

C.A. de Santiago

Santiago, dos de agosto de dos mil veintitrés.

Al folio 18: a todo, téngase presente,

Al folio 20, téngase presente.

Al folio 21: a lo principal, téngase presente. Al otrosí, téngase presente y a sus antecedentes.

Vistos:

Primero: Que Luis Contreras Órdenes, en representación de VTR Comunicaciones SpA, de conformidad con el artículo 34 de la Ley 18.838, interpone recurso de apelación contra la resolución del H. Consejo Nacional de Televisión que impuso una multa de 42 UTM a VTR mediante el Ordinario 300, de 16 de mayo de 2023, con el objeto de que se deje sin efecto la multa impuesta o, en subsidio, que la multa sea rebajada al monto menor que se estime pertinente.

Expuso que conforme el Oficio Ordinario N°300, de 16 de mayo de 2023, el CNTV notificó el cargo a VTR por presuntamente infringir el artículo 1 de la Ley N° 18.838 y 5 de las normas generales sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión, debido a la exhibición de la película “The Forever Purge - La Purga Por Siempre”, el 19 de agosto de 2022 a las 16:30 horas, a través de la señal HBO, canal 34, en horario de protección de los niños y niñas menores de 18 años.

Hace presente que el oficio apelado fue dictado casi a un año después de la emisión de la película, haciendo casi imposible adecuar los contenidos, toda vez que en tan extenso periodo se pudo haber transmitido nuevamente la película, lesionando la oportunidad y capacidad de reaccionar en tiempo y forma.

En cuanto a los descargos, relata la inexistencia de daño, pues los índices de audiencia indican que muy improbablemente pudo haber sido visualizada por público infantil; que VTR ofrece herramientas tecnológicas para controlar el acceso de menores a ciertos contenidos, siendo los padres los primeros llamados al cuidado de quienes tienen a su cargo; VTR ha realizado una serie de



actuaciones con el objeto de que se respete la normativa y, en la especie, no existe culpa por parte de VTR ya que la película fue transmitida por el programador debido a un error involuntario, por lo que el actuar de su representada ha sido siempre acorde a la buena fe.

Lo anterior, en cuanto VTR no es una concesionaria de servicios limitados de televisión ni menos una concesionaria de servicios de televisión abierta, toda vez que es titular de un “permiso” y no de una “concesión”, otorgado directamente por la Subsecretaría de Telecomunicaciones dependiente del Ministerio de Transportes y telecomunicaciones.

Igualmente, estima que el H. CNTV debiese aplicar una sanción que sea proporcional entre el perjuicio ocasionado y la sanción que imponga, puesto que no basta la sola exhibición de la película en horario de protección, sino que concretamente el hecho atentara directamente contra los principios normativos resguardados, que en el caso en cuestión fue exponencialmente improbable.

Alega la inexistencia de un daño, en cuanto los índices de audiencia de la película indican que muy improbablemente pudo haber sido visualizada por público infantil.

Por otro lado, refiere que VTR ofrece herramientas tecnológicas para controlar el acceso de menores a ciertos contenidos. Los padres son los primeros llamados al cuidado de quienes tienen a su cargo.

Hace presente que VTR ofrece a sus contratantes herramientas tecnológicas que, correctamente utilizadas, son completamente efectivas para controlar el contenido de los programas a los que los menores podrían estar eventualmente expuestos.

1. Existe una distribución de los canales que permite indirectamente contribuir a desincentivar y evitar que los menores de edad se vean tentados a acceder a canales poco apropiados para sus rangos etarios, pues los canales se encuentran agrupados dependiendo de su temática. Así, por ejemplo, los canales infantiles se encuentran agrupados en un sector de la grilla programática considerablemente distante del sector en que se encuentran agrupados los canales para adultos.



2. VTR otorga la posibilidad de bloquear gratuitamente los canales contratados y los pasos a seguir para materializar esta posibilidad de control, se encuentra ilustrada de forma fácil y sencilla en el sitio web de VTR, a saber, en la URL <https://centrodeayudaonline.vtr.com/television/como-bloquear-canales-con-el-controlparental/>

Agrega que VTR ha realizado una serie de actuaciones con el objeto de que se respete la normativa.

En dicho cometido, VTR no tan solo se comunica de manera preventiva con los programadores de los canales de su grilla programática para que cumplan con los lineamientos establecidos por el H. Consejo, sino que también se dirige a ellos una vez que el CNTV formula cargos, para analizar el caso concreto y tomar medidas para evitar que se repita algún hecho que podría ser considerado como infractor de la normativa.

Así, en el ámbito de la televisión de pago, la programación de los contenidos audiovisuales es fijada de forma unilateral por los proveedores de contenidos para toda Latinoamérica, (i) no pudiendo VTR alterar los contenidos de las señales; (ii) ni revisar ex ante, y de forma directa, toda su oferta programática para verificar, entre otras cosas, la calificación que tiene cada uno de los contenidos que exhiben sus programadores. Ello no obedece, en ningún caso, a un capricho de VTR, sino es la forma cómo opera la industria de distribución de contenidos con pleno respeto a la normativa que regula la propiedad intelectual de las obras audiovisuales.

Lo anterior, de conformidad con lo establecido en el artículo 18 de la Ley N°17.336 de Propiedad Intelectual, en cuanto “sólo el titular del derecho de autor o quienes estuvieren expresamente autorizados por él, tendrán el derecho de utilizar la obra en alguna de las siguientes formas: (...) c) Adaptarla a otro género, o utilizarla en cualquier otra forma que entrañe una variación, adaptación o transformación de la obra originaria, incluida la traducción (...)”; pues de lo contrario se estaría infringiendo el derecho de propiedad establecido en el artículo 19 No. 24 de la Constitución Política de la



República que tienen los programadores respecto a las señales que transmiten.

Concluye que VTR en todo momento vela para que el contenido que es transmitido en su señal por los programadores respete la legislación chilena y las directrices del CNTV, lo que amerita su absolución en este procedimiento de cargo o, cuando menos, la aplicación de la mínima sanción existente.

Segundo: Que Aldo Novoa Morales, en representación del Consejo Nacional de Televisión, pidió el rechazo del recurso conforme los siguientes antecedentes.

Relata que en sesión celebrada el día 17 de abril de 2023, el Consejo Nacional de Televisión sancionó a la permisionaria VTR Comunicaciones SpA por infracción al artículo 1° inciso cuarto de la Ley 18.838, al no observar el principio constitucional del correcto funcionamiento de los servicios de televisión, al no respetar la regla del horario de protección de los menores de edad mediante la exhibición de la película “The Forever Purge – La Purga por Siempre”, el 19 de agosto de 2022, dentro del bloque horario protegido, no obstante su calificación para mayores de 18 años efectuada por el Consejo de Calificación Cinematográfica.

Hace presente que los elementos de hecho que sirvieron de medio de prueba para configurar la infracción, corresponden a:

1) Un compacto audiovisual que acredita que la película referida se exhibió a través de la señal HBO a partir de las 16:30 horas del 19 de agosto de 2022; es decir, dentro del horario de protección;

2) Un certificado emitido por el Consejo de Calificación Cinematográfica (CCC), donde se indica que la película “The Forever Purge – La Purga por Siempre”, fue calificada para mayores de 18 años, con fecha 14 de julio de 2021; y

3) Un informe elaborado por el Departamento de Fiscalización y Supervisión del CNTV que, en base a antecedentes de doctrina científica especializada y de jurisprudencia, acredita que los contenidos audiovisuales efectivamente exhibidos en el día fiscalizado, incluyen un hilo argumental donde se exponen escenas



que podrían afectar negativamente el proceso del normal desarrollo de la personalidad de los niños, destacando particularmente el hecho de que durante la emisión se pueden ver imágenes expresas de asesinatos, sangre y tortura físicas y psicológicas por parte de un grupo de personas que forman parte de un movimiento clandestino que estiman que no es suficiente una noche anual de anarquía y asesinatos, así que deciden continuar cometiendo asesinatos en Estados Unidos, persiguiendo con énfasis a inmigrantes latinos.

Afirma que ni en sus descargos ni en su recurso de reclamación la permitida acompañó ningún antecedente que contradiga la imputación de que exhibió, dentro del horario de protección, material fílmico inadecuado para menores de edad, calificado exclusivamente para mayores de 18 años por el Consejo de Calificación Cinematográfica de Chile, contraviniendo con ello la prohibición expresa del artículo 1° de la Ley 18.838, en relación con los artículos 1°, 2° y 5° de las Normas Generales sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión. Tampoco solicitó la apertura de un término probatorio, no ejerciendo el derecho que le confiere el artículo 34 de la Ley 18.838.

En atención a ello, no existiendo fundamentos que controviertan decisivamente el juicio de reproche y no habiendo aportado la permitida, argumentos idóneos para eximirla de responsabilidad infraccional, la sanción impuesta a VTR se encuentra a firme.

En cuanto al fondo, refiere que como ha señalado reiteradamente la Excm. Corte Suprema, y ha confirmado la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago, aun cuando el artículo 34 de la Ley 18.838 utiliza el vocablo “apelación” para denominar este recurso, lo cierto es que su naturaleza jurídica es la de un recurso especial de reclamación de legalidad, por lo que el ejercicio de las competencias de la Corte de Apelaciones en su conocimiento y resolución, se deben ajustar a las particularidades de esta clase de procedimientos.

Por consiguiente, atendida la naturaleza jurídica del recurso deducido, la competencia de la Corte de Apelaciones en este caso está circunscrita a analizar si, al momento de dictar el acto



administrativo que impuso sanción a VTR, el Consejo Nacional de Televisión ha actuado dentro del marco regulatorio que le fijan la Constitución y la Ley, si ha respetado los principios rectores del Derecho Administrativo sancionador, como las reglas de un justo y racional procedimiento, y si su decisión se encuentra razonablemente motivada y ajustada a derecho, circunstancias que, cuando concurren -como en este caso-, deben llevar a ratificar la sanción en base al imperio de la presunción de legalidad de los actos administrativos, debiendo considerarse que es deber de la permissionaria derribar dicha presunción.

Así, ni en el procedimiento administrativo, ni en este recurso de reclamación, la permissionaria logra desvirtuar los reproches formulados con elementos de una gravedad suficiente que pudiesen poner en entredicho la juridicidad de la sanción, pues no aportó elementos de convicción para desvirtuar los hechos infraccionales fehacientemente acreditados en la fiscalización.

Afirma que en el Acuerdo de Consejo que impuso sanción a la permissionaria se encuentra debidamente motivada y fundamentada la configuración de la conducta infraccional, conforme a los parámetros de la Constitución y la Ley N° 18.838; el procedimiento administrativo ha sido respetuoso del debido proceso y del derecho a defensa de la permissionaria.

Por otro lado, arguye que las alegaciones vertidas en el recurso por la permissionaria no son idóneas para excluir su responsabilidad infraccional en este caso.

El artículo 13 de la ley N° 18.838 dispone que los concesionarios de servicios de radiodifusión televisiva de libre recepción y permissionarios de servicios limitados de televisión serán exclusiva y directamente responsables de todo y cualquier programa, nacional o extranjero, que transmitan, aun cuando se trate de transmisiones o retransmisiones vía satélite.

Afirma que no corresponde que la permissionaria pretenda trasladar la responsabilidad administrativa en los padres o sus suscriptores.

Por su parte, la pesquisa empírica de daños es irrelevante para la configuración de la conducta infraccional de la permissionaria: el



ilícito administrativo establecido por infringir el artículo 1° de la Ley 18.838, 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 pone en riesgo.

En este sentido, agrega que los contratos que celebre la permissionaria deben ajustarse a la normativa que regula la televisión: en cuanto a la alegación respecto de que la permissionaria no posee los derechos para modificar o intervenir el material exhibido -según los contratos suscritos-, es menester indicar que las cláusulas contractuales que acuerden los privados no es una materia que sea competencia del CNTV, pues se encuentra dentro de la esfera privada de las partes contratantes. En este sentido, son los contratos que celebren los permissionarios los que deben adecuarse a la normativa televisiva y no al revés.

Igualmente, que el tiempo transcurrido entre la emisión de la película fiscalizada y la notificación de los cargos formulados a la permissionaria no fue extenso: es falso el supuesto “extenso período” transcurrido entre la transmisión de la película y la formulación de cargos, pues, contrariamente a lo que señala la recurrente en la página 2 de su recurso de reclamación, solo pasaron poco más de tres meses entre estos dos hitos.

Destaca que la permissionaria conocía con antelación las consecuencias de emitir –dentro del horario de protección- una película calificada para mayores de 18 años por el Consejo de Calificación Cinematográfica.

Así, los fallos roles 136-2019, 137-2019, 138-2019 y 139-2019, en los que la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago, revisando la legalidad de las sanciones de multa impuestas por el CNTV a VTR, precisamente por transmitir una película calificada para mayores de 18 años por el Consejo de Calificación Cinematográfica.

Invoca la obligación de no transmitir programación inapropiada para los menores de edad -dentro del horario de protección- es una



carga pública asociada al principio constitucional del correcto funcionamiento de la televisión.

Finalmente, precisa que no procede la rebaja de la multa impuesta por el CNTV.

Tercero: Que el artículo 1° de la Ley N° 18.838, a propósito de los servicios de televisión que operan en el territorio nacional, define su correcto funcionamiento como el “permanente respeto, a través de su programación, de la democracia, de la paz, el pluralismo, el desarrollo regional, el medio ambiente, la familia, la formación espiritual e intelectual de la niñez y la juventud, los pueblos originarios, la dignidad humana y su expresión en la igualdad de derechos y trato entre los hombres y mujeres, así como el de todos los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. El artículo 12 letra I), entre las funciones y atribuciones del CNTV, dispone: “El Consejo dictará las normas generales para sancionar la transmisión de programas que contengan violencia excesiva, truculencia, pornografía o participación de niños o adolescentes en actos reñidos con la moral o las buenas costumbres. Asimismo, el Consejo deberá dictar las normas generales destinadas a impedir que los menores se vean expuestos a programación y publicidad que pueda dañar seriamente su salud y su desarrollo físico y mental”.

Cuarto: Que el hecho que se sanciona contraría la prohibición expresa contenida en el artículo 5° de las Normas Generales sobre Contenido de las Emisiones de Televisión, infracción formal que sustenta la multa impuesta. En este orden de ideas cabe señalar que la emisión de la película cuestionada en los términos constatados por el CNTV, no solo infringe las normas del correcto funcionamiento de los servicios de televisión, sino importa también una infracción a las disposiciones de la Convención Internacional de los Derechos del Niño que el Estado de Chile está obligado a amparar y proteger. En efecto, la emisión de una película del contenido descrito en la sanción en alzada, vulnera el interés superior de los menores, consagrado en el orden nacional e internacional, lo que se traduce en una



conculcación grave al derecho a la salud psíquica de los menores de edad. Los hechos de la causa dan cuenta de la falta en que incurrió el recurrente quien como permisionaria debe procurar el “permanente respeto”, entre otros valores, a la formación espiritual e intelectual de la niñez, como lo dispone el artículo 1° de la Ley N° 18.838.

Quinto: Que, al recurrente, en su calidad de prestador del servicio, le es aplicable la normativa nacional -artículo 13 de la Ley N° 18.838-, que no limita, como arguye el recurso, las facultades de que está investida la reclamada para fiscalizar películas que no corresponda calificar o calificadas para mayores de 18 años, siendo por ende responsable de todo aquello que transmita o retransmita a través de su señal. Así las cosas, constada la infracción a una norma legal, se acredita la culpa infraccional de VTR Comunicaciones SpA., lo que justifica la sanción impuesta, pues dicha conducta importa vulnerar el deber de cuidado establecido en la normativa vigente que la recurrente debe acatar en razón de su giro.

Sexto: Que, en cuanto al sistema de control parental, la existencia de mecanismos tecnológicos, como es el que esgrime la recurrente, no altera lo antes concluido, desde que el artículo 3° de las Normas Generales sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión, al reglamentar el mecanismo, lo hace en relación a programas o películas con contenido pornográfico, cuyo no es el caso de autos. Por otro lado, exonerarse de la infracción que se le imputa atribuyéndole responsabilidad a los padres o adultos al cuidado de menores -es decir a sus clientes- es desconocer la obligación legal que recae sobre el prestador, el que debe en todo momento respetar los principios que rigen la actividad, entre ellos, el del “correcto funcionamiento del servicio de televisión”.

Séptimo: Que en cuanto a la proporcionalidad de la sanción, este tribunal estima razonable considerar que ésta se ajusta a la naturaleza de la infracción, considerando la hora en que se da inicio a la exhibición de la película, la existencia de una calificación y reincidencia de la recurrente, por lo que aparece justificado y acorde a los hechos de la causa y competencias del órgano recurrido.



Por estas razones, se confirma la resolución recurrida que se contiene en el Ordinario 300, de 16 de mayo de 2023, del Consejo Nacional de Televisión.

Regístrese y comuníquese.

N° Contencioso Administrativo-342-2023.

Pronunciada por la Novena Sala, integrada por los Ministros señora Carolina S. Brengi Zunino, señor Tomás Gray Gariazzo y la Abogado Integrante señora Bárbara Vidaurre Miller.

En Santiago, dos de agosto de dos mil veintitrés, se notificó por el estado diario la resolución que antecede.



Pronunciado por la Novena Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago integrada por los Ministros (as) Carolina S. Brengi Z., Tomas Gray G. y Abogada Integrante Bárbara Vidaurre M. Santiago, dos de agosto de dos mil veintitrés.

En Santiago, a dos de agosto de dos mil veintitrés, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 02 de abril de 2023, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>