día 24 de septiembre de 2017, a partir de las 21:01 hrs., en "horario de protección de los niños y niñas menores de 18 años", de la serie "The Deuce". La permissionaria 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.

El Consejero Roberto Guerrero se abstuvo de participar en el debate y deliberación del caso

Atentamente,



JORGE CRUZ CAMPOS
SECRETARIO GENERAL (S)

JCC/pza.