

ORD.: 475

ANT.: Cargo notificado mediante oficio CNTV N° 164, de 2018.

MAT.: Comunica Acuerdo de Consejo que rechaza los descargos y aplica a TELEFÓNICA EMPRESAS CHILE S. A. la sanción de multa de 20 (veinte) Unidades Tributarias Mensuales, contemplada en el artículo 33° N°2 de la Ley N°18.838, por infringir el artículo 1°, inciso cuarto de la ley N° 18.838, por la vía de la vulneración de la regla establecida en el artículo 5° de las Normas Generales Sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión, mediante la exhibición, el día 11 de octubre de 2017, a partir de las 04:56 hrs. por su señal "ISAT", de la película "Wild at Heart".

04 ABR 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 2 de abril de 2018, el Consejo Nacional de Televisión aprobó el Acta de la Sesión celebrada el lunes 26 de marzo de 2018, en la cual se adoptó el siguiente Acuerdo:

VISTOS:

- I. Lo dispuesto en los artículos 1°, 12°, letras a) y l), 13°, y 33° y siguientes de la Ley N° 18.838;
- II. El Informe de Caso C-5237, elaborado por el Departamento de Fiscalización y Supervisión del CNTV;
- III. Que, en la sesión del día 22 de enero de 2018, se acordó formular cargo al operador TELEFÓNICA EMPRESAS CHILE S.A., por presuntamente infringir, a través de su señal "ISAT", el Art. 1°, inciso cuarto de la Ley N° 18.838, por la vía de la vulneración del artículo 5° de las Normas Generales Sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión mediante la exhibición, el día 18 de octubre de 2017, a partir de las 04:56 hrs., de la película "Wild at Heart", 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° 164, de 2018; y la permissionaria presentó sus descargos oportunamente, que señalan, en síntesis, lo siguiente:

1.- Que los cargos formulados infringen los principios de legalidad y tipicidad al fundarse en una norma genérica;

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

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

En este sentido, agrega que no se le puede reprochar a TEC por conductas que no le son imputables, ya que la responsabilidad sobre los contenidos transmitidos es privativa de los programadores de cada una de las señales.

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

3.- Que, se trata de emisiones consentidas por los usuarios, lo que implica que no ha infringido el bien jurídico cuya amenaza se imputa; pues el control de los contenidos, de esta manera, recaería en quien contrata el servicio; y

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

Por todo lo cual solicita su absolución o, en subsidio, la imposición de la mínima sanción que contemple la Ley N° 18.838 en base a la aplicación del principio de proporcionalidad de las sanciones;

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, el material fiscalizado en estos autos corresponde a la película “Wild at Heart”, emitida el día 18 de octubre de 2017, a partir de las 04:56 hrs. por la permisionaria TELEFÓNICA EMPRESAS CHILE S.A., a través de su señal “ISAT”;

SEGUNDO: Se trata de una película del género drama.

Sailor Ripley y Lula Fortune tienen una relación que no es aceptada por Marietta Fortune, madre de Lula. Defendiéndose de un asesino contratado por Marietta, lo mata y cumple condena en una correccional. Al salir en libertad condicional, se reúne con su pareja y parten de viaje a California, para no ser separados por la madre de Lula. Marietta, por su parte, contrata a una de sus parejas, Johnnie Farragut, un investigador privado, para que encuentre a su hija; pero también contrata a otra pareja, el asesino Marcelles Santos para matar a Sailor. Santos acepta, sólo con la condición de asesinar también a Farragut, para que no descubra su vinculación en el asesinato del esposo de Marietta. Santos delega la misión de matar a Sailor y Farragut a Mr. Reindeer, quien envía a sus asesinos Juana Reggie y Dropshadow.

Arrepentida, Marietta parte a buscar a Farragut para que advertirle del peligro. Pero Santos lo atrapa y lo mata. Saliendo de Nueva Orleans, Sailor le confiesa a Lula que él trabajó para Santos, como chofer, y que lo llevó a su casa una noche, y esperando fuera vio cómo su hogar comenzó a incendiarse. Lula comprende que fue el día que su querido padre murió quemado. Pasan por el pueblo de Big Tuna para hablar con la hija de Juana, Perdita, y saber si los están persiguiendo. Perdita le confirma sus sospechas que fue Santos el que quemó al padre de Lula, en complicidad con Marietta, y que ellos lo quieren matar por haber sido testigo de ello. En el pueblo conocen a Bobby Perú, un personaje siniestro que, en un momento en que Lola está sola en su habitación, le pide utilizar su baño, y le hace insinuaciones obscenas sobre que ella desea tener sexo con él. Al rechazarlo, él la toma bruscamente y comienza a manosearle los senos y el sexo, exigiéndole que le diga “cógeme” [“fuck me”]. Cuando ella se lo dice, con mezcla de angustia y excitación, él la suelta y le responde, con un tono de broma y sonriendo, que no puede porque tiene que hacer, dejándola con la culpa y la vergüenza por lo ocurrido.

Bobby le ofrece a Sailor participar en un robo con él. Acepta con dudas, sin saber que está confabulado con Perdita para asesinarlo, contratado por Mr. Reindeer. Durante el asalto al banco, Bobby intenta matar a Sailor, pero éste logra escapar fuera. Bobby lo persigue y al salir del banco un policía le dispara, cayendo encima del cañón de su escopeta, haciéndose saltar su cabeza. Sailor es encarcelado, Marietta encuentra a Lola y se la lleva a casa. Seis años después, Lola va a buscar a Sailor —que ya sale de la cárcel, cumpliendo su condena— junto al hijo de ambos, Pace. Pero Sailor le dice que lo deje, que ella y su hijo han estado mejor sin él, y se retira solo. Es asaltado por unos mateantes, y tumbado en el suelo, se le aparece Glinda, la Bruja Buena del Norte, que lo insta a luchar por lo que ama y lo que sueña. Se levanta y corre a juntarse con Lola y le declara su amor;

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 dicho principio, 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 a dicha directriz, 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 “Wild at Heart” fue calificada por el Consejo de Calificación Cinematográfica, “*para mayores de 21 años*” en sesión de fecha 6 de mayo de 1991. Cabe destacar que de acuerdo al artículo 1° transitorio de la Ley N° 19.846, sobre Calificación de la Producción Cinematográfica, las películas calificadas para mayores de 21 años durante la vigencia del Decreto Ley N° 679, de 1974 -como ocurre en este caso-, se entenderán calificadas para “*mayores de 18 años*”, siendo esta última, por lo tanto, la calificación vigente;

NOVENO: Que, conviene tener presente de antemano que el artículo 13°, inciso segundo 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: De esta manera, corresponde a este Consejo pronunciarse sobre el asunto sub-lite, en atención a los deberes y atribuciones establecidos en los artículos 19° N° 12 inciso 6° de la Constitución Política de la República y 1°, 12°, 13° y 33° y siguientes de la Ley 18.838, disposiciones referidas al principio del *correcto funcionamiento* de los servicios de televisión, ejercitando siempre un control de índole represiva sobre el contenido de su emisiones, de conformidad a la directriz sistémica establecida en el artículo 19° N° 12 inciso 1° de la Carta Fundamental;

DÉCIMO PRIMERO: Que, la permissionaria, al haber exhibido una película calificada para “*mayores de 18 años*”, fuera del bloque horario permitido, en el caso particular, a partir de las 04:56 hrs. y hasta las 07:07 hrs., ha incurrido en una conducta que contraviene el ordenamiento jurídico vigente, lo que en la especie es constitutivo de infracción al artículo 1°, inciso cuarto de la ley N° 18.838, por la vía de la vulneración de la regla contenida en el artículo 5° de las Normas Generales sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión, del año 2016.

Tal vinculación normativa -reflejo del principio de colaboración reglamentaria que impera en Derecho Público- proviene de la propia Ley N° 18.838, cuyos artículos 12, letra l) y 13, letra b), establecen -en síntesis-, la potestad del H. Consejo Nacional de Televisión de impedir que menores se vean expuestos a contenidos que pueden dañar su desarrollo, por la vía del establecimiento de un horario de exclusión de tales contenidos.

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

DÉCIMO SEGUNDO: Sin perjuicio de lo razonado, será tenido especialmente en consideración, a la hora de determinar el quantum de la pena pecuniaria a imponer, la naturaleza misma de los contenidos calificados en su oportunidad como para mayores de 18 años, por parte del Consejo de Calificación Cinematográfica; por lo que se describe el siguiente contenido, que da cuenta de la presencia de una serie de secuencias que resultarían inconvenientes para un visionado infantil por su contenido violento-sexual.

A continuación, se detallan las más representativas:

(06:28) Bobby Perú le pide a Lola utilizar el baño en un momento en que ella está sola en su habitación. Con un lenguaje obsceno, él empieza a insinuarle que ella está excitada y que quiere tener sexo con él; que a ella le gusta tener sexo como una “*conejita*”, que tiene su “*coso húmedo*” y comienza a acercársele, diciéndole: «*Quieres que Bobby Perú te lo haga duro [“fuck you hard”]*, nena, que te abra como un regalo de Navidad» (Ríe). Ella lo empuja para alejarlo, pero él la agarra y agresivamente le exige que le diga “*házmelo*” [“*fuck me*”], mientras él comienza a excitarla sexualmente manoseándole los senos y su vagina. Ella comienza efectivamente a excitarse hasta que le dice “*házmelo*” [“*fuck me*”], y Bobby la suelta y le dice en un tono de jocosidad y sonriendo: «*Algún día lo haré, muñeca, pero me tengo que ir*», y se retira, dejándola angustiada y con culpa por haberse excitado sexualmente en un momento de amenaza de violación sexual.

Esta escena expresa un complejo conflicto moral en la cual una mujer en una situación evidente de acoso sexual, amenazada de ser violada, se excita sexualmente como efecto del mismo acoso sexual y se siente sexualmente atraída por su abusador sexual. El hecho que su acosador la suelte y bromea al

respecto también conlleva la relativización y minimización de la situación de abuso sexual. En este sentido, un público sin la maduración cognitiva y moral no es capaz de comprender lo paradójico de una conducta de acoso sexual que logra provocar la excitación sexual de la mujer, y lo reprochable moral y socialmente que ello implica a pesar que por sus resultados termine siendo una situación de broma.

(06:47) Bobby Perú y Sailor Ripley asaltan un banco, y antes de salir Bobby le dispara a uno de los empleados del banco y después apunta a Sailor, advirtiéndole que es el siguiente. El otro empleado toma un arma, pero Bobby alcanza a dispararle, momento que Sailor aprovecha para arrancar fuera del banco. Bobby lo sigue, pero afuera lo espera un policía que lo acribilla; cae encima del cañón de su escopeta que se dispara y le destroza su cabeza, cayendo en la tierra despedazada. Posteriormente, los empleados bañados en sangre buscan en el suelo la mano amputada de uno de ellos, mientras un perro sale del banco llevándose la mano en su hocico.

El contenido de violencia y de desprecio de la vida está reforzado por el carácter humorístico que se les da a hechos de violencia extrema, como el que la cabeza de Bobby se destruye y vuela por los aires debido a un simple accidente al caer sobre el cañón de su arma, y la pérdida de una mano que es llevada por un perro como un trozo de carne;

DÉCIMO TERCERO: Seguidamente, y de conformidad con lo que se ha venido razonando, conviene precisar que 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: Luego, 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”*¹;

DÉCIMO QUINTO: Que, como corolario de lo anteriormente referido, dicho criterio ha sido corroborado por la Excelentísima Corte Suprema, quien sobre este punto ha resuelto²: *“Décimo Cuarto: Que actuando dentro de sus facultades el Consejo Nacional de Televisión dictó las “Normas Generales sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión”, publicadas en el Diario Oficial del 20 de agosto de 1993, mediante las cuales prohibió a los servicios de televisión las transmisiones de cualquiera naturaleza que contengan violencia excesiva, truculencia, pornografía o participación de niños o adolescentes en actos reñidos con la moral o buenas costumbres, para luego proceder a definir cada concepto. En ese mismo ámbito de competencia dictó las “Normas Especiales sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión” estableciendo las franjas horarias en las que pueden ser transmitidas las películas que el Consejo de Calificación Cinematográfica califique para mayores de 18 años, restringiéndolas al horario que va entre las 22:00 y las 06:00 horas. Décimo Quinto: Que los reglamentos antes señalados sólo se circunscriben a particularizar conceptos que se encuentran en la ley y en virtud de ello establecen limitaciones, determinando los horarios en que deben transmitirse algunos programas, con lo cual la obligación derivada del principio de legalidad no se ve cuestionada pues existe una predeterminación normativa de conductas ilícitas que el reglamento concreta con restricciones que no afectan la esencia*

¹ Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 12 de abril de 2012, recurso Rol 474-2012

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

de los derechos de la empresa DIRECTV Chile Televisión Limitada. Décimo Sexto: Que de conformidad con lo razonado es posible concluir que al dictar el Consejo Nacional de Televisión las normas generales y especiales de contenidos de las emisiones de televisión lo ha hecho dentro del ámbito de su competencia y con ello ha actuado en colaboración a la ley, normas que son aplicables a los servicios de radiodifusión televisiva limitada y que por ende está obligada a cumplir la empresa DIRECTV Chile Televisión Limitada.”;

DÉCIMO SEXTO: Despejado lo anterior, corresponde hacer referencia a los descargos de la permisionaria.

Desde ya, corresponde aclarar que dichas alegaciones no resultan suficientes para exonerar a la permisionaria de la responsabilidad infraccional en que ha incurrido, toda vez que el artículo 13° inciso 2° de la Ley N° 18.838 la hace exclusivamente responsable de todo aquello que transmita o retransmita a través de su señal -aun cuando sea vía satélite.

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 programación³.

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 y confrontada con la calificación vigente en Chile, 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.

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 SÉPTIMO: Ahora bien, específicamente respecto al control parental y medios a disposición del adulto responsable, cabe precisar que endosar la responsabilidad al usuario -aunque sea este quien contrate el servicio-, 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.

Es dicho corolario, el que se expresa con meridiana claridad en la disposición contenida en el inciso segundo, del citado artículo 13, de la Ley N° 18.838.

Ni los padres -ni quien contrata el servicio- 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”.⁴

Un entendimiento contrario, implicaría vulnerar los artículos 1° y 13° Inc. 2° de la Ley 18.838, de acuerdo a los cuales el sujeto pasivo de la obligación de no transmitir contenidos que importen un atentado al respeto debido a la formación espiritual e intelectual de la niñez y la juventud es la permisionaria, recayendo en ella la responsabilidad de todo aquello que emita a través de sus señales, resultando improcedente la traslación de dicha responsabilidad a los usuarios, realidad que se ve ratificada por el artículo 1° de las Normas Especiales 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;

DÉCIMO OCTAVO: Enseguida, 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 siempre será la misma: transmitir contenidos audiovisuales que vulneren el correcto funcionamiento de los servicios de televisión.

Esta forma de entender la conducta infraccional de la Ley 18.838 ha sido recogida por la jurisprudencia de la Iltma. 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*

³Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 26 de abril de 2012, recaída en el Rol de Ingreso N°7259-2011.

⁴ Sentencia rol N° 474-2016. I. Corte de Apelaciones de Santiago. En el mismo sentido sentencias roles N°s. 4973, 8603 y 10855, todas de 2015, y 917-2016, del mismo Tribunal.)

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.»⁵

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

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

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

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

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

La Excm. Corte Suprema ha indicado que entre las razones que se hallan tras el uso de esta técnica legislativa, se encuentra el hecho de que en la función que se ha encomendado al CNTV confluyen componentes técnicos, dinámicos y sujetos a variabilidad en el tiempo, lo que hace imposible su síntesis descriptiva en un precepto general como lo es una ley.⁶

Así, los conceptos utilizados por el artículo 1° de la Ley N° 18.838 son de carácter indeterminado, por lo que no dan por resueltas en cada caso la solución concreta, como sí ocurre con los conceptos jurídicos determinados, por lo que tal solución debe ser buscada acudiendo a criterios de lógica y experiencia, acorde al sentido y finalidad de la ley, proceder que precisamente ha efectuado esta entidad, como se desprende del acabado proceso administrativo llevado a cabo sobre la base de estándares profesionales transdisciplinarios;

DÉCIMO NOVENO: Las facultades fiscalizadoras y sancionadoras del Consejo emanan de la Carta Fundamental -artículo 19 N° 12-, y si bien podría argumentarse que toda potestad de un órgano público emana de ella, la Constitución ha considerado y otorgado un amplio reconocimiento de la facultad del CNTV, al otorgarle autonomía constitucional a la labor que realiza, la que, por cierto, le permite y

⁵ Iltrma. Corte de Apelaciones, Sentencia de 19 de noviembre de 2012, Rol. 4138-2012.

⁶ Sentencia de Corte Suprema. ROL N° 6030-2012 de fecha 25 de octubre de 2012.

obliga a llenar de contenido conceptos jurídicos indeterminados, como lo son aquellos contenidos en artículo 1° de la ley N° 18.838, por la vía reglamentaria.

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);

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

En efecto, la Convención de los Derechos del Niño en su Preámbulo establece que el niño, por encontrarse en situación de vulnerabilidad física y mental necesita de cuidados especiales, y es así como en sus párrafos 1 y 2, garantiza dos derechos que resultan esenciales dentro de la arquitectura de protección de los menores de edad: el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su *interés superior* en todas las medidas o decisiones que le afecten, tanto en la esfera pública como privada, y el derecho a ver adecuadamente cautelado su *bienestar*; derechos, ambos, que guardan una estrecha relación entre sí, por cuanto, como ha indicado el Comité de los Derechos del Niño:

«Al evaluar y determinar el interés superior de un niño o de los niños en general, debe tenerse en cuenta la obligación del Estado de asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar (art. 3, párr. 2). Los términos “protección” y “cuidado” también deben interpretarse en un sentido amplio, ya que su objetivo no se expresa en una fórmula limitada o negativa (por ejemplo, “para proteger al niño de daños”) sino en relación con el ideal amplio de garantizar el “bienestar” y el desarrollo del niño. El bienestar del niño, en un sentido amplio, abarca sus necesidades materiales, físicas, educativas y emocionales básicas así como su necesidad de afecto y seguridad».⁷

VIGÉSIMO PRIMERO: Así las cosas, la acción constitutiva de infracción siempre será la misma -transmisión de registros audiovisuales que atenten contra el principio del correcto funcionamiento de los servicios de televisión- correspondiendo a este H. Consejo determinar, si la transmisión de tales registros constituye una infracción a la normativa vigente, resultando evidente y claro que la prohibición contenida en las Normas Generales ya citadas, sus contenidos y reglas resultan la concretización colaborativa de tal núcleo infraccional descrito en el artículo 1°, de la Ley N° 18.838, por lo que deberá rechazarse el descargo esgrimido sobre esta materia,

VIGÉSIMO SEGUNDO: Enseguida, respecto a su ausencia de culpa, cabe recordar que en la materia regulatoria que nos ocupa, dicha consideración subjetiva no resulta necesaria para imponer una sanción.

Por ejemplo, se debe recordar lo que indica el tratadista Alejandro Nieto en su obra “*Derecho Administrativo Sancionador*”⁸, donde expresa que “*por simple inobservancia puede producirse responsabilidad en materia sancionadora*”⁹, 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*”¹⁰.

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*”¹¹.

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

⁷ Comité de los Derechos del Niño: Observación general N° 14 (2003) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), página 16.

⁸ Nieto García, Alejandro “*Derecho Administrativo Sancionador*”. Madrid: Editorial Técnicos, 4ª. Edición, 2ª. Reimpresión, 2008.

⁹ *Ibid.*, p. 392.

¹⁰ *Ibid.*, p. 393.

¹¹ *Ibid.*

resolución u otra regulación semejante)”¹²; para referirse, más adelante, precisamente a la omisión de un deber de cuidado (como el establecido en el artículo 1° de la Ley N° 18.838), “Del mismo modo como ocurre cuando el daño es producido por una acción, la infracción a un deber legal de actuar es suficiente para dar por acreditada la culpa. En otras palabras, hay culpa infraccional por el solo hecho de no haberse ejecutado un acto ordenado por la ley”¹³.

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”¹⁴.

En este sentido, entonces, en la especie como ya se indicó, la hipótesis infraccional se ha verificado por el sólo hecho de transmitir material calificado por el organismo competente para mayores de 18 años de edad, en un horario excluido de tal posibilidad, tal como lo dispone la normativa vigente; hecho que no ha sido desvirtuado por la concesionaria.

Refuerza esta conclusión, el hecho de que el film transmitido contiene escenas que hacen inconveniente su visionado infantil, como ya se detalló.

Aquel reproche y consecuente sanción, posee asidero normativo en las disposiciones que cautelan la protección de la directriz de formación intelectual y espiritual de la niñez y la juventud, a saber, los artículos 12 letra l) y 13, ambos de la Ley N° 18.838; y en armonía con dichos preceptos, las disposiciones de las Normas Generales sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión;

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

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

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

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

Séptimo: Que actuando dentro de sus facultades el Consejo Nacional de Televisión dictó las “Normas Generales sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión”, publicadas en el Diario Oficial del 20 de

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

¹³Ibid., p.127.

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

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.

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

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

“CUARTO: Que, por otra parte, el artículo 12 citado, dispone, dentro de las atribuciones del Consejo, el velar porque los servicios de radiodifusión televisiva de libre recepción y los servicios limitados de televisión, se ajusten estrictamente al correcto funcionamiento. Además, el Consejo puede regular la transmisión y recepción de la televisión por satélite. A su turno, si bien el Consejo no puede intervenir en la programación de los servicios de radiodifusión televisiva de libre recepción, ni en los servicios limitados de televisión, está facultado para adoptar medidas relacionadas con impedir la difusión de determinadas películas, y determinar además, los horarios en que se pueden exhibir películas calificadas para mayores de 18 años. Así, los canales de televisión son exclusiva y TELEFÓNICAmente responsables de todo y cualquier programa, Nacional o extranjero que transmitan, aun cuando NOVENO: (...) En todo caso, las normas reglamentarias especiales que regulan las emisiones de televisión, constituyen una complementación de lo expresado en el artículo 1° de la Ley 18.838 y no una desnaturalización de la misma o una normativa diversa, por lo que no es dable sostener que hay una figura distinta a la que contempla la ley.

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

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

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

VIGÉSIMO CUARTO: Finalmente, respecto a la proporcionalidad de la sanción que ahora se impone, cabe tener presente que este organismo aplica un sistema correcto, racional y justo para la determinación de las sanciones, en el cual prima el análisis sobre la gravedad de la infracción y las conductas previas del recurrente respecto al cumplimiento de la normativa que rige el correcto funcionamiento de la televisión, tal como lo prescribe el artículo 33°, de la Ley N° 18.838.

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

VIGÉSIMO QUINTO: En este sentido, cabe tener presente que el quantum de la sanción a imponer en este caso, está determinado por la conducta reincidente de la permisionaria, que registra ocho sanciones dentro del año calendario previo a la exhibición de la película fiscalizada, por infringir el artículo 1° de la Ley N° 18.838 en conexión con el artículo 5° de las Normas Generales Sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión, a saber:

- a) por exhibir la película “*El lobo de Wall Street*”, impuesta en sesión de fecha 7 de noviembre de 2016, oportunidad en que fue condenada al pago de una multa de 100 Unidades Tributarias Mensuales; y
- b) 2 sanciones por exhibir la película “*El Ultimo Boy Scout*”, impuestas en sesiones de 28 de noviembre de 2016 y 24 de abril de 2017, oportunidades en las que fue condenada al pago de una multa de 20 y 100 Unidades Tributarias Mensuales, respectivamente;
- c) 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;
- d) 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;
- 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;

VIGÉSIMO SEXTO: Así las cosas, el Consejo al adoptar el presente acuerdo, no ha hecho más que cumplir con sus potestades constitucionales, legales y con el principio de juridicidad consagrado en el Texto Fundamental, lo que opera, sin perjuicio de la posibilidad que le asiste al operador de solicitar una nueva calificación de la película fiscalizada ante el Consejo de Calificación mentado, de conformidad al artículo 17, de la Ley N° 19.846, a objeto de cumplir cabalmente con la legislación del Estado de Chile relativa a la calificación cinematográfica -sistema que, igualmente, posee asidero en el artículo 19 N° 12, de la Carta Fundamental-, lo que no consta en el expediente administrativo, por lo que,

El Consejo Nacional de Televisión, en sesión de hoy, por la unanimidad de los Consejeros presentes, conformada por los Consejeros Óscar Reyes, Andrés Egaña, María de los Ángeles Covarrubias, M. Elena Hermosilla, Esperanza Silva, Genaro Arriagada, Marígen Hornkohl y Mabel Iturrieta, acordó: rechazar los descargos presentados por la permisionaria y aplicar a TELEFÓNICA EMPRESAS CHILE S.A., la sanción de multa de 20 (veinte) Unidades Tributarias Mensuales, contemplada en el artículo 33° N°2 de la Ley N°18.838, por infringir el artículo 1°, inciso cuarto de la ley N° 18.838, por la vía de la vulneración de la regla establecida en el artículo 5° de las Normas Generales Sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión, mediante la exhibición, el día 11 de octubre de 2017, a partir de las 04:56 hrs. por su señal “ISAT”, de la película “*Wild at Heart*”, en “*horario de protección de los niños y niñas menores de 18 años*”, no obstante, su calificación como *para mayores de 18 años*, practicada por el Consejo de Calificación Cinematográfica. Lo anterior, sin perjuicio del derecho del canal de solicitar al Consejo de Calificación Cinematográfica la recalificación del material.

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.