

ORD.: 1785

ANT.: Cargo notificado mediante oficio CNTV N°1492, de 26 de octubre de 2017

MAT.: Comunica Acuerdo que rechaza los descargos 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 Art. 5° de las Normas Generales Sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión mediante la exhibición, a través de su señal "HBO" el día el día 30 de julio de 2017, a partir de las 16:12 hrs., de la película "Mi Abuelo es un Peligro".

SANTIAGO, 20 DIC 2017

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 18 de diciembre de 2017, el Consejo Nacional de Televisión aprobó el Acta de la Sesión celebrada el lunes 11 de diciembre 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 P13-17-684-TELEFONICA, elaborado por el Departamento de Fiscalización y Supervisión del CNTV;
- III. Que, en la sesión del día 16 de octubre de 2017, acogiendo lo comunicado en el precitado informe, se acordó formular a Telefónica Empresas Chile S.A., cargo por supuesta infracción al Art. 5° de las Normas Generales Sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión, configurado mediante la exhibición, a través de su señal "HBO" el día 30 de julio de 2017, a partir de las 16:12 hrs., de la película "Mi Abuelo es un Peligro", 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°1492, de 26 de octubre de 2017, y que la permisionaria presentó sus descargos oportunamente;
- V. Que, en su escrito de descargos, ingreso CNTV N° 3081/2017, 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° 1492 de 26 octubre de 2017, 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° 1492 de 26 octubre de 2017 el que se contenía en sobre recepcionado por Correos de Chile con fecha 31 de octubre 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 película “Mi abuelo es un peligro” el día 30 de julio 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 películas inapropiadas 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 permissionarias 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° 1492, el CNTV procedió a formular cargo a TEC por la exhibición de la película “Mi abuelo es un peligro”.

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 película, a través de la señal “HBO”, el día 30 de julio 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. 5° de la las Normas Generales Sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión mediante la exhibición, el día 30 de julio de 2017, a partir de las 16:12 hrs., hrs., la película “Mi abuelo es un peligro”, 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 películas que incluyan 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 30 de julio de 2017, a partir de las 16:12 hrs., de la película “Mi abuelo es un peligro” “Dirty Grandpa”, 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 película “Mi abuelo es un peligro” no fue exhibida por TEC, a través de la señal “HBO” (HBO Chile Feed), a las 16:12 horas del día 30 de julio de 2017. Es más, durante el marco temporal antes señalado se exhibieron las películas “Central Intelligence” y “Jason Bourne”:

| HBO EAST | | PROGRAMMING JULY 2017 | | | | HBO-CHILE(CHL) | |
|----------|--|-----------------------|-----------|----------|--------|----------------|--|
| Sunday | Monday | Tuesday | Wednesday | Thursday | Friday | Saturday | |
| | Jul 30, 2017 | | | | | | |
| | 07:15 A Cinderella Story 08:55 Sisters 10:55 Vacation 12:25 The Good Doctor 14:15 Criminal Con Crime 707 14:50 Central Intelligence 16:35 Jason Bourne 18:55 The Big 21:00 GAME OF THRONES 0 22:00 THE BRONZE GARDEN 23:00 BULLERS 00 EPS 02 23:30 INSECURE 02 EPS 0 01:00 GAME OF THRONES 0 01:05 Jason Bourne 02:15 Fury 03:25 The Wizard Of Lies | | | | | | |

Para efectos de clarificar, quisiéramos hacer presente que la película “Mi abuelo es un peligro” no fue exhibida 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. Ese filme estaba programado para o cerca de las 16:12 horas en Chile para el día 30 de julio de 2017 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.

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, 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 películas inapropiadas en horario "para todo espectador" (ausencia de culpa).

En subsidio de lo anterior, el evento que se acredite que la película "MI abuelo es un peligro" 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 películas 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 películas calificadas 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 fílmico 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 permisionaria 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 contratan, 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 de 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 de "CINE" 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 octavo de la mencionada sentencia de la causa rol 7334-2015, donde la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago afirma lo siguiente:

"OCTAVO: 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 indiscriminado a su propuesta programática debe asumirse, en todo caso, como una manifestación expresa de

la intensión 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".

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 intensión 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° 1492" 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).

(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, 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 una película supuestamente no apta para ser visionada 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." ¹

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" ²

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

P 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.

¹ Sentencia pronunciada por la Séptima Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 7 de septiembre de 2012, causa rol 4470-2012.

² Sentencia pronunciada por la Octava Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 15 de diciembre de 2011, causa rol 6106-2010.

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° 1492, de 26 de octubre de 2017, 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 2 de noviembre de 2017 que da cuenta la película "Mi abuelo es un peligro" no fue exhibida por mi representada el día 30 de julio de 2017, a partir de las 16:12 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. -

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, el material fiscalizado en estos autos corresponde a la película “Mi Abuelo es un Peligro”, “*Dirty Grandpa*” emitida el día 30 de julio de 2017, a partir de las 16:12 hrs., por la permisionaria Telefónica Empresas Chile S.A., través de su señal “HBO”;

SEGUNDO: Que, “Mi Abuelo es un Peligro” «*Dirty Grandpa*», es una comedia donde el joven abogado Jason Kelly (Zac Efron) está a dos semanas de casarse con Meredith (Julianne Hough) una joven judía, muy conservadora, de buena familia que está abocada a los preparativos finales de la boda.

Luego de un prolongado cáncer la abuela de Jason fallece, dejando a Dick (Robert de Niro), su abuelo, sumido en una aparente tristeza.

Dick, un exteniente coronel en retiro del ejército, no fue un buen padre, aún mantiene una relación distante con su hijo David (Dermot Mulroney), abogado y padre de Jason.

Durante el funeral pareciera una familia unida, pero Dick quiere rápidamente trasladarse al estado de Florida en busca de descanso y diversión, asunto que lo había conversado previamente con la fallecida abuela de Jason.

Dick señala no tener licencia de conducir y solicita que alguien maneje su automóvil, nadie quiere asumir la tarea, está Nick (Adam Pally), un primo drogadicto de Jason y el joven abogado que en definitiva será el chofer entre Atlanta y Boca Ratón.

Meredith, solicita ocupar el automóvil de Jason, ante las tareas de los preparativos de boda y ofrece su mini cooper color rosa para que abuelo y nieto se trasladen a un Spring Break en Daytona Beach.

Jason descubre en este viaje a un abuelo que no conocía, un hombre vividor, mujeriego, atrevido y valiente para enfrentar situaciones nuevas.

Una detención en la carretera, permite que abuelo y nieto conversen un almuerzo, Jason no pierde oportunidad para comunicarse con Meredith, con la cual deben asistir a un ensayo de la boda previsto para dos días más. En una mesa contigua dos jovencitas y un muchacho afroamericano no han perdido de vista al anciano y al joven, una de ellas le reconoce como un ex compañero de escuela mientras estudiaba fotografía. Shadia (Zoey Deutch) se le acerca y lo saluda, Jason la ignora hasta que se reconocen en el estacionamiento del parador.

A Shadia la acompaña Lenore (Aubrey Plaza) una audaz jovencita que en su pensamiento está tener sexo con un aprendiz, un egresado y un profesor universitario, coincidentemente Dick se presenta como un profesor de historia de la Universidad de Georgia que está en una investigación sobre el medio oriente y que Jason es un fotógrafo de la revista Time.

Las jóvenes van a Daytona Beach, invitan a Jason y Dick, estos se excusan con un juego de golf, pero en el club de golf, luego de ver a unas mujeres en la práctica, Dick cambia de prioridad y exige a su nieto ir a Daytona detrás de las muchachas ya que él quiere sexo, sexo que no ha tenido desde hace 15 años, producto que la abuela de Jason enfermó de cáncer.

En Daytona, en la búsqueda de Shadia y Lenore, Jason y su abuelo conocen a un exultante narcotraficante llamado Tan Pam (Jason Mantzoukas), quién además organiza concursos de playa donde participan abuelo y nieto contra alumnos compañeros de Shadia y Lenore. El juego lo ganan hasta el minuto que Jason decide abandonar ante la posibilidad de ser retratado y su imagen se instale en redes sociales donde su novia podría verle.

Por la noche junto a Shadia y Lenore van a una discoteque, Jason consume crack y pierde el control, se ha desnudado, baila la canción “la macarena”, se aleja desnudo del bar y despierta en la playa, sólo le cubre su pene un juguete de peluche con forma de abejita.

Muy temprano, Meredith telefona y se percató que Jason está en la playa, desnudo y en su frente dibujos de penes que forman una esvástica, ella está junto a sus padres y con ellos el rabino que los casará, Jason está incómodo por la presencia de un niño que pretende robar el peluche, acto que origina que la policía arreste al joven abogado.

Por la noche, nieto y abuelo se visten elegantemente y van a un bar donde estarán Shadia y Lenore, junto a su amigo afroamericano gay.

Una pandilla de jóvenes negros insulta y amenaza al amigo gay de Shadia, Dick va en su ayuda, pelea con los pandilleros, los humilla y sale victorioso, evento que permite a Jason conocer algo más de su abuelo, en el ejército era un soldado de élite- un boina verde-, dotación de militares estrategias de gran poder destructivo y de ataque.

La fiesta en el bar permitió a Shadia aproximarse a Jason, lo mismo Lenore con Dick.

Al día siguiente Jason se entera que a pocos días Shadia terminará su universidad y se unirá en una navegación por un año a un colectivo de investigadores que documentarán los efectos del cambio climático en el mar.

Jason fotografía a Shadia y parecen reencontrarse emocionalmente, él la ve hermosa, están próximos a besarse.

Dick y Lenore son atacados nuevamente por la pandilla, están en poder de los malhechores, Jason y Shadia se preocupan, pero, los encuentran amigablemente a todos consumiendo marihuana y hachís rojo libanés en una improvisada "escopeta", donde grandes bocanadas de humo se traspasan entre parejas por medio de besos. Jason se entera que su abuelo es además, un fumador de marihuana.

Bajo los efectos de las drogas juegan en un Karaoke que Dick lo inicia con un rap que todos celebran, para los jóvenes, Dick es un "maestro". El turno es de Shadia que le canta a Jason "Because you loved me", quién le acompaña como un profesional, es una canción reveladora, donde la pareja reconoce su amor.

Abuelo y nieto van con sus "conquistas" al hotel, Dick le agradece a Jason por ser su partner, le comenta algunas cosas de su vida íntima con su abuela, reconoce que la extraña, además con ella compartía todo, por su parte el joven le señala que piensa disolver el noviazgo y que partirá diciéndole la verdad a Shadia.

Ambos se encaminan a sus habitaciones y encuentran que las jóvenes están con sus amigos compañeros de universidad que para desacreditar al abuelo y al nieto han buscado información en google y ya saben que Dick no es profesor, que es un Teniente Coronel retirado del ejército y que su nieto Jason no es fotógrafo del Time, sino que es un abogado que se casará en una semana en el templo Jericó con la señorita Meredith Miriam Goldstein.

Shadia se siente engañada y defraudada por Jason, una idiota cuando Jason le intenta explicar que él ya no se casará con Meredith, Shadia despacha a Jason, mientras Lenore le reitera a Dick su deseo de hacer el amor con él.

Jason retorna a Atlanta y asiste al ensayo de su boda, la pareja ha invitado a sus familiares y amigos más cercanos a este evento. Jason y Meredith han planeado recibir a los invitados con una presentación audiovisual de fotos de la pareja mientras ella entona una canción. Una pantalla reproducirá fotos de los novios, pantalla que a los pocos minutos ofrece registros recientes de Jason en un ambiente de libertinaje y sexo de eventos acontecidos en Daytona Beach, los familiares y amigos están estupefactos con las fotografías, al terminar su canción Meredith observa que ningún familiar reacciona con su performance, algo pasó con las fotos que sólo Dick podría explicar.

El abuelo contrató a un hacker para que suplantara el material y lo que los familiares y amigos observaron eran los mejores momentos de Jason con Dick.

Jason señala que no se casará y a modo de equilibrio Meredith confiesa que ha tenido relaciones sexuales con Nick, el primo de su novio.

El abuelo le comenta a su nieto que Shadia viaja en un autobús a Miami para embarcarse con sus amigos en la aventura de los registros de los efectos del cambio climático.

Toman raudamente la carretera para detener a Shadia, usan un carro repartidor de helados de propiedad de Tan Pam, que está comprometido con la historia de Jason y Shadia logrando detenerlos en medio del camino.

Shadia sigue con su plan, Jason no tiene planes, no tiene novia, ha perdido el trabajo y sólo le queda acompañar a Shadia en el viaje por los mares, ambos se quieren y están dispuestos a una nueva vida en común.

Lenore ha localizado el domicilio de Dick y se apresta a cumplir su deseo de tener relaciones sexuales con un viejo...

Pasa algo más de un año y nos encontramos en el bautizo del hijo de Dick y Lenore que tienen como padrinos a Shadia y Jason;

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, 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: Que, a su vez el artículo 2° de las Normas Generales sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión dispone: “*Se establece como horario de protección de los niños y niñas menores de 18 años, el que media entre las 06:00 y las 22:00 horas*”;

OCTAVO: Que, la película “Mi Abuelo es un Peligro” (*Dirty grandpa*) fue calificada por el Consejo de Calificación Cinematográfica, “*para mayores de 18 años*” en sesión de fecha 19 de febrero de 2016;

NOVENO: Que, el artículo 13° inciso 2° de la Ley N° 18.838 establece que los servicios limitados de televisión son responsables en forma exclusiva de todo lo que transmitan, aun cuando se trate de transmisiones o retransmisiones vía satélite;

DÉCIMO: Que, 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 34° de la Ley N° 18.838, disposiciones referidas al principio del *correcto funcionamiento* de los servicios de televisión, ejercitando siempre un control de índole represivo 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 PRIMERO: Que, tratándose en la especie de una película calificada por el Consejo de Calificación Cinematográfica, como *para mayores de 18 años*, la permissionaria ha incurrido en una conducta que contraviene el ordenamiento jurídico vigente, al emitirse fuera del horario permitido, lo que, en la especie, es constitutivo de infracción al artículo 5° de las Normas Generales sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión de 2016;

DÉCIMO SEGUNDO: Que, y sin perjuicio de lo razonado, y los contenidos de la película, como botón de muestra de la misma, se describe el siguiente contenido, que da cuenta no solo de la efectividad de su transmisión, sino que además su naturaleza:

- a) (16:20) Jason aceptó acompañar a su abuelo en su viaje Atlanta- Boca Ratón. Conduce el auto de su novia (un mini cooper color rosa), va por su abuelo, al llegar a la casa, observa un desorden con botellas a medio consumir, música y un televisor a todo volumen. Jason recorre el lugar y sorprende

a su abuelo masturbándose mientras observa en la pantalla a una pareja teniendo sexo, para el abuelo un simple comentario: *“Me pillaste haciendo un tres”*.

- b) (16:26) Jason identifica a Shadia como una ex compañera del curso de fotografía, el abuelo se aproxima al joven y a modo de recepción le introduce violentamente el pulgar de su mano en el trasero, es parte de un saludo familiar, Dick se integra a la conversación presentándose como profesor universitario y a su nieto como un fotógrafo de la revista Time. Una jovencita que acompaña a Shadia llamada Lenore habla de inmediato de cuando perdió la virginidad, ella ha manifestado el deseo de tener relaciones sexuales con un alumno de primer año, un egresado y un profesor universitario, al conocer a Dick (quién se ha presentado como el Dr. Richards de la Universidad de Georgia), la jovencita piensa que cumplirá su deseo. La jovencita identifica como “diplomáticos” el puro que fuma Dick, le pregunta si ella es cubana, la joven desplaza su cadera y ofrece la forma de su trasero como algo de buen gusto, (...) las jovencitas viajan a Daytona con un amigo gay y al parecer su calendario no se cruzará con el de Dick y Jason que tienen un juego de golf pendiente, salvo por la oferta de Lenore quién le propone a Dick que podría usar su palo #3, *“para meter tus bolas en mi vagina”*.
- c) (16:45) Jason se ha emborrachado, se quitó la ropa y baila desnudo “la Macarena”, sólo le cubre su pene un peluche con forma de abejita. Un exultante vendedor de drogas le ofrece crack que contiene un cigarro electrónico, largas aspiraciones sitúan a Jason al borde de una intoxicación por drogas. Baila sin frenos rodeado de bellas mujeres, es el centro de la diversión, con su abejita intenta picar a jovencitas y a muchachos, está completamente desinhibido. Desnudo toma una moto y se dirige a la playa, donde despierta con un llamado telefónico de su novia la que lo descubre ebrio, sin ropa y en su frente dibujos de penes que forman una esvástica.

La presencia de un niño en la playa, que quiere quedarse con el peluche de Jason ocasiona una disputa con el padre del menor que lleva a Jason a ser detenido por la policía.

DÉCIMO TERCERO: 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 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, 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 CUARTO: Que, resulta conveniente abundar en los fallos mediante los cuales nuestros tribunales superiores de justicia han reconocido las facultades del Honorable Consejo para fiscalizar los contenidos de los servicios de televisión y para sancionarlos en caso de que ellos incumplan el deber de cuidado que les imponen la Ley N° 18.838 y las normas reglamentarias que la complementan; al respecto, cabe citar, a título meramente ejemplar, lo que sostuvo la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago en un fallo que confirmó una sanción impuesta por el Honorable Consejo a un servicio limitado de televisión, donde señaló: *“Como quiera que sea, la infracción que imputa la exhibición de una película para mayores de 18 años en una franja para todo espectador no corresponde a una conducta que resulte extraña a lo que exige el sentido común o la ordinaria disposición de las cosas. En cualquier caso, es posible entender que dicho comportamiento no es sino una explicación del propósito de propender al respeto de la formación espiritual e intelectual de la niñez y la juventud a que se refiere el inciso 3° del artículo 1° de la citada Ley del Consejo de Televisión”*³;

DÉCIMO QUINTO: Que, como corolario de lo anteriormente referido, dicho criterio ha sido corroborado por la Excelentísima Corte Suprema, quien sobre este punto ha resuelto⁴: *“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*

³ Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 12 de abril de 2012, recurso Rol 474-2012

⁴Corte Suprema, sentencia de 21 de septiembre de 2012, recurso Rol 2543-2012.

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 SEXTO: Que, cabe observar que, basta la simple inobservancia de la norma infringida para que se produzca la responsabilidad infraccional que le cabe a la permissionaria a resultas de su incumplimiento⁵, por lo que, el análisis de consideraciones de índole subjetiva relativas, tanto al proceder del infractor, como a sus consecuencias, resulta innecesario⁶;

DECIMO SÉPTIMO: 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)”⁷; 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”⁸; para referirse más adelante, precisamente respecto de la omisión de un deber de cuidado (como el establecido en el artículo 5° 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”⁹;

DÉCIMO OCTAVO: 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”¹⁰;

DÉCIMO NOVENO: Que, cabe tener presente que, el ilícito administrativo establecido por infringir el artículo 5° de las Normas Generales sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión, 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 calificados como “*para mayores de 18 años*”, a través de la cual, atendida su especial naturaleza, pueda verse afectada negativamente, *la formación espiritual e intelectual de la niñez y la juventud*;

VIGÉSIMO: 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 absolutoria de ningún tipo, ya

⁵Cfr. Nieto García, Alejandro “Derecho Administrativo Sancionador”. Madrid: Editorial Técnos, 4ª. Edición, 2ª Reimpresión, 2008, p. 392

⁶Cfr. *Ibíd.*, p.393

⁷Barros, Bourie, Enrique, “Tratado de Responsabilidad Extracontractual”. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp-97-98.

⁸*Ibíd.*, p.98

⁹*Ibíd.*, p.127.

¹⁰Corte Suprema, sentencia de 25 de enero de 2010, recaída en la causa Rol N° 7448-2009.

que, conforme a lo dispuesto en los artículos 5° de las Normas Generales Sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión y 13° inciso 2° de la Ley N° 18.838, el sujeto pasivo de la obligación de no transmitir películas calificadas para mayores de 18 años por el Consejo de Calificación Cinematográfica 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 PRIMERO: Que, también será desechada la alegación relativa al supuesto carácter genérico de la norma del artículo 5° de las Normas Generales Sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión, y la supuesta falta de tipicidad de la conducta sancionada, ya que, sin perjuicio de la evidente y clara prohibición implícita ahí contenida, relativa a la transmisión de películas calificadas para mayores de 18 por el Consejo de Calificación Cinematográfica fuera del horario comprendido entre las 22:00 y 6:00 hrs, como ocurre respecto a la transmisión de la película objeto de reproche, 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, todo a través de un debido proceso, contradictorio y afecto a revisión por parte de los Tribunales Superiores de Justicia;

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, es necesario dejar establecido que, en su escrito de descargos, la permisionaria cita en apoyo de su tesis, 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 idéntica materia (emisión de películas para mayores de 18 años, en horario de protección al menor, donde fueron sustituidas las sanciones de multa por amonestaciones), en idénticos términos que los fallos invocados por la permisionaria, 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, reestableciendo las sanciones de multa primitivamente impuestas. No solo la Excma. Corte Suprema de Justicia establece el criterio que, la pena procedente para este 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 Generales sobre Emisiones de Televisión, refutando cualquier tipo de excusa, como las alegadas por la permisionaria, 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 permisionaria tuvo participación en ellas;

VIGÉSIMO TERCERO: Que, será desechada la defensa relativa a la negativa de haber transmitido la película fiscalizada en la señal correspondiente a su plan básico, por cuanto en el expediente administrativo se encuentra compacto audiovisual que acredita que la película *“Dirty Grandpa”* (Mi abuelo es un Peligro) fue exhibida, en el día y hora imputados, a través de la señal 629 (HBO) que la permisionaria incluye tanto su plan de menor costo (INICIA) como en su plan de mayor valor (PRO);

VIGÉSIMO CUARTO: Que, cabe tener presente que la permisionaria registra seis sanciones por infringir el artículo 5° de las Normas Generales Sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión, durante el año calendario anterior a la emisión de los contenidos reprochados, a saber:

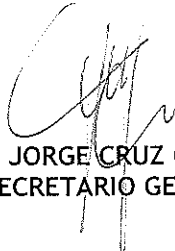
- a) por exhibir la película *“El Corruptor”*, impuesta en sesión de fecha 08 de agosto de 2016, oportunidad en que fue condenada al pago de una multa de 100 Unidades Tributarias Mensuales;
- b) por exhibir la película *“El Especialista”*, impuesta en sesión de fecha 12 de septiembre de 2016, oportunidad en que fue condenada al pago de una multa de 20 Unidades Tributarias Mensuales;

- c) por exhibir la película “*El Especialista*”, impuesta en sesión de fecha 26 de septiembre de 2016, oportunidad en que fue condenada al pago de una multa de 20 Unidades Tributarias Mensuales;
- d) 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;
- e) por exhibir la película “*El Último Boy Scout*”, impuesta en sesión de fecha 28 de noviembre de 2016, oportunidad en que fue condenada al pago de una multa de 20 Unidades Tributarias Mensuales;
- f) por exhibir la película “*El Último Boy Scout*”, impuesta en sesión de fecha 24 de abril de 2017, oportunidad en que fue condenada al pago de una multa de 100 Unidades Tributarias Mensuales;

antecedentes que, en conjunto con el alcance nacional de la permisionaria, serán tenidos en consideración 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 Hermosilla, María de los Ángeles Covarrubias, Marigen Hornkohl, Mabel Iturrieta, Andrés Egaña, Genaro Arriagada y Gastón Gómez acordó rechazar los descargos 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 Art. 5° de las Normas Generales Sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión mediante la exhibición, a través de su señal “HBO” el día el día 30 de julio de 2017, a partir de las 16:12 hrs., de la película “*Mi Abuelo es un Peligro*”, 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. Lo anterior, sin perjuicio del derecho del canal de solicitar al Consejo de Calificación Cinematográfica la recalificación del material. El Consejero Roberto Guerrero se abstuvo de participar en el debate y deliberación del caso. 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.