

ORD.:

1129

ANT.:

Cargo notificado mediante CNTV N°694, de 16 de mayo de 2018.

MAT.:

Comunica Acuerdo de Consejo que rechaza los descargos y aplica a TELEFÓNICA EMPRESAS CHILE S. A., la sanción de multa de 200 (doscientas) Unidades Tributarias Mensuales, contemplada en el artículo 33° N°2 de la Ley N°18.838, por, infringir a través de su señal "SPACE", el Art. 5° de las Normas Generales Sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión mediante la exhibición, el día 1 de marzo de 2018, a partir de las 15:06 hrs., de la película "The Fan".

SANTIAGO,

01 AGO 2018

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

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

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

VISTOS:

- I. Lo dispuesto en el Capítulo V de la Ley N°18.838;
- II. El Informe de Caso C-5881, elaborado por el Departamento de Fiscalización y Supervisión del CNTV;
- III. Que, en la sesión del día 7 de mayo de 2018, acogiendo lo comunicado en el precitado informe, se acordó formular cargo al operador Telefónica Empresas Chile S.A., por presuntamente infringir, a través de su señal "SPACE", el Art. 5° de las Normas Generales Sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión mh., de la película "The Fan", 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°694, de 16 de mayo de 2018, y que la permissionaria presentó sus descargos oportunamente;
- V. Que, en su escrito de descargos, ingreso CNTV N° 1213/2018, la permissionaria 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° 694, de 16 de mayo de 2018, al H. Consejo Nacional de Televisión respetuosamente digo:

Dentro del plazo legal y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34° inciso segundo de la Ley N°18.838, y en los artículos 25 y 46 de la Ley N°19.880 sobre bases del procedimiento administrativo, vengo en formular descargos respecto de los cargos formulados a mi representada por el Consejo Nacional de Televisión (en adelante "CNTV"), los que fueron notificados a esta parte por Oficio Ord. N° 694, de 16 de mayo de 2018 ("Ord. N° 694" o "cargo impugnado"), el que se contenía en sobre recepcionado por Correos de Chile con fecha 18 de mayo del año 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 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 "SPACE", la película "The Fan" el día 01 de marzo de 2018, 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 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 (ii) Se trata de emisiones que han sido expresa y especialmente contratadas y consentidas por los usuarios. A este respecto, corresponde consignar que el propio CNTV ha absuelto a otras permisionarias teniendo en consideración los esfuerzos desplegados para ajustar su proceder al marco de la ley.

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

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

I. ANTECEDENTES GENERALES.

Mediante Oficio Ordinario N° 694, el CNTV procedió a formular cargo a TEC por la exhibición de la película "The Fan".

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 "SPACE", el día 01 de marzo de 2018, 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 "Space" el Art. 5° de las Normas Generales Sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión mediante la exhibición, el día 01 de marzo de 2018, a partir de las 15:06 hrs., la película "The Fan", 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."

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 se 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 el 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:

- La película fue previamente editada, eliminándose el contenido inapropiado de las escenas violentas o con imágenes inadecuadas para ser vistas por menores de 18 años, incluyendo las escenas cuestionadas por el CNTV;
- 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) La película fue previamente editada, eliminándose el contenido inapropiado de las escenas violentas o con imágenes inadecuadas para ser vistas por menores de 18 años, incluyendo las escenas cuestionadas por el CNTV.

Controvertimos lo afirmado en el cargo impugnado, en el sentido que las escenas descritas en el mismo tuviesen un contenido inapropiado para ser visto por menores de edad, pues, la película fue editada en forma previa a su exhibición.

Siguiendo la correlación de escenas señaladas en el Considerando Décimo del Cargo impugnado, las escenas fueron editadas de la siguiente manera:

Título: THE FAN -		
Versión de aire: SPACE		
Timecode máster	Notas de edición	Comentarios sobre el cargo del CNTV
01.27.30.14	Se editó contenido violento	
02.04.57.01	Se editó contenido violento	Se minimizó la violencia gráfica de la escena descrita en el final del punto b) del cargo, principalmente las instancias en las que se ve claramente el cuchillo clavado en el muslo de Juan Primo.
02.05.06.18	Se editó contenido violento	
02.05.42.07	Se editó contenido violento	
02.27.17.22	Se editó contenido violento	
02.46.20.20	Se editó contenido violento	Se minimizó la violencia gráfica de la escena descrita en el punto c) del cargo, principalmente las instancias en las que se ve claramente el cuchillo de Gil clavado en el hombro de Bobby Rayburn y el momento en que se ve sangre brotando de las heridas de bala de Gil, cuando la policía lo acribilla.
02.48.44.23	Se editó contenido violento	

Es importante destacar que la gran mayoría de sus contenidos llevan la calificación R en el sistema de MPAA utilizado en Estados Unidos. Por esta razón, todos los contenidos pasan por una revisión exhaustiva que, en primer lugar, apunta a definir si se ha de generar una versión editada para emitir en horario apto para todo público. Si se considera que, dentro de los parámetros del género, se pueden realizar ediciones que minimicen el impacto de la violencia, se avanza en este sentido. Si se considera que, dentro de los parámetros de su género, se pueden realizar ediciones que minimicen el impacto del contenido conflictivo, se avanza en este sentido. Si se considera que la edición no permitiría suavizar el contenido lo suficiente, el material queda restringido para el bloque entre las 22:00 y las 06:00 y sólo se emite en versión sin edición.

Por lo anterior, TEC controvierte los fundamentos del cargo impugnado, pues las escenas allí descritas no tenían un contenido inapropiado para ser visto por menores de edad, pues fueron previamente eliminadas mediante su edición. En este sentido, la simple lectura de la descripción de las tres escenas cuestionadas en el Acuerdo del CNTV, no se vislumbra un contenido especialmente inapropiado o muy distinto al de una película actual de acción, incluso muchas veces calificadas para todo espectador. En efecto, las escenas descritas en el Considerando 10 del Acuerdo no muestra nada distinto a una película de acción promedio de las que se han emitido en el último tiempo, calificadas para ser vistas por menores de edad, o incluso los video juegos que suelen jugar menores de edad durante el día. Se pueden nombrar incontables series y películas que no son calificadas para mayores de 18 años donde se enfrentan los héroes con los villanos y donde resultan personajes heridos y/o muertos por causa del enfrentamiento. Demás está señalar que hoy en día todas las series de televisión, con

calificación para menores de 18 años, incluyen escenas en las que algún personaje muere. De ser este el criterio aplicable, ninguna película actual de acción podría ser vista por menores de 18 años. En efecto, hoy en día la mayoría de las películas de Marvel Studios -las películas de superhéroes- son consideradas aptas para menores de 7 años, y en todas ellas muere a lo menos una persona o villano, por lo que queda claro que en este caso la fecha en que fue calificada la película distorsiona lo que verdaderamente se considera para mayores de 18 años hoy en día. Por lo tanto, "The Fan" debería ser una película sin restricción de edades, más aún cuando ha sido editada de la manera en que "SPACE" lo ha hecho.

(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 el evento que se estime que la película "The Fan" 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 filmico exhibido por las señales de televisión cuando éste es desplegado, cuyo contenido y exhibición efectiva constituye un ámbito de operación y gestión ubicado dentro de la esfera exclusiva de control del respectivo programador, según los términos de la licencia limitada que confieren a mi representada, los contratos de distribución válidamente celebrados con los proveedores de contenidos.

(iv) Es más, si fallaran todas las medidas implementadas por TEC y referidas precedentemente, y aun cuando fuera posible técnicamente interrumpir la exhibición controvertida (cuestión que no es posible, según se señala más arriba) para TEC tampoco es contractualmente posible dicha interrupción o cualquier manipulación de la señal de SPACE. 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 contraten, mediante el sistema denominado “control parental”. Estas herramientas son informadas con claridad a los usuarios en casi todas las comunicaciones relativas al servicio limitado de televisión que presta TEC.

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

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

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

<https://atencionalcliente.movistar.cl/television/como-activar-la-funcion-control-de-padres-en-mi-tv-con-el-control-remoto-universal/?qa=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 “SPACE” 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 “SPACE” 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 “SPACE”.

De esta manera, la ubicación de “SPACE” 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 “SPACE” corresponde a la frecuencia N° 604). En consecuencia, esta medida adoptada por TEC permite evitar que los menores vean programas que cuya exhibición pueda no serles conveniente.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La entrega de las aludidas herramientas de control de acceso indiscriminado a su propuesta programática debe asumirse, en todo caso, como una manifestación expresa de la intensión de la permitida 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° 694" ha ocurrido sin que ésta haya podido actuar de un modo distinto al que lo ha hecho. Dicha causal de eximición se encuentra en línea con lo resuelto por el CNTV sobre la misma materia.

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

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

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

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

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

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

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

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 si pueden hacerlo, en cambio, las estaciones de televisión abierta o las que suministran televisión por cable. Por lo anterior, resulta de toda evidencia que, tratándose de empresas como Claro Comunicaciones S.A., la protección de la niñez, impidiéndoles a los menores que puedan ver contenidos inadecuados para su edad, queda entregada, por lógica, necesariamente, a sus padres, a través de los medios técnicos que la propia empresa provee (la posibilidad de bloquear determinados canales o programas).

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

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

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

(e) En el caso particular de “The Fan”, la película fue exhibida y calificada para mayores de 18 años en 1996, o sea, hace más de 20 años, por lo que los conceptos sobre lo adecuado o inadecuado para ser visionado por menores han ido cambiando con el tiempo, al igual que las perspectivas de la sociedad completa. Situaciones que para esa fecha eran vistas de una manera, en la actualidad son vistas de manera distinta. Fácilmente es posible inferir que lo que en ese entonces era apreciado como imágenes fuertes o de alto impacto por su agresividad y crudeza, hoy seguramente no lo son, atendida la entidad y acritud de las grabaciones de la vida real que se transmiten actualmente por los servicios de televisión de libre recepción y limitados, durante todo el día.

En efecto, un argumento similar fue utilizado por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, en el tantas veces citado fallo de la causa rol 7334-2015, señaló:

“(…) En el sentido planteado aparece entonces que lo pretendido por el legislador fue sin lugar a dudas evitar que los menores de dieciocho años pudieran tener acceso en determinados horarios -en que normalmente los padres se encuentran fuera del hogar- a contenidos cinematográficos no aptos para la niñez y adolescencia conforme a criterios técnicos que ciertamente obedecen hoy y siempre a valores y objetivos sociales y éticos, que son dinámicos en el tiempo. En este entendido, no puede dejar de considerarse que la calificación cinematográfica de la película de marras fue efectuada el año 1993, es decir, hace veintidós años atrás, de modo que fácilmente es posible inferir que lo que en ese entonces era apreciado como imágenes fuertes o de alto impacto por su agresividad y crudeza, hoy seguramente no lo son, atendida la entidad y acritud de las grabaciones de la vida real que se transmiten actualmente por los servicios de televisión de libre recepción y limitados, durante todo el día”.

No hay que olvidar que en el fallo recién citado se trata de una película que fue calificada casi en la misma época que la del caso sub lite, además de tratarse del mismo canal (conocido por transmitir películas clásicas), por lo que éste argumento es análogamente válido para el caso de autos.

Argumento similar se aplicó en otra sentencia emanada de la Ilustrísima Corte de Apelaciones, Rol de ingreso N° 5903-2016, en la cual se rebajó la sanción aplicada a TEC desde 200 UTM, a simple amonestación:

“En el sentido planteado aparece entonces que lo pretendido por el legislador fue sin lugar a dudas evitar que los menores de dieciocho años pudieran tener acceso en determinados horarios -en que normalmente los padres se encuentran fuera del hogar- a contenidos cinematográficos no aptos para la niñez y adolescencia conforme a criterios técnicos que ciertamente obedecen hoy y siempre a valores y objetivos sociales y éticos, que son dinámicos en el tiempo. En este entendido, no puede dejar de considerarse que la calificación cinematográfica de la película de marras fue efectuada el año 1985, es decir, hace 31 años atrás, de modo que fácilmente es posible inferir que lo que en ese entonces era apreciado como imágenes fuertes o de alto impacto por su agresividad y crudeza, hoy seguramente no lo son, atendida la entidad y acritud de las grabaciones de la vida real que se transmiten actualmente por los servicios de televisión de libre recepción y limitados, durante todo el día”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

POR TANTO,

AL CNTV RESPETUOSAMENTE PIDO: Tener por formulados descargos respecto del cargo contenido el Oficio Ord. N° 694, de 16 de mayo de 2018, solicitando absolver a Telefónica Empresas Chile S.A. y, en subsidio, aplicando la mínima sanción que el ordenamiento contempla para el caso de infracción de acuerdo al mérito del proceso.

PRIMER OTROSI: PIDO al CNTV se sirva tener por acompañada, con citación, 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.

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 “The Fan” emitida el día 1 de marzo de 2018, a partir de las 15:06 hrs., por la permisionaria Telefónica Empresas Chile S.A., través de su señal “SPACE”;

SEGUNDO: Que, en la película «The Fan», Gil Renard un fanático del béisbol, vive y respira por su pasión, es un poco más comprometido que el aficionado común, de joven fue un buen jugador al igual que su padre, tiene la esperanza de enseñarle a su pequeño hijo la magia del juego y ayudar a su equipo a recuperar la gloria.

Para Gil, en la actualidad los jugadores juegan para sí y cree “que son los aficionados el alma del juego, el dinero les otorga tanta fama a los jugadores que él está cansado de tanta codicia”.

El béisbol hace que sus problemas personales, que no son pocos, pareciera que se esfuman en la niebla al estar presente en el campo de juego. Por un lado, las ventas de Gil como vendedor de cuchillos han bajado tanto que sus jefaturas se han planteado su despido por malos resultados, a pesar que el padre de Gil fue uno de los fundadores de la compañía. A lo anterior se suma su mala relación con su ex mujer y la relación que tiene con su hijo regulada por un régimen de convivencia.

Al poco andar de la historia Gil pierde el trabajo y su ex señora obtiene una orden de alejamiento, lo que condiciona la relación de Gil y su hijo. Sin embargo, cesante, se las ingenia para ver a su hijo en sus clases de béisbol.

Paralelamente, los resultados de Bobby en el equipo no son los esperados y Juan Primo el jugador N°11 ha logrado buenos juegos instalándose como el verdadero líder del equipo. Para Gil, Bobby está pasando sólo una “mala racha”, que todos los jugadores en algún momento pueden tener.

En un bar Juan Primo fanfarronea ante Bobby, conversación que escucha Gil, Bob le pide que le devuelva su camiseta, mientras Primo disfruta de su éxito. Gil cree tener la solución, busca a Primo en un baño turco y le agrade con un cuchillo que termina con la vida del jugador N°11.

Ante la ausencia de Primo, Bobby ha recuperado la popularidad en los Giants. Gil está obsesionado con su ídolo, lo sigue, lo espía, quiere estar cerca de él, una jornada de playa sorprende al hijo de Bobby peligrosamente cerca de un escualo, Gil salta a las aguas y rescata al menor. Bobby aprecia el acto, le pide su nombre, Gil dice apodarse “rissos”, Bobby lo invita a su lujosa casa le ofrece ropa seca y comparte unos tragos con Gil.

Gil está feliz, en una conversación abierta con el jugador le pide que sea sincero y que le diga si está feliz con la muerte de Primo, Bobby le responde que no, que lo siente mucho y le reitera que el béisbol es un simple juego, sólo eso. Defraudado, Gil se propone hacer que su ídolo lo reconozca como quien lo ha ayudado a recuperar el éxito.

Con tal propósito Gil rapta al hijo de Bobby y le ordena que en el próximo partido le regale a la afición un “jonrón” y que además en la pantalla del estadio se instale una fotografía de él, portando en sus labios un cuchillo similar al que utilizó en el asesinato de Juan Primo.

La noche del partido, la lluvia ha suspendido temporalmente el juego y los Giants caen 2-1 frente a los Padres de San Diego. El juego continúa y a los pocos minutos Bobby realiza un home run, los aficionados celebran en las tribunas, pero el umpire declara nula la jugada. Bobby se percata que el juez es Gil, quién ha suplantado al umpire. Ambos hombres pelean, Bobby pregunta por el paradero de su hijo, mientras Gil reclama su Home Run, ante la amenaza de Gil que porta un cuchillo en sus manos, la policía dispara y lo acribilla, Bobby se abalanza sobre Gil y le pregunta por su hijo, Gil agoniza señalando que “*un simple gracias, hubiese sido suficiente*”;

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 “*The Fan*” fue calificada por el Consejo de Calificación Cinematográfica, “*para mayores de 18 años*” en sesión de fecha 16 de octubre de 1996;

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 permisionaria 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) (15:49) Gil Renard, es despedido de su trabajo, vive temporalmente en un motel, ahí concurre un agente del tribunal para notificarle del alejamiento que la ha puesto su exmujer. Gil no respetando esa orden, concurre al estadio donde su hijo recibe clases de béisbol, desde las tribunas anima a su hijo, discute con el entrenador, no está de acuerdo con las exigencias que éste le impone a su hijo, entra a la cancha, el niño está atemorizado, con un bate en manos amenaza a Tim, la nueva pareja de su mujer, su exesposa ingresa a la cancha para socorrer a su hijo, ella abraza al menor y le brinda protección, el niño solloza asustado y le implora a su padre que abandone el lugar, para evitar un conflicto mayor. Gil muy molesto se retira insultando a Tim.
- b) (16:18) En un bar Juan Primo fanfarronea ante Bobby Rayburn, conversación que escucha Gil, Bob le pide que le devuelva su camiseta, mientras Primo disfruta de su éxito. Gil cree tener la solución, busca a Primo en un baño turco, le habla de lo importante que es para un jugador el número de la camiseta, Primo le responde que el número 11 es de él, Gil observa que Primo lleva una notoria cicatriz en su brazo con ese número, aun así insiste, Primo le ordena que salga del lugar, lo que origina una violenta pelea de manotazos y puños, Gil sangra, ha perdido una pieza dentaria, en medio del vapor de la sala, Gil extrae un cuchillo y asesina a Juan Primo, el hombre observa el cadáver, extrae el cuchillo del cuerpo y abandona el lugar.

- c) (17:07) Gil Renard ha suplantado al umpire y Bobby Rayburn lo ha descubierto, Gil porta en sus manos un cuchillo donde pareciera amenazar al jugador, la policía rodeo el lugar y ahora apunta sus armas a Gil. Bobby le pregunta por su hijo ante lo cual Gil le responde que *“ahora le importa”*, esto en relación al abandono que sufría la familia del destacado y famoso jugador. Gil lanza su cuchillo por los aires, la policía lo interpreta como agresión y acribillan a Gil. Simultáneamente otro grupo policial encuentra al hijo de Bobby en dependencias del viejo estadio de ligas juveniles de Béisbol de la ciudad de San Francisco

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 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.”*;

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.

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 permitida 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 Excmo. 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 absoluta de ningún tipo, ya 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 permitida, 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;

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

⁶Cfr. *Ibid.*, p.393

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

⁸*Ibid.*, p.98

⁹*Ibid.*, p.127.

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

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 Ittma. 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 y, 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 N° 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, en cuanto a las alegaciones relativas a la edición de partes específicas del filme calificado por el Consejo de Calificación Cinematográfica, cabe señalar 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, a objeto de cumplir cabalmente con la legislación del Estado de Chile que regula su actividad;

VIGÉSIMO CUARTO: Que, cabe tener presente que la permisionaria registra quince 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 Ultimo 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;
- b) por exhibir la película "*Soldado Universal*", impuesta en sesión de fecha 31 de julio de 2017, oportunidad en que fue condenada al pago de una multa de 150 Unidades Tributarias Mensuales;
- c) por exhibir la película "*Cobra*", impuesta en sesión de fecha 14 de agosto de 2017, oportunidad en que fue condenada al pago de una multa de 100 Unidades Tributarias Mensuales;
- d) por exhibir la película "*Asesinos de Elite*", impuesta en sesión de fecha 23 de octubre de 2017, oportunidad en que fue condenada al pago de una multa de 200 Unidades Tributarias Mensuales;

- e) por exhibir la película "El Lobo de Wall Street", impuesta en sesión de fecha 4 de septiembre de 2017, oportunidad en que fue condenada al pago de una multa de 150 Unidades Tributarias Mensuales;
- f) por exhibir la película "Nico, Sobre la Ley", impuesta en sesión de fecha 11 de septiembre de 2017, oportunidad en que fue condenada al pago de una multa de 100 Unidades Tributarias Mensuales;
- g) por exhibir la película "Cobra", impuesta en sesión de fecha 26 de septiembre de 2017, oportunidad en que fue condenada al pago de una multa de 150 Unidades Tributarias Mensuales;
- h) por exhibir la película "The Craft", impuesta en sesión de fecha 6 de noviembre de 2017, oportunidad en que fue condenada al pago de una multa de 150 Unidades Tributarias Mensuales;
- i) por exhibir la película "Pasajero 57", impuesta en sesión de fecha 20 de noviembre de 2017, oportunidad en que fue condenada al pago de una multa de 150 Unidades Tributarias Mensuales;
- j) por exhibir la película "Pasajero 57", impuesta en sesión de fecha 27 de noviembre de 2017, oportunidad en que fue condenada al pago de una multa de 150 Unidades Tributarias Mensuales;
- k) por exhibir la película "Mi Abuelo es un Peligro", impuesta en sesión de fecha 11 de diciembre de 2017, oportunidad en que fue condenada al pago de una multa de 150 Unidades Tributarias Mensuales;
- l) por exhibir la película "Mi Abuelo es un Peligro", impuesta en sesión de fecha 18 de diciembre de 2017, oportunidad en que fue condenada al pago de una multa de 150 Unidades Tributarias Mensuales;
- m) por exhibir la película "Pasajero 57", impuesta en sesión de fecha 22 de enero de 2018, oportunidad en que fue condenada al pago de una multa de 20 Unidades Tributarias Mensuales;
- n) por exhibir la película "El Perfecto Asesino", impuesta en sesión de fecha 5 de febrero de 2018, oportunidad en que fue condenada al pago de una multa de 50 Unidades Tributarias Mensuales;
- o) por exhibir la película "Tres Reyes", impuesta en sesión de fecha 26 de febrero de 2018, oportunidad en que fue condenada al pago de una multa de 40 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;

El Consejo Nacional de Televisión, en sesión de hoy, por la mayoría de los señores Consejeros presentes, conformada por su Presidenta Catalina Parot, y los Consejeros María Elena Hermosilla, Marigen Hornkohl, Mabel Iturrieta, Esperanza Silva, Andrés Egaña, Genaro Arriagada y Gastón Gómez, acordó rechazar los descargos y aplicar a Telefónica Empresas Chile S. A. la sanción de multa de 200 (doscientas) Unidades Tributarias Mensuales, contemplada en el artículo 33° N°2 de la Ley N°18.838, por, infringir a través de su señal "SPACE", el Art. 5° de las Normas Generales Sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión mediante la exhibición, el día 1 de marzo de 2018, a partir de las 15:06 hrs., de la película "The Fan", en "horario de protección de los niños y niñas menores de 18 años", no obstante su calificación como para mayores de 18 años, practicada por el Consejo de Calificación Cinematográfica. Se previene que los Consejeros Andrés Egaña y Gastón Gómez, concurriendo al voto unánime de sancionar a la permisionaria, fueron del parecer de imponer una multa ascendente a 50 (cincuenta) Unidades Tributarias Mensuales, teniendo para lo anterior, especialmente en consideración, la índole de los contenidos calificados en su oportunidad como para mayores de 18 años, por el Consejo de Calificación Cinematográfica. Se deja constancia que, todo lo anterior, es sin perjuicio del derecho del permisionario a solicitar al Consejo de Calificación Cinematográfica, una posible recalificación del material audiovisual. El Consejero

Roberto Guerrero se abstuvo de participar en el debate y votación de éste acuerdo. 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.