

ORD.: 1891

ANT.: Cargo notificado mediante CNTV N° 1312 del 21 de agosto de 2°018.

MAT.: Comunica Acuerdo de Consejo que rechaza los descargos y aplica a TELEFÓNICA EMPRESAS CHILE S. A., la sanción de multa de 100 (cien) Unidades Tributarias Mensuales, contemplada en el artículo 33° N°2 de la Ley N°18.838, por infringir el Art. 3°, de las Normas Generales sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión, mediante la exhibición a través de su señal "Edge", el día 7 de abril de 2018, a partir de las 02:24 hrs., de la película "Sexual Quest-Misión Sexual".

SANTIAGO, 30 NOV 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 26 de noviembre de 2018, el Consejo Nacional de Televisión aprobó el Acta de la Sesión celebrada el lunes 19 de noviembre de 2018, en la cual se adoptó el siguiente Acuerdo:

**VISTOS:**

- I. Lo dispuesto en los artículos 1°; 12° Lit. a), l); 13°; y 33° y siguientes de la Ley N°18.838; y los artículos 1° y 3°, de las Normas Generales sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión;
- II. El Informe de Caso C-6077, elaborado por el Departamento de Fiscalización y Supervisión del CNTV;
- III. Que, en la sesión del día 6 de agosto de 2018, se acordó formular cargo al operador TELEFÓNICA EMPRESAS CHILE S.A., por presuntamente infringir, a través de su señal "EDGE", el Art. 3° de las Normas Generales sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión, mediante la exhibición, el día 7 de abril de 2018, a partir de las 02:24 hrs., de la película "Sexual Quest-Misión Sexual", no obstante, su contenido pornográfico;
- IV. Que, los descargos de la permissionaria señalan, en síntesis, lo siguiente:

1.- Que, los cargos formulados infringen los principios de legalidad y tipicidad al fundarse en una norma genérica; por cuanto, en su opinión, la conducta infraccional que se le imputa no se encuentra debidamente descrita en los cuerpos normativos que se pretende aplicar.

2. Sostiene que la disposición del art. 3° de las *Normas Generales sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión*, en virtud de la que se han levantado los cargos, excedería el mandato de reglamentación que emana de la Ley 18.838 en tanto el art. 13 de la Ley 18.838 dispone expresamente que la prohibición de emitir pornografía se circunscribe a las concesionarias de televisión (art. 13: «*Se prohíbe la transmisión o exhibición de películas calificadas con contenido pornográfico o excesivamente violento, por el consejo de Calificación Cinematográfica, en los servicios de radiodifusión televisiva de libre recepción*»). Con esto en consideración, asegura que los cargos a su respecto deben ser desestimados, en tanto TELEFÓNICA no es un *servicio de radiodifusión televisiva de libre recepción*, sino un servicio de televisión de pago que se transmite vía satélite.

3. Sin perjuicio de lo alegado en el acápite precedente, la permissionaria a su vez sostiene que no se hallaría en la hipótesis infraccional a que se refiere al art. 3° de las *Normas Generales sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión*, por cuanto la señal EDGE, donde se exhibió la película

fiscalizada, está orientada a público adulto y no se ofrece en la parrilla básica de TEC sino no en otra de mayor valor.

4.- Que, los cargos formulados son infundados e injustos, pues ha tomado todas las medidas a su alcance para impedir la transmisión reprochada; no concurriendo el elemento subjetivo culpa, que permitiría atribuirle el reproche y sanción.

Ejemplifica su conducta colaborativa, mencionando la comunicación de la normativa chilena a sus programadores, y que analiza previamente la programación de las distintas señales, indicando que no le es posible técnicamente controlar y/o intervenir el material filmico, y que posee impedimentos contractuales para hacerlo.

En este sentido, agrega que no se le puede reprochar a TEC por conductas que no le son imputables, ya que no puede alterar la programación enviada por los programadores y, en definitiva, dado que pone a disposición de sus clientes un sistema de control parental y diversos mecanismos informativos relativos a los contenidos transmitidos; -entre otras medidas tecnológicas-, es labor del adulto responsable decidir la programación a visionar.

5.- Así, en tanto se trata de emisiones consentidas por los usuarios, no ha infringido el bien jurídico cuya amenaza se imputa; pues el control de los contenidos recaería en quien contrata el servicio; a lo que debe sumarse el hecho de que, en el horario de transmisión de la película los menores de edad no tendrían acceso a los contenidos emitidos.

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

7.- Por todo lo cual, solicita su absolución o, en subsidio, la imposición de la mínima sanción que contemple la ley N° 18.838 -o la multa mínima- en base al principio de proporcionalidad de las sanciones; que resultaría infringido si se impone una multa atendida la envergadura de la infracción cometida, en tanto ha empleado un elevado estándar de cuidado para prevenir la comisión de la infracción, razón por la cual, de no ser consideradas las circunstancias anteriores como eximentes de responsabilidad, deben ser tomadas en cuenta como atenuantes;

#### CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, el material fiscalizado en estos autos corresponde a la película “Sexual Quest-Misión Sexual”, emitida el día 7 de abril de 2018, a partir de las 02:24 hrs., por la permisionaria TELEFÓNICA EMPRESAS CHILE S.A. a través de su señal “EDGE”;

SEGUNDO: La película, es una producción audiovisual de la cadena MRG Entertainment que explora la relación intensamente sexual de Jamie y Adam, una joven pareja que se aventura a realizar sus fantasías sexuales.

El relato comienza cuando Jamie habla con su amiga Kerry por teléfono. Su pareja la engañó con otra mujer. Adam, pareja de Jamie, llega del trabajo cansado. Analizan brevemente los problemas de Kerry, y luego se desnudan en el lugar. Tienen sexo oral y luego coito en distintas posiciones. Adam conversa con Jamie, y se cuestiona si su vida sexual es aburrida. Luego de un breve análisis, deciden realizar sus fantasías sexuales de juventud.

Kerry va a casa de Jamie y relata los detalles del engaño de su pareja. Se exhibe un racconto donde la pareja de Kerry tiene sexo utilizando distintas posiciones con una mujer desconocida mientras ella observa. Kerry reconoce que, de alguna manera, los hechos la excitaron. Por la noche, Jamie tiene dudas si su relación está bien con Adam. Él le confirma su amor, y luego tienen sexo en distintas posiciones.

Adam realizará la fantasía sexual de Jamie, que trata de ser seducida por un desconocido en un bar, para luego tener sexo anónimo. Kerry y Grant, amigos de la pareja, los acompañan al bar pues quieren presenciar su acto de seducción de fantasía. Adam se presenta ante Jamie como un desconocido, la seduce, y luego tienen sexo oral y coito utilizando distintas posiciones en un hotel. Kerry seduce a Mike, el cantinero del bar, y luego tienen sexo en un hotel. Kerry le cuenta a Jamie sobre su aventura con el cantinero. Grant está en el mismo bar donde Adam y Jamie vivieron su fantasía sexual. Conoce a una joven rubia llamada Cheryl, y quedan de juntarse luego del trabajo. Adam y Jamie comienzan a llevar a cabo la fantasía sexual de Adam, que trata de ver a su mujer bailando en un caño de cabaret. Ella se ve nerviosa, y Adam le propone bailar para él, Kerry y Grant, pues cree que, al bailar para más gente, podría controlar sus nervios de mejor manera. Grant tiene sexo utilizando distintas posiciones con Cheryl en el cuarto de aseo del bar.

Al día siguiente, Jamie convence a Kerry de que bailen en el caño de cabaret juntas para Adam y Grant. Ambos observan el seductor espectáculo. Las mujeres bailan en ropa interior mostrando sus senos. Adam y Jamie tiene sexo oral, y practican el coito en distintas posiciones. Jamie se pregunta sobre la posibilidad de tener sexo frente a otras personas, y analiza las fiestas “swingers”. Adam tiene dudas al respecto, pero promete pensarlo.

Finalmente invita a Grant para una fiesta privada en su casa donde tendrán sexo frente a sus invitados. Jamie invita a Kerry. Cada uno vendrá con su pareja. El día de la fiesta llega Kerry con Mike, el cantinero del bar, y luego Grant con Cheryl. Mike y Cheryl confiesan que están casados hace 12 años, y que mantienen una relación abierta, la que comenzó al realizar fantasías sexuales similares a las de Adam y Jamie. Kerry se molesta por la relación de Mike, y Grant la lleva a su casa. Kerry y Grant tienen sexo utilizando distintas posiciones. Más tarde, Jamie y Adam analizan lo vivido. Creen que tener una relación absolutamente abierta en lo sexual es bueno para Mike y Sheryl, pero no para ellos. Tienen sexo en el sillón practicando el coito en distintas posiciones;

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

**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, de los contenidos que el artículo 1°, inciso cuarto de la Ley N° 18.838 consagra. Por otra parte, el artículo 12°, letra l), inciso segundo, de la misma Ley, faculta al Consejo Nacional de Televisión para sancionar la transmisión de programas que contengan pornografía;

**QUINTO:** Que, en virtud de la facultad anteriormente expuesta, el Consejo Nacional de Televisión, dictó las Normas Generales sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión, en cuyo artículo 3°, estableció la prohibición, a los servicios de televisión, de difundir programas o películas con contenido pornográfico, con excepción de las señales de permisionarias que transmitan esos contenidos destinados exclusivamente a público adulto, pero que estén fuera de la parrilla programática básica, sean susceptibles de ser contratadas por un pago adicional y que cuenten con mecanismos tecnológicos de control parental efectivo;

**SEXTO:** Que, debe tenerse presente que, en uso de la potestad legal referida, el Consejo definió los contenidos pornográficos en la letra c), del artículo 1°, de la normativa reglamentaria referida, como *“la exposición abusiva o grosera de la sexualidad o la exposición de imágenes obscenas, manifestadas en un plano de genitalidad, de lascivia y ausencia de contexto”*.

Tal vinculación normativa -reflejo del principio de colaboración reglamentaria que impera en Derecho Público- proviene de la propia Ley N° 18.838, cuyos artículos 12, letras l) y m), establecen la potestad del H. Consejo Nacional de Televisión de sancionar e impedir la transmisión de material pornográfico.

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

**SÉPTIMO:** Que, efectuadas dichas precisiones normativas, conviene recordar, que durante la revisión del contenido audiovisual se pudo constatar que esta producción cinematográfica presenta contenido pornográfico, en tanto tiene una duración total de 85 minutos, y las escenas que involucran sexualidad (coito y sexo oral) representan la mayor parte del contenido (45 minutos aprox.).

De acuerdo con esto, el film podría catalogarse de contenido pornográfico, en atención a la extensa, numerosa y reiterada exposición de escenas de sexo, donde la sobre exhibición de desnudos totales, coito y sexo oral, son el eje central de los contenidos presentados, dejando al relato y la línea argumental de la obra audiovisual, en un plano casi intrascendente. Todo lo anterior daría cuenta de una exposición abusiva de la sexualidad.

Lo anterior, configura la presencia del tipo de contenidos a que alude la letra c), del artículo 1°, del ya referido cuerpo reglamentario, cuya transmisión está proscrita para los servicios de televisión de conformidad al artículo 3°, de esa preceptiva, salvo las excepciones que consagra su inciso segundo, las cuales, como se verá, no concurren en este caso;

**OCTAVO:** Que, en el mismo sentido, a modo ejemplar, se identifican las siguientes escenas que resultan representativas, y que confirman el carácter pornográfico de la película:

- a) (02:26:09 - 02:29:50) Sexo oral de Adam a Jamie. Ella se acaricia los senos y gime. Tienen relaciones sexuales utilizando distintas posiciones sobre el sillón de su sala de estar.

- b) (02:31:41 - 02:35:39) Racconto donde Kerry observa a su esposo teniendo sexo con su amante. Él besa todo su cuerpo y luego la termina de desnudar. Tienen sexo utilizando distintas posiciones. Kerry observa, y luego le confiesa a Jamie que se excitó viéndolos.
- c) (02:37:43 - 02:43:29) Adam y Jamie tienen sexo en su habitación utilizando distintas posiciones.
- d) (02:49:14 - 02:53:44) Sexo oral de Jamie a Adam en un hotel. Sexo oral de Adam a Jamie. Luego tienen sexo utilizando distintas posiciones.
- e) (02:56:38 - 03:01:44) Kerry tiene sexo en su casa con Mike, el cantinero de un bar. Utilizan distintas posiciones sexuales.
- f)- (03:09:31 - 03:15:43) Grant tiene sexo con Sheryl en la habitación de aseo del bar. Practican el coito en distintas posiciones.
- g) (03:24:42 - 03:30:21) Sexo oral de Adam a Jamie. Luego practican el sexo en distintas posiciones.
- h) (03:39:38 - 03:45:19) Grant y Kerry tienen sexo en la casa de Kerry utilizando distintas posiciones.
- i) (03:46:13 - 03:49:37) Adam y Jamie tienen sexo en el sillón de su sala de estar utilizando distintas posiciones;

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

**DÉCIMO:** Que, de conformidad con 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, armoniza con lo señalado por la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, en orden a que las Normas Generales mencionadas prohíben legítimamente la transmisión de contenidos pornográficos.

Lo anterior, en tanto se trata de preceptos que han sido dictados por el Consejo en el ejercicio de facultades que le confieren la Constitución y la Ley, y constituyen una derivación de los objetivos de la Ley N° 18.838,

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

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

Al respecto, cabe citar lo que sostuvo la Excelentísima. Corte Suprema, que sobre este punto ha resuelto<sup>1</sup>: *“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*

<sup>1</sup>Corte Suprema, sentencia de 21 de septiembre de 2012, recurso Rol 2543-2012.

*limitada y que por ende está obligada a cumplir la empresa DIRECTV Chile Televisión Limitada.”;*

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

Además, conviene traer a colación el hecho público y notorio que los titulares de permisos limitados de televisión incorporan en su programación publicidad nacional de diversa índole, lo que importa intervenir el contenido de lo que envía el programador, no siendo entonces efectivo lo alegado por la permisionaria en orden a que materialmente le resulta imposible intervenir la programación<sup>2</sup>;

**DÉCIMO TERCERO:** Más aún, sus justificaciones respecto a que no tendría el dominio material de sus transmisiones resultan inadmisibles, tanto por cuanto materialmente la programación puede ser conocida anticipadamente -tal como lo reconoce en sus descargos-, y, además, cualquier impedimento contractual o material que pudiese prestar asidero a lo que alega no tiene mérito jurídico justificatorio para incumplir la legislación específica relativa a la regulación de la televisión y la Constitución Política Chilena;

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

**DÉCIMO QUINTO:** Ahora bien, respecto a posibles infracciones a las directrices de tipicidad y legalidad, conviene aclarar que la conducta infraccional en virtud de la cual se puede perseguir la responsabilidad de permisionarias, en este caso, siempre será la misma: transmitir contenidos pornográficos y que, por ende, vulneren el principio del correcto funcionamiento de los servicios de televisión.

Esta forma de entender la conducta infraccional de la Ley N° 18.838 ha sido recogida por la jurisprudencia de la Iltra. Corte de Apelaciones, que al respecto ha señalado: «12°) *Que, en cuanto al carácter genérico del artículo 1° de la ley y la falta de tipicidad de la conducta, rechaza las alegaciones ya que la acción constitutiva de infracción siempre será la misma - transmitir contenidos - correspondiendo al consejo nacional de televisión determinar si la transmisión infringe la normativa vigente.*»<sup>3</sup>.

En este sentido, conviene señalar, que, en la especie, al contrario del entendimiento efectuado por la permisionaria, no se trata de la vulneración del correcto funcionamiento por la vía de amagar la formación espiritual e intelectual de la juventud -como razona en sus descargos sobre esta alegación-, sino por el hecho de transmitir material pornográfico sin encontrarse dentro de las hipótesis que permiten dicha conducta, las que, como se verá, no concurren en este caso.

Así, las cosas, no se aprecia vaguedad alguna en el reproche formulado por el Consejo Nacional de Televisión.

**DÉCIMO SEXTO:** Que, conviene recordar, en el mismo sentido, que la Iltra. Corte de Apelaciones de Santiago en el fallo Rol N° 1352-2013, rechazó la alegación de una permisionaria de televisión referida a la supuesta indeterminación del tipo infraccional de la Ley N° 18.838, en base a las siguientes consideraciones:

“Séptimo: La potestad sancionatoria de la Administración, como cualquier actividad administrativa, debe sujetarse al principio de la legalidad, según lo prescriben los artículos 6 y 7 de la Constitución Política que obliga a todos los órganos del Estado a actuar de acuerdo a la a la Carta Fundamental y a las normas dictadas conforme a ella; idea que repite el artículo 2° de la Ley N° 18.575 de 1986, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; en lo que respecta a la tipicidad, expresa el artículo 19 n° 3 de la Carta Fundamental, que asegura a las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus

<sup>2</sup>Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 26 de abril de 2012, recaída en el Rol de Ingreso N°7259-2011.

<sup>3</sup> Iltra. Corte de Apelaciones, Sentencia de 19 de noviembre de 2012, Rol. 4138-2012.

derechos, precisándose que “ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado” y que “ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”. Octavo: Que el Consejo Nacional de Televisión no sanciona conductas establecidas en un catálogo de actos ilícitos, sino que, conforme a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo primero de la Ley 18.838, impone deberes de conducta a las instituciones sometidas a su control, pudiendo sancionar la infracción a las mismas. De esta manera se encuentra establecida la legalidad del Consejo Nacional de Televisión sobre su actuar en la especie, debiendo aceptarse que el principio de la tipicidad admite ciertas morigeraciones en el ámbito administrativo que lo diferencian de la sanción penal. Sobre el particular, don Enrique Cury Urzúa explica que entre el ilícito gubernativo y el ilícito penal existe una diferencia de magnitud, donde el administrativo es un injusto de significado ético-social reducido, por lo que debe estar sometido a sanciones leves cuya imposición no requiere de garantías tan severas como las que rodean a la sanción penal (Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Ediciones Universidad Católica de Chile, año 2005, página 107);

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

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

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

**DÉCIMO OCTAVO:** La Excm. Corte Suprema ha indicado que entre las razones que se hallan tras el uso de esta técnica legislativa, se encuentra el hecho de que en la función que se ha encomendado al CNTV confluyen componentes técnicos, dinámicos y sujetos a variabilidad en el tiempo, lo que hace imposible su síntesis descriptiva en un precepto general como lo es una ley.<sup>4</sup>

Así, los conceptos de la Ley N° 18.838 no dan por resueltas en cada caso la solución concreta, por lo que tal solución debe ser buscada acudiendo a criterios de lógica y experiencia, acorde al sentido y finalidad de la ley, proceder que precisamente ha efectuado esta entidad al plasmar la regulación de la pornografía en las Normas Generales sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión; debiendo recordarse que: “NOVENO: (...)\_En todo caso, las normas reglamentarias especiales que regulan las emisiones de televisión, constituyen una complementación de lo expresado en el artículo 1° de la Ley 18.838 y no una desnaturalización de la misma o una normativa diversa, por lo que no es dable sostener que hay una figura distinta a la que contempla la ley”.

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

**DÉCIMO NOVENO:** Que, en este mismo contexto, respecto a la alegación sobre una posible ilegalidad específica de la hipótesis reglamentaria consagrada en el artículo 3°, de las Normas Generales citadas, al supuestamente apartarse del texto legal del artículo 13°, inciso tercero, de la Ley N° 18.838, que hace referencia a la prohibición de transmitir pornografía por los servicios de radiodifusión televisiva de libre recepción, cabe aclarar que aquel entendimiento no se ajusta a lo señalado por el artículo 12°, literales l) y m), de la misma ley, norma fundante de los cargos y, por cierto, del presente acuerdo.

En efecto, el citado artículo 12°, faculta al Consejo Nacional de Televisión para impedir y sancionar la transmisión de programas que contengan pornografía; sin hacer distinción entre

<sup>4</sup> Sentencia de Corte Suprema. ROL N° 6030-2012 de fecha 25 de octubre de 2012.

concesionarios o permisionarios de servicios limitados de televisión, correspondiendo, entonces, la alusión de la permisionaria, a un literal específico referido únicamente a los contenidos catalogados como pornográficos previamente por el Consejo de Calificación Cinematográfica, como se aprecia del aludido artículo 13°, que invoca (inciso tercero).

Por tal motivo, la normativa por la cual se formularon los cargos -tanto legal y reglamentaria-, se ha fundado en la amplia prohibición que, en general, pesa sobre todos los servicios televisivos, y que excede una hipótesis específica de proscripción -calificación previa por parte del Consejo de Calificación Cinematográfica-, que, de hecho, no concurre en la película de la especie, razón por la cual esta entidad efectuó el ejercicio de calificación de contenidos, en este caso, de forma autónoma, en armonía con el artículo 19 N° 12, inciso sexto, de la Carta Fundamental, y la Ley N° 18.838.

Por tales motivos, deberá desecharse el argumento de la permisionaria;

**VIGÉSIMO:** Que, luego, respecto a que se le aplicarían las excepciones que contempla el artículo 3°, de las Normas Generales tantas veces citadas, es esencial recordar que su inciso 2° establece en tal sentido cuatro requisitos copulativos: i) que se trate de una señal destinada a exhibir contenidos sexuales destinados exclusivamente a público adulto; ii) que la señal se encuentre fuera de la parrilla programática básica; iii) que la señal se contrate por un pago adicional; iv) y que la permisionaria entregue mecanismos de control parental efectivo.

Revisados los antecedentes que obran en el expediente administrativo, se pudo constatar que el contenido fiscalizado no cumple con los cuatro requisitos mentados, por cuanto:

- a) EDGE no es una señal orientada a *transmitir contenidos sexuales exclusivamente destinados a público adulto* (como podrían ser las señales Playboy TV, Venus TV y otras). Por el contrario, es una señal que transmite contenidos misceláneos, de diversa temática y factura, que incluye películas de estreno, cine clásico, series de televisión, etc.

De acuerdo a información que se encuentra en el expediente administrativo, al momento de exhibición de la película, la señal EDGE formaba parte de la oferta programática básica, del plan de menor valor, que ofrece la permisionaria a sus suscriptores; sin que para contratarla los usuarios tuvieran que realizar un pago adicional.

- b) En cuanto al requisito de contar con mecanismos de control parental efectivo, la permisionaria si bien en sus descargos esgrime como argumento la entrega a sus suscriptores de herramientas de control parental, no explica cómo estas son capaces de satisfacer el requisito de “efectividad” a que refiere la Norma General.

En este sentido, no aporta antecedentes que indiquen que al contratar la señal EDGE esta quede protegida de forma automática por una contraseña, u otro mecanismo de similar naturaleza, que otorgue seguridad respecto a evitar el acceso a ella de los menores de edad.

De esta forma, deberá rechazarse esta alegación;

**VIGÉSIMO PRIMERO:** Que, en cuanto a su alegación general respecto a medios tecnológicos y control parental que pondría a disposición del adulto responsable, cabe precisar que endosar la responsabilidad al usuario contratante, resulta improcedente, atento que se pretende eximir de toda responsabilidad por actos de terceros que nada tienen que ver con la prestación de servicios de televisión regulados por normas de orden público.

Los padres no prestan un servicio de televisión regulado por ese régimen, y en su labor de educación podrán contratar o no servicios de televisión, pero jamás se puede afirmar que a quienes se dirigen las transmisiones o difusión de programas de televisión, sean quienes deban velar porque se respete la normativa vigente, desde que quien ofrece el producto y lo trasmite es a quien corresponde la sanción y no al cliente”.<sup>5</sup>

Un entendimiento contrario, implicaría vulnerar los artículos 1° y 13° Inc. 2° de la Ley N° 18.838, de acuerdo a los cuales el sujeto pasivo de la obligación de no transmitir contenidos proscritos por la normativa es la permisionaria, recayendo en ella la responsabilidad de todo aquello que emita a través de sus señales, resultando improcedente la traslación de dicha

<sup>5</sup> Sentencia rol N° 474-2016. I. Corte de Apelaciones de Santiago. En el mismo sentido sentencias roles N°. 4973, 8603 y 10855, todas de 2015, y 917-2016, del mismo Tribunal.)

responsabilidad a los usuarios, realidad que se ve ratificada por el artículo 1° de las Normas Sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión;

En síntesis, es sobre la entidad permisionaria en quien recae la responsabilidad de todo aquello que emita a través de sus señales, y no sobre los adultos contratantes, motivo por el cual se rechazará este descargo.

**VIGÉSIMO SEGUNDO:** Que, enseguida, respecto a la ausencia de culpa que invoca, se debe recordar lo que indica el tratadista Alejandro Nieto en su obra *“Derecho Administrativo Sancionador”*<sup>6</sup>, donde expresa que *“por simple inobservancia puede producirse responsabilidad en materia sancionadora”*<sup>7</sup>, agregando que en el Derecho Administrativo Sancionador *“predominan las llamadas infracciones formales, constituidas por una simple omisión o comisión antijurídica que no precisan ir precedidas de dolo o culpa ni seguidas de un resultado lesivo. El incumplimiento de un mandato o prohibición ya es, por sí mismo, una infracción administrativa”*<sup>8</sup>.

Y luego concluye: *“la infracción administrativa está conectada con un mero incumplimiento, con independencia de la lesión que con él pueda eventualmente producirse y basta por lo común con la producción de un peligro abstracto. Y tanto es así que semánticamente es ese dato del incumplimiento –literalmente: infracción– el que da el nombre a la figura, con la que se identifica”*<sup>9</sup>.

En la doctrina nacional, Enrique Barros ha desarrollado sobre este punto la noción de “culpa infraccional”, que puede ser útil a estos efectos, la cual *“supone una contravención de los deberes de cuidado establecidos por el legislador u otra autoridad con potestad normativa (en una ley, ordenanza, resolución u otra regulación semejante)”*<sup>10</sup>. En este sentido indica que *“Es práctica común que por vía legislativa o administrativa sean reguladas actividades que presentan riesgos. Las consideraciones que sigue el legislador son esencialmente preventivas”*<sup>11</sup>.

En igual sentido, la doctrina precisa sobre la culpa en relación con las infracciones administrativas de este tipo, que tal relación *“... supone una contravención a los deberes de cuidado establecidos por el legislador u otra autoridad con potestad administrativa (en una ley, ordenanza, resolución u otra regulación semejante)”*<sup>12</sup>; para referirse, más adelante, precisamente a la omisión de un deber de cuidado (como el establecido en el artículo 3°, de las Normas Generales, cuya fuente legal está establecida en el artículo 12°, de la ley N° 18.838), *“Del mismo modo como ocurre cuando el daño es producido por una acción, la infracción a un deber legal de actuar es suficiente para dar por acreditada la culpa. En otras palabras, hay culpa infraccional por el solo hecho de no haberse ejecutado un acto ordenado por la ley”*<sup>13</sup>.

Además, la Excelentísima Corte Suprema ha resuelto: *“Décimo: Que sobre este tópico conviene recordar que en el caso de infracciones a las leyes y reglamentos acreedoras de sanción ellas se producen por la contravención a la norma sin que sea necesario acreditar culpa o dolor de la persona natural o jurídica, pero esto no la transforma en una responsabilidad objetiva como quiera que ésta sólo atiende a la relación de causalidad y al daño, en cambio en aquélla el elemento esencial es la infracción a la ley y/o reglamento, pudiendo considerarse este elemento de antijuridicidad como constitutivo de una verdadera culpa del infractor”*<sup>14</sup>;

**VIGÉSIMO TERCERO:** Que, así entonces, en la especie, la hipótesis infraccional se ha verificado por el sólo hecho de transmitir material fílmico con contenido pornográfico, tal como lo dispone la normativa vigente; hecho que no ha sido desvirtuado por la permisionaria, sin que resulte pertinente, por tanto, un análisis de las consideraciones subjetivas que rodearon la comisión del ilícito que ahora sanciona, pues tal ejercicio, importaría desconocer o amagar la fiscalización del respeto, por parte de los servicios de televisión, de las valoraciones que el legislador ha establecido a modo de estándares de cuidado orientados a la satisfacción de bienes jurídicos colectivos implicados en las transmisiones televisivas;

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

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 392.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 393.

<sup>9</sup> *Ibid.*

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

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 98.

<sup>12</sup> Barros, Bourie, Enrique, *“Tratado de Responsabilidad Extracontractual”*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 97-98.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 127.

<sup>14</sup> Corte Suprema, sentencia de 25 de enero de 2010, recaída en la causa Rol N°7448-2009.

**VIGÉSIMO CUARTO:** Luego, respecto a que no se le aplicarían las regulaciones horarias dictadas por CNTV, en tanto “permisionario de televisión satelital”, cabe tener presente que, en el presente caso, tal alegación se aleja completamente de la formulación de cargos, la cual ha sido efectuada por transmitir material pornográfico fuera de las hipótesis excepcionales contempladas por la normativa, que no se relacionan con la transmisión de contenidos fuera de un rango horario específico, tal como se aprecia del contenido del citado artículo 12°, de la Ley N° 18.838, y de la interacción que, en armonía con dicho precepto legal, construyen los artículos 1°, letra c), y 3°, de las Normas Generales sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión; motivo por el cual en nada inciden sus alegaciones relativas al horario de transmisión del film analizado, o los vínculos entre este tópico y la directriz de formación espiritual e intelectual de la juventud, ajena a la formulación de cargos;

**VIGÉSIMO QUINTO:** Finalmente, respecto a la proporcionalidad de la sanción que ahora se impone -principio que invoca la permisionaria en vínculo con su invocación respecto a la ausencia de culpa-, cabe tener presente, que este organismo aplica un sistema correcto, racional y justo para la determinación de las sanciones, en el cual prima el análisis de circunstancias asociadas a la gravedad de la infracción, como lo dispone el artículo 33° de la ley en comento, sin que, al respecto deban analizarse consideraciones subjetivas, tal como se precisó en considerandos anteriores;

**VIGÉSIMO SEXTO:** Que, por todo lo señalado, los argumentos de la permisionaria, aparecen improcedentes al momento de ponderar la sanción o su absolución, en tanto presuponen el desconocimiento de la Ley N° 18.838 y normativa asociada -de orden público- en la transmisión que ha efectuado, lo que contravendría, de ser aceptado, el referido artículo 13° de esa ley, precepto de acuerdo al cual es exclusivamente responsable de lo que trasmite;

**VIGÉSIMO SÉPTIMO:** Así entonces, el Consejo al adoptar el presente acuerdo no ha hecho más que cumplir con el principio de juridicidad consagrado en el Texto Fundamental, por lo que,

El Consejo Nacional de Televisión, en sesión de hoy, por una mayoría conformada por su Presidenta Catalina Parot, su Vicepresidenta Mabel Iturrieta, las Consejeras Covarrubias y Hermosilla, y los Consejeros Arriagada y Egaña, acordó: rechazar los descargos presentados y aplicar a TELEFÓNICA EMPRESAS CHILE S.A., la sanción de multa de 100 (cien) Unidades Tributarias Mensuales, contemplada en el artículo 33° N°2 de la Ley N°18.838, por infringir el Art. 3°, de las Normas Generales sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión, mediante la exhibición a través de su señal “Edge”, el día 7 de abril de 2018, a partir de las 02:24 hrs., de la película “Sexual Quest-Misión Sexual”, no obstante su contenido pornográfico.

Acordado con el voto en contra de la Consejera Hornkohl y el Consejero Gómez, quienes fueron partidarios de no sancionar a la permisionaria, en tanto se trata de una emisión efectuada dentro del horario contemplado por la normativa para transmitir contenidos no aptos para menores de edad.

Se deja constancia, que el Consejero Guerrero informó al Consejo de su inhabilitación para participar en la deliberación y votación de éste acuerdo, absteniéndose de intervenir en cualquier circunstancia incidente en él, sea directa o indirecta.

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.