

ORD.: 1310

ANT.: Cargo notificado mediante oficio CNTV N°1.102, de 18 de agosto.

MAT.: Comunica acuerdo que rechaza los descargos presentados por la permisionaria y aplica a TELEFÓNICA EMPRESAS CHILE S.A., la sanción de multa de 150 (ciento cincuenta) Unidades Tributarias Mensuales, contemplada en el artículo 33° N°2 de la Ley N°18.838, por infringir el artículo 1°, inciso cuarto de la Ley N° 18.838, por la vía de la vulneración de la regla establecida en el artículo 5° de las Normas Generales Sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión mediante la exhibición, el día 15 de junio de 2017, a partir de las 18:29 hrs., de la película "Cobra".

10 OCT 2017

SANTIAGO,

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 2 de octubre de 2017, el Consejo Nacional de Televisión aprobó el Acta de la Sesión celebrada el martes 26 de septiembre de 2017, 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 P13-17-538- TELEFÓNICA, elaborado por el Departamento de Fiscalización y Supervisión del CNTV;
- III. Que, en la sesión del día 7 de agosto de 2017, 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 "Space", el artículo 1°, inciso cuarto 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 mediante la exhibición, el día 15 de junio de 2017, a partir de las 18:29 Hrs., de la película "Cobra", 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;
- IV. Que, el cargo fue notificado mediante oficio CNTV N°1.102, de 18 de agosto de 2017, y que la permisionaria presentó sus descargos oportunamente;
- V. Que, en su escrito de descargos, ingreso CNTV N°2.395/2017, la permisionaria señala lo siguiente, en síntesis:
 - v.1. Que los cargos formulados infringen los principios de legalidad y tipicidad al fundarse en una norma genérica;
 - v.2. Que, los cargos son infundados e injustos pues la permisionaria ha tomado todas las medidas a su alcance para impedir la transmisión

reprochada, no concurriendo, así, elemento subjetivo culpa, que permitiría atribuirle el reproche y sanción.

Ejemplifica su conducta colaborativa, mencionando la edición del contenido violento de la película, la comunicación de la normativa chilena a sus programadores y el hecho de que las transmisiones han sido consentidas por los usuarios que contratan el servicio; y de igual manera, que no le es posible técnicamente controlar y/o intervenir el material fílmico, y que posee impedimentos contractuales para hacerlo.

También, indica que pone a disposición de sus clientes un sistema de control parental, con el fin de que el adulto responsable decida la programación a visionar; y diversos mecanismos informativos relativos a los contenidos transmitidos; y

- v.3. Que, las regulaciones horarias no resultan aplicables a los permisionarios de televisión satelital, como es su caso;

Por todo lo cual solicita su absolución o, en subsidio, la imposición de la mínima sanción que contemple la Ley N° 18.838;

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, el material fiscalizado en estos autos corresponde a la película “Cobra”, emitida el día 15 de junio de 2017, a partir de las 18:29 hrs., por la permisionaria Telefónica Empresas Chile S.A., través de su señal “SPACE”;

SEGUNDO: Que, “Cobra” es una película de acción que cuenta la historia del teniente de policía Marion Cobretti- “Cobra” (Sylvester Stallone), líder de un grupo de élite denominado “El escuadrón Zombi”.

“Cobra”, se caracteriza por cumplir con sus investigaciones y castigar duramente al crimen organizado.

Sus métodos violentos para combatir a las organizaciones delictivas le han prestigiado ante sus compañeros y hoy goza de un importante respeto por su compromiso con el cumplimiento de la ley.

“Cobra” va siempre armado con su pistola Colt 45 que tiene la imagen de una cobra en su empuñadura, además de una ametralladora ligera desmontable con mira láser, granadas de mano y un puñal. Se moviliza en un Mercury Coupé 1951 de color gris y su motor utiliza nitro para darle más fuerza y velocidad en las persecuciones contra delincuentes;

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: Uno de tales contenidos atribuidos, que integran el acervo del principio del *correcto funcionamiento*, es la directriz de *respeto a la formación espiritual e intelectual de la niñez y la juventud* -Art. 1° Inc. 4° de la Ley N° 18.838-; que se traduce en la salvaguarda del normal desarrollo de la personalidad de niños y jóvenes;

SEXTO: En este marco, el Art. 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, 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: 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 reseñada, fue calificada por el Consejo de Calificación Cinematográfica, “para mayores de 18 años” en sesión de fecha 30 de junio de 1986, 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 sub-lite, 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 18.838, disposiciones referidas al principio del *correcto funcionamiento* de los servicios de televisión, ejercitando siempre un control de índole represiva sobre el contenido de su emisiones, de conformidad a la directriz sistémica establecida en el artículo 19° N° 12 inciso 1° de la Carta Fundamental;

DÉCIMO: Que, la permisionaria, al haber exhibido una película calificada para “mayores de 18 años”, fuera del bloque horario permitido, en el caso particular, a partir de las 18:29 hrs., ha incurrido en una conducta que contraviene el ordenamiento jurídico vigente, lo que en la especie es constitutivo de infracción al artículo 1°, inciso cuarto de la ley N° 18.838, por la vía de la vulneración de la regla contenida en el artículo 5° de las Normas Generales sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión, del año 2016.

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 -en síntesis-, 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: En efecto, el artículo 5° de las Normas Generales, ya citado pretende salvaguardar el normal desarrollo de la personalidad de los niños y jóvenes, precisamente al alero de la directriz de respeto a la formación espiritual e intelectual de la niñez y la juventud, determinando la existencia de un horario de exclusión de contenidos televisivos no aptos para menores de edad.

Tal horario, de acuerdo al citado artículo 2° de las Normas Generales, es aquel comprendido entre las 06:00 y 22:00 hrs;

DÉCIMO SEGUNDO: 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, cumple con los objetivos reconocidos 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 para todo espectador* de películas calificadas para mayores de 18 años por el Consejo de Calificación Cinematográfica, 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, reconociendo 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*;

DÉCIMO TERCERO: Resulta conveniente abundar en los fallos que han reconocido la obvia vinculación entre el principio del correcto funcionamiento, la formación espiritual e intelectual de la niñez y la juventud, y los objetivos e hipótesis infraccionales consagrados en tales reglamentos dictados por el Consejo -como la segregación horaria-, y la exclusiva responsabilidad de los servicios de televisión sobre el respeto de ese bloque normativo¹:

“CUARTO: Que, por otra parte, el artículo 12 citado, dispone, dentro de las atribuciones del Consejo, el velar porque los servicios de radiodifusión televisiva de libre recepción y los servicios limitados de televisión, se ajusten estrictamente al correcto funcionamiento. Además, el Consejo puede regular la transmisión y recepción de la televisión por satélite. A su turno, si bien el Consejo no puede intervenir en la programación de los servicios de radiodifusión televisiva de libre recepción, ni en los servicios limitados de televisión, está facultado para adoptar medidas relacionadas con impedir la difusión de determinadas películas, y determinar además, los horarios en que se pueden exhibir películas calificadas para mayores de 18 años. Así, los canales de televisión son exclusiva y directamente responsables de todo y cualquier programa, nacional o extranjero que transmitan, aun cuando se trate de transmisiones o retransmisiones vía satélite. (...)

SEXTO: Que, además, el artículo 15° bis dispone que los permisos de servicios limitados de televisión se regirán por la Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones, se otorgarán de conformidad al artículo 9° de dicha ley y tendrán el carácter de indefinidos, en el caso que no ocupen espectro radioeléctrico. Ello no obstante, se les aplicarán las disposiciones de esta ley en todo lo que diga relación con el estricto cumplimiento de las normas contenidas en el inciso final del artículo 1°, relativas al “correcto funcionamiento” y en los artículos 18 y 19, lo que reafirma la procedencia y total vigencia de esa orgánica respecto del recurrente, quien desarrolla un servicio televisivo de esa categoría, siendo que el ámbito de supervigilancia y fiscalización que tiene el Consejo Nacional de Televisión se extiende a los servicios de telecomunicaciones limitados, debiendo en consecuencia velar porque éstos se ajusten estrictamente al “correcto funcionamiento” que se establece en el artículo 1° de la Ley N° 18.838 (...).

SEPTIMO: Que, cualquiera que sea la forma en que se proporcione la señal de televisión, sea en forma abierta, por cable o satelital, siempre quedará sujeta al cumplimiento de las normas que imponen la ley y la autoridad (...).

NOVENO: (...) En todo caso, las normas reglamentarias especiales que regulan las emisiones de televisión, constituyen una complementación de lo expresado en el artículo 1° de la Ley 18.838 y no una desnaturalización de la misma o una normativa diversa, por lo que no es dable sostener que hay una figura distinta a la que contempla la ley. (Sentencia rol N° 474-2016, I. Corte de Apelaciones de Santiago).

DÉCIMO CUARTO: Estas orientaciones han sido corroboradas por la Excelentísima. Corte Suprema, que 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: Que, sin perjuicio de lo razonado, los contenidos de la película que a continuación se describen, dan cuenta no solo de la efectividad de su transmisión, sino que además de su naturaleza:

¹ Entre otras, sentencias recaídas en roles N°s. 474-2012; 703, 4973, 4977, 8603 y 10855, y 10.067, todos de 2015, y 474-2016, todos de la ltima. Corte de Apelaciones de Santiago.

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

- a) (18:32) Créditos. Un hombre ingresa a un mini mercado, recorre sus pasillos, embiste a clientes en su paso, parece no importarle nada ni nadie hasta que un trabajador le pregunta si requiere ayuda, el hombre ha ocultado una escopeta con cañón recortado bajo su abrigo, la extrae y de inmediato dispara al público que se encuentra en el lugar. Con sus disparos mueren personas, destruye góndolas, mesones y vitrinas, la gente huye despavorida, el temor se apodera de mujeres, jóvenes, niños y adultos.

La policía ha rodeado el lugar, intenta parlamentar con el sujeto, mientras al interior, el pistolero amenaza a los clientes que no pudieron escapar y que ahora son sus rehenes. Un joven al que el hombre ha amenazado de muerte con el cañón de su escopeta en el cuello, es instado a abandonar el lugar, el joven corre por su vida en medio del pasillo, un certero disparo le destroza la espalda, lo levanta algunos metros del suelo terminando con su posible libertad, un segundo disparo del pistolero, le causa la muerte. El pistolero no acepta negociar, un jefe de la policía sugiere llamar a “Cobra”, quién llega al lugar en su potente auto. Rehenes son maltratados, el recinto muestra destrozos producto de las balas, el pistolero habla del Nuevo Orden, pide cámaras de televisión, señala que los matará a todos, mientras “Cobra” ingresa al mini mercado y pronto visualiza donde está el sujeto armado. En un breve enfrentamiento “Cobra” le arroja un cuchillo que impacta el torso del pistolero, para luego disparar en tres oportunidades su pistola y causarle la muerte.

- b) (19:47) “Cobra” es emboscado en un hotel en San Remos, integrantes del Nuevo Mundo conduciendo motocicletas rodean el lugar disparando sus armas. “Cobra” y González confirman que la sargento Nancy Stalk es quién ha entregado información a la organización criminal. Una treintena de pistoleros inician un tiroteo que destruye las habitaciones. Granadas de mano y bombas molotov generan incendios, mientras “Cobra” con sus armas intenta repeler el ataque. 32 fusileros que portaban pistolas y ametralladoras son asesinados por “Cobra” y algunos más por González. Ingrid ha conducido una camioneta en la fuga, la que permite tomar alguna distancia de los captores y ubicar un escondite temporal a la pareja.
- c) (20:04) “Cobra” se refugia en una planta siderúrgica, allí llega el “Carnicero Nocturno”. Con amenazas grita que son los cazadores que matan a los débiles, para que los fuertes vivan. “El carnicero” le grita a “Cobra” que tendrá que arrestarlo, el policía representa a la sociedad que ellos quieren destruir. La sargento Stalk cae sobre “Cobra” en un intento de neutralizarlo, muere por las balas de la ametralladora del policía. Ahora “Cobra” y “El carnicero” combaten con cuchillos y cadenas, suben a la plataforma que carga metales al horno de fundición, ambos luchan cuerpo a cuerpo, un gran gancho que permite introducir los metales al fuego es parte de la escena. Una seguidilla de golpes de puño que brinda “Cobra”, dejan a merced del policía, para que éste levante en el aire el cuerpo de “El carnicero” y lo cuelgue por la espalda, atravesando el gancho de acero su cuerpo que será abrasado por el fuego;

DÉCIMO SEXTO: Efectuada esta vinculación fáctico-normativa, corresponde hacer referencia a los descargos de la permisionaria -reseñados en los vistos de este acuerdo.

Desde ya, corresponde aclarar 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;

DÉCIMO SÉPTIMO: Respecto a la infracción a los principios de tipicidad y legalidad que alega, conviene tener presente que la conducta infraccional en virtud de la cual se puede perseguir la responsabilidad de permisionarias siempre será la misma: transmitir contenidos audiovisuales que vulneren el correcto funcionamiento de los servicios de televisión.

Esta forma de entender la conducta infraccional de la Ley 18.838 ha sido recogida por la jurisprudencia de la ltma. Corte de Apelaciones, que al respecto ha señalado: «12°) Que, en cuanto al carácter genérico del artículo 1° de la ley y la falta de tipicidad de

la conducta, rechaza las alegaciones ya que la acción constitutiva de infracción siempre será la misma - transmitir contenidos - correspondiendo al consejo nacional de televisión determinar si la transmisión infringe la normativa vigente.»³

En el mismo sentido, la ltima. Corte de Apelaciones de Santiago en el fallo Rol N° 1352-2013, rechazó la alegación de una permisionaria de televisión referida a la supuesta indeterminación del tipo infraccional de la Ley 18.838, en base a las siguientes consideraciones:

“Séptimo: La potestad sancionatoria de la Administración, como cualquier actividad administrativa, debe sujetarse al principio de la legalidad, según lo prescriben los artículos 6 y 7 de la Constitución Política que obliga a todos los órganos del Estado a actuar de acuerdo a la a la Carta Fundamental y a las normas dictadas conforme a ella; idea que repite el artículo 2° de la Ley N° 18.575 de 1986, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; en lo que respecta a la tipicidad, expresa el artículo 19 n° 3 de la Carta Fundamental, que asegura a las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, precisándose que “ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado” y que “ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”. Octavo: Que el Consejo Nacional de Televisión no sanciona conductas establecidas en un catálogo de actos ilícitos, sino que, conforme a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo primero de la Ley 18.838, impone deberes de conducta a las instituciones sometidas a su control, pudiendo sancionar la infracción a las mismas. De esta manera se encuentra establecida la legalidad del Consejo Nacional de Televisión sobre su actuar en la especie, debiendo aceptarse que el principio de la tipicidad admite ciertas morigeraciones en el ámbito administrativo que lo diferencian de la sanción penal. Sobre el particular, don Enrique Cury Urzúa explica que entre el ilícito gubernativo y el ilícito penal existe una diferencia de magnitud, donde el administrativo es un injusto de significado ético-social reducido, por lo que debe estar sometido a sanciones leves cuya imposición no requiere de garantías tan severas como las que rodean a la sanción penal (Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Ediciones Universidad Católica de Chile, año 2005, página 107).

Recientes fallos han descartado tajantemente esta argumentación, delimitando la naturaleza de la hipótesis infraccional que se encuentra descrita en la ley N° 18.838 y haciéndola compatible con la técnica legislativa presente en dicho cuerpo legal y que funda esta sanción, a saber, el uso de conceptos jurídicos amplios o indeterminados que son complementados, vía colaboración reglamentaria, por las normas que la ley autoriza a esta entidad autónoma a producir, lo que no implica infracción alguna a garantías constitucionales asociadas al debido proceso:

“Segundo: Que, tal como se ha resuelto en otras ocasiones por esta Corte, la composición de las contravenciones administrativas, donde es posible advertir elementos de carácter técnico mutables a raíz del tiempo o las innovaciones impide exigir en ellas una acabada descripción de las mismas en preceptos de carácter general, aceptándose ciertas morigeraciones en estos asuntos, en orden a permitir su complemento o precisión a través de normas de carácter reglamentario o como producto de la actividad jurisdiccional, que dotan de contenido los conceptos jurídicamente indeterminados, permitiendo así flexibilizar la regla legal, posibilitando su adaptación a las diversas situaciones que acontecen (...)”.

Sentencia rol N° 2726-2014. I. Corte de Apelaciones de Santiago. En el mismo sentido fallos roles Nros. 703-2015, 4973-2015, 8603-2015, y 917-2016 entre otros.

La Excm. Corte Suprema ha indicado que entre las razones que se hallan tras el uso de esta técnica legislativa, se encuentra el hecho de que en la función que se ha encomendado al CNTV confluyen componentes técnicos, dinámicos y sujetos a variabilidad en el tiempo, lo que hace imposible su síntesis descriptiva en un precepto general como lo es una ley.⁴ Así, los conceptos utilizados por el artículo 1° de la Ley N° 18.838 son de carácter indeterminado, por lo que no dan por resueltas en cada caso la solución concreta, como sí ocurre con los conceptos jurídicos determinados, por lo que tal solución debe ser buscada acudiendo a criterios de lógica y experiencia, acorde al sentido y finalidad de la ley, proceder que precisamente ha efectuado esta entidad, como se desprende del acabado proceso administrativo llevado a cabo sobre la base de estándares profesionales transdisciplinarios.

Las facultades fiscalizadoras y sancionadoras del Consejo emanan de la Carta Fundamental -artículo 19 N° 12-, y si bien podría argumentarse que toda potestad de un órgano público emana de ella, la Constitución ha considerado y otorgado un amplio reconocimiento de la facultad del CNTV, al otorgarle autonomía constitucional a la labor que realiza, la que, por cierto, le permite y obliga a llenar de contenido conceptos jurídicos indeterminados, como lo son aquellos contenidos en artículo 1° de la ley N° 18.838, por la vía reglamentaria.

³ ltima. Corte de Apelaciones, Sentencia de 19 de noviembre de 2012, Rol. 4138-2012.

⁴ Sentencia de Corte Suprema. ROL N° 6030-2012 de fecha 25 de octubre de 2012.

NOVENO: (...)_En todo caso, las normas reglamentarias especiales que regulan las emisiones de televisión, constituyen una complementación de lo expresado en el artículo 1° de la Ley 18.838 y no una desnaturalización de la misma o una normativa diversa, por lo que no es dable sostener que hay una figura distinta a la que contempla la ley.

(Sentencia rol N° 474-2016, I. Corte de Apelaciones de Santiago);

DÉCIMO OCTAVO: A mayor abundamiento sobre este punto, debemos recordar que en materia de protección de la infancia las medidas que adopte el Estado e instituciones privadas en relación con la infancia deben ser tendientes, en caso de dudas, a inclinarse por la adopción del máximo celo y medidas para proteger la integridad síquica y física de los menores.

En efecto, 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*; 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».⁵

Así las cosas, 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 H. Consejo determinar, si la transmisión de tales registros constituye una infracción a la normativa vigente, resultando evidente y claro que la prohibición contenida en las Normas Generales ya citadas, sus contenidos y reglas resultan la concretización colaborativa de tal núcleo infraccional descrito en el artículo 1°, de la ley N° 18.838, por lo que deberá rechazarse el descargo esgrimido sobre esta materia,

DÉCIMO NOVENO: Respecto a que no habría actuado con culpa, cabe recordar que en la materia regulatoria que nos ocupa, dicha consideración subjetiva no resulta necesaria para imponer una sanción.

Por ejemplo, se debe recordar lo que indica el tratadista Alejandro Nieto en su obra *“Derecho Administrativo Sancionador”*⁶, donde expresa que *“por simple inobservancia puede producirse responsabilidad en materia sancionadora”*⁷, 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”*⁸.

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”*⁹.

En igual sentido, la doctrina nacional, indica en relación con las infracciones administrativas de este tipo y la ponderación e la culpa, que tal relación *“... supone una contravención a los deberes de cuidado establecidos por el legislador u otra autoridad con*

⁵ 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.

⁶ Nieto García, Alejandro *“Derecho Administrativo Sancionador”*. Madrid: Editorial Técnos, 4ª. Edición, 2ª. Reimpresión, 2008.

⁷ *Ibíd.*, p. 392.

⁸ *Ibíd.*, p. 393.

⁹ *Ibíd.*

potestad administrativa (en una ley, ordenanza, resolución u otra regulación semejante)”¹⁰; 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”¹¹.

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”¹².

Así, 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; y no resulta necesario indagar en la conducta de la permisionaria relativa a hechos que no tienen que ver con la efectividad de la transmisión propiamente tal -lo que no fue controvertido por la recurrente;

VIGÉSIMO: En relación a estas alegaciones -referentes las conductas desplegadas- primero cabe hacer referencia la supuesta edición de las escenas violentas de la película.

Al efecto, cabe indicar, en línea con todo lo razonado previamente, que la normativa vulnerada prohíbe la transmisión de películas calificadas para mayores de 18 años en “horario de protección de niños y niñas menores de 18 años”, sin establecer supuestos de ningún tipo que exoneren a sus destinatarios de cumplir con lo ahí ordenado, debiendo aclarar que el artículo 23 de la Ley N° 19.846, contempla una sanción a quien exhiba una versión distinta a la calificada por dicho organismo, todo ello, sin perjuicio de la posibilidad que le asiste al operador de solicitar una nueva calificación de la versión editada de un film (artículo 17 de esa ley) a objeto de cumplir cabalmente con la legislación del Estado de Chile relativa a la calificación cinematográfica -que, igualmente, posee asidero en el artículo 19 N° 12, de la Carta Fundamental-, lo que no consta en el expediente administrativo.

Por ello, resulta obvio que el film exhibido mantiene su calificación para mayores de 18 años; no correspondiendo a esta entidad fiscalizadora analizar la pertinencia de las modificaciones que supuestamente se habrían hecho por parte de un particular, como es la permisionaria.

Por ello, serán desatendidas las alegaciones de la permisionaria en dicho sentido, en tanto ha infringido la normativa al exhibir material cinematográfico con una calificación para mayores de 18 años vigente, fuera del horario permitido para ello por la ley;

VIGÉSIMO PRIMERO: En relación a la falta de dominio material de la conducta constitutiva de infracción, e imposibilidades técnicas y contractuales de efectuar un control o intervención de la programación, estas alegaciones no resultan suficientes para exonerar a la permisionaria de la responsabilidad infraccional en que ha incurrido, toda vez que, de conformidad a lo establecido en el artículo 13° inciso 2° de la Ley N° 18.838, ella es responsable de todo aquello que transmita o retransmita a través de su señal, sin perjuicio, además, de resultar 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 permisionaria¹³.

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, pues son los contratos que

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

¹¹Ibid., p.127.

¹²Corte Suprema, sentencia de 25 de enero de 2010, recaída en la causa Rol N°7448-2009.

¹³Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 26 de abril de 2012, recaída en el Rol de Ingreso N°7259-2011.

suscribe y las relaciones con sus proveedores de contenido -de la permissionaria-, 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;

VIGÉSIMO SEGUNDO: En la misma línea, en relación a los controles parentales y mecanismos de información, 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 transmisiones o difusión de programas de televisión, sean quienes deban velar porque se respete la normativa vigente, desde que quien ofrece el producto y lo trasmite es a quien corresponde la sanción y no al cliente”.¹⁴

Un entendimiento contrario, implicaría vulnerar los artículos 1° y 13° Inc. 2° de la Ley 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 las Normas Generales sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión.

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

VIGÉSIMO TERCERO: Luego, en relación a que no se le aplicarían, dada su condición de permisionario que emite transmisiones satelitales, las regulaciones horarias dictadas por CNTV, cabe tener presente que no se explica por qué razón entonces el recurrente comunica a sus proveedores de programación estos horarios y normativa, como afirma expresamente en sus descargos, lo que, por cierto, en nada ha impedido el hecho de la verificación de la hipótesis infraccional tantas veces explicada, esto es, transmitir fuera de horario una película calificada para mayores de edad.

Conviene recordar lo indicado sobre este aspecto por la Excelentísima Corte Suprema, que vincula la obligatoriedad a tal tipo de entidades, con la plena vigencia del principio de colaboración reglamentaria en el ámbito regulatorio de la televisión:

“Quinto: Que de conformidad con lo expuesto en los fundamentos precedentes es posible constatar que el ámbito de supervigilancia y fiscalización que tiene el Consejo Nacional de Televisión se extiende a los servicios de telecomunicaciones limitados, razón por la cual puede regular, dentro del ejercicio de sus facultades, la transmisión y recepción de la televisión por satélite, debiendo en consecuencia velar porque éstos se ajusten estrictamente al “correcto funcionamiento” que se establece en el artículo 1° de la Ley N° 18.838, siendo éste el único motivo por el cual dichos concesionarios pueden ser sancionados, de conformidad con lo que señala el artículo 33 inciso final de la ley tantas veces mencionada, no siendo posible excluir de ese ámbito de competencia del Consejo a la televisión por satélite por el simple hecho de ser ésta una mera retransmisión de programas enviados desde el extranjero, pues afirmar ello importaría asumir que bastaría la falta de mecanismos técnicos para controlar lo que repite o retransmite la empresa permissionaria, cuestión que constituye una situación voluntaria, para quedar fuera del ámbito de control de la autoridad, la que por lo demás expresamente tiene dicha facultad.

Sexto: Que, así las cosas, cualquiera que sea la forma en que se proporcione la señal de televisión, sea en forma abierta, por cable o satelital, siempre quedará sujeta al cumplimiento de las normas que imponen la ley y la autoridad. En este orden de ideas el artículo 13 de la Ley N° 18.838 establece: “El Consejo no podrá intervenir en la programación de los servicios de radiodifusión televisiva de libre recepción ni en la de los servicios limitados de televisión. Sin embargo, podrá: b) determinar la hora a partir de la cual podrá transmitirse material filmico calificado para mayores de 18 años de edad por el Consejo de Calificación Cinematográfica”.

Séptimo: 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.

¹⁴ 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.)

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.

Octavo: Que las normas generales y especiales dictadas por el Consejo Nacional de Televisión sobre contenidos de las emisiones de televisión son aplicables a los servicios de radiodifusión televisiva limitada, las que por ende está obligada a cumplir la empresa CLARO COMUNICACIONES S.A”. (En igual sentido sentencia de la Excelentísima Corte Suprema Rol N° 2945-12).

Otros fallos recientes han confirmado la exigibilidad de dicho deber y han asentado el criterio de que su materialización se encuentra en las normas reglamentarias que por mandato legal dicta el Consejo Nacional de Televisión, y con las cuales deben cumplir los servicios limitados de televisión:

“CUARTO: Que, por otra parte, el artículo 12 citado, dispone, dentro de las atribuciones del Consejo, el velar porque los servicios de radiodifusión televisiva de libre recepción y los servicios limitados de televisión, se ajusten estrictamente al correcto funcionamiento. Además, el Consejo puede regular la transmisión y recepción de la televisión por satélite. A su turno, si bien el Consejo no puede intervenir en la programación de los servicios de radiodifusión televisiva de libre recepción, ni en los servicios limitados de televisión, está facultado para adoptar medidas relacionadas con impedir la difusión de determinadas películas, y determinar además, los horarios en que se pueden exhibir películas calificadas para mayores de 18 años. Así, los canales de televisión son exclusiva y TELEFÓNICAmente responsables de todo y cualquier programa, nacional o extranjero que transmitan, aun cuando

NOVENO: (...) En todo caso, las normas reglamentarias especiales que regulan las emisiones de televisión, constituyen una complementación de lo expresado en el artículo 1° de la Ley 18.838 y no una desnaturalización de la misma o una normativa diversa, por lo que no es dable sostener que hay una figura distinta a la que contempla la ley.

(Sentencia rol N° 474-2016, I. Corte de Apelaciones de Santiago).

Como señalan expresamente dichas sentencias, los servicios limitados de televisión, incluidos los servicios satelitales, se encuentran sometidos a la fiscalización, regulación y restricciones que imponga el Consejo Nacional de Televisión, lo que implica, por cierto, fundamentalmente, que pesa sobre ellos el deber de respetar el principio de correcto funcionamiento de los servicios de televisión y las normas reglamentarias que dicta el CNTV, y entre ellas claramente aquellas que establecen una franja de protección horaria entre las 6:00 y 22:00 horas (En el mismo sentido sentencias de Corte Suprema, en sede de recurso de queja, roles: 2543-2012, 3618-2012, 2945-2012, 7065-12 entre otras).

Queda claro entonces que al recurrente se le aplican las restricciones horarias que dicta el CNTV, y que ellas son una manifestación colaborativa a nivel reglamentario, de la norma legal del artículo 1° de la ley N° 18.838, que obliga a cualquier servicio de televisión, ya sea permisionarios o concesionarios abiertos a respetar en sus emisiones la formación espiritual e intelectual de la juventud, en tanto responsables del cumplimiento del principio del correcto funcionamiento;

VIGÉSIMO CUARTO: Finalmente, respecto a lo desproporcionado de la sanción -alegación que funda, también, en base a los descargos ya analizados-, cabe tener presente que este organismo aplica un sistema correcto, racional y justo para la determinación de las sanciones, en el cual prima el análisis sobre la gravedad de la infracción y las conductas previas del recurrente respecto al cumplimiento de la normativa que rige el correcto funcionamiento de la televisión, tal como lo prescribe el artículo 33°, de la ley N° 18.838.

En consecuencia, en la fijación de la naturaleza y monto de la sanción, el CNTV se ha ceñido rigurosamente a lo dispuesto por el artículo 33 de la ley N° 18.838, preceptiva que contiene las sanciones y criterios de proporcionalidad aplicados en este caso, lo que es manifestación del principio de legalidad establecido en los artículos 6 y 7, de la Constitución Política de la República.

VIGÉSIMO QUINTO: Así, es esencial recordar también que TELEFÓNICA ha mostrado una conducta reincidente en este tipo de infracción, ya que dentro de los 12 meses anteriores a esta emisión registra 6 sanciones por transmitir contenidos no aptos para menores de edad fuera del horario permitido para ello y haber infringido el artículo 5° de las Normas Generales sobre Contenidos de las emisiones de televisión, a saber:

- a) por exhibir la película “*El Corruptor*”, impuesta en sesión de fecha 8 de agosto de 2016, oportunidad en que fue condenada al pago de una multa de 100 Unidades Tributarias Mensuales;

- b) por exhibir la película “El Especialista” 2 veces, impuesta en sesiones de fecha 12 y 26 de septiembre de 2016, oportunidades en que fue condenada al pago de una multa de 20 Unidades Tributarias Mensuales;
- c) por exhibir la película “El lobo de Wall Street”, impuesta en sesión de fecha 7 de noviembre de 2016, oportunidad en que fue condenada al pago de una multa de 100 Unidades Tributarias Mensuales;
- d) por exhibir la película “El último Boy Scout” 2 veces, impuesta en sesiones de fecha 28 de noviembre de 2016 y 28 de abril de 2017, oportunidades en que fue condenada al pago de una multa de 20 y 100 Unidades Tributarias Mensuales, respectivamente;

Lo expuesto, evidencia la actitud reincidente de la permisionaria, calificación -entre otras-, que permite a esta entidad autónoma ponderar en base dicho elemento la gravedad de la infracción y con ello, la proporcionalidad de la sanción que se impondrá, según lo estimado en el artículo 33, de la ley N° 18.838, 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 aplicar a TELEFÓNICA EMPRESAS CHILE S.A., la sanción de multa de 150 (ciento cincuenta) Unidades Tributarias Mensuales, contemplada en el artículo 33° N°2 de la Ley N°18.838, por infringir el artículo 1°, inciso cuarto de la Ley N° 18.838, por la vía de la vulneración de la regla establecida en el artículo 5° de las Normas Generales Sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión mediante la exhibición, el día 15 de junio de 2017, a partir de las 18:29 hrs., de la película “Cobra”, 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.

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.