

C.A. de Santiago

Santiago, tres de octubre de dos mil veintitrés.

A los escritos folios 26 y 27: a todo, téngase presente.

VISTO Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que Claro Comunicaciones S.A., deduce recurso de apelación, de conformidad al artículo 34 de la Ley N° 18.838, en contra de la Resolución del H. Consejo Nacional de Televisión que impuso una multa de 21 UTM mediante el Ordinario N° 339, de fecha 24 de mayo de 2023, por presuntamente infringir el artículo 1° de la Ley 18.838, y 5° de las normas generales sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión, debido a la exhibición de la película “Monster Asesina En Serie”, el día 20 de octubre de 2022 a partir de las 19:06 horas, a través de la señal A&E, canal 607, en horario de protección de los niños y niñas menores de 18 años.

En primer lugar hace presente que el extenso período transcurrido entre la fecha de emisión en el mes de octubre de 2022 y la fecha en que se dictó el Oficio a través del cual cursó el cargo que por este acto se apela, hace casi imposible intentar adecuar los contenidos.

Refiere que en los descargos presentados, solicitó que no se aplicara sanción alguna, alegando que: (i) la parrilla programática no es definida por Claro y existe imposibilidad tanto técnica como contractual de alterar la misma; (ii) Claro actuó de forma diligente para cumplir con la normativa vigente; (iii) Claro ha actuado de buena fe; y, (iv) no existe necesidad de sanción alguna, entre otros motivos.

Precisa que Claro Comunicaciones S.A. es una permisionaria de servicios limitados de televisión y, por lo tanto, no es una concesionaria de servicios limitados de televisión ni menos una concesionaria de servicios de televisión abierta. En este sentido, la Ley N° 18.838 sólo hace responsables a los permisionarios de servicios limitados de televisión de velar por el correcto funcionamiento establecido en su artículo 1°, de los artículos 18 y 19 de la misma ley.

Refiere que el H. CNTV debiese aplicar en la etapa resolutive una sanción que sea proporcional entre el perjuicio ocasionado y la sanción que imponga. Por lo que, es posible inferir 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 que, se han infringido las reglas básicas del debido proceso, contenido en el artículo 19 N°3 inciso 5° y el 34 de la Ley N°18.838 en tanto Claro junto con formular los descargos, solicitó un término probatorio, lo que fue denegado, y su omisión improcedente siempre debe conllevar a la sanción de nulidad del procedimiento.

Acusa que, la multa impuesta además de no corresponder, es del todo excesiva, y debe ser rebajada debido a que tiene el carácter de injusta y arbitraria, no siendo ésta adecuada al fin, no habiendo una proporcionalidad, ni un juicio de ponderación o valoración, como lo sería la gravedad de la conducta, bien jurídico a proteger o el fin que persigue con esa pena.

Indica que al momento de decidir sobre el monto de la sanción , se debe tomar en cuenta que Claro no puede ser sancionado por infracción al Art. 6° del reglamento denominado “Normas especiales sobre contenidos de las emisiones de Televisión de 1993” que contiene el “horario para todo espectador”, no sólo por expresa disposición del artículo 15 bis y el denominado “correcto funcionamiento” sino que también por disposiciones del reglamento dictado por el propio Consejo Nacional de Televisión, al disponer de manera textual y expresa, sanciones por incumplimiento a dicho “horario para todo espectador” , exclusivamente a concesionarios de servicios de televisión y no a permisionarios, puesto que son en sí servicios pagados. No siendo procedente su aplicación por analogía de conformidad al artículo 19 del Código Civil.

Por otro lado, arguye que existen imposibilidades tanto técnicas como contractuales, que permitan poder modificar los contenidos enviados previamente y de manera directa por el programador vía satélite, retransmitidos finalmente a los televisores de los suscriptores o clientes. Agrega que el permisionario se ve impedido, ex ante y en forma previa a la difusión, de revisar todo el contenido para poder inspeccionar, segundo a segundo, toda la oferta programática en forma directa, por lo que depende esencialmente, de las indicaciones e información que provengan directamente del oferente o programador de contenidos desde el extranjero; como ha sido reconocido por la jurisprudencia de esta Corte en causa N° 4470-2012.



Argumenta que dado el carácter especial que tienen estos servicios limitados de televisión, es el usuario o cliente de Claro Comunicaciones S. A., quien controla lo que se puede ver o no en la medida que por el solo hecho de recibir el decodificador de la señal satelital, recibe un sistema de control parental integrado, completamente gratuito, como un medio para poder proteger a los menores de edad y dar cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 1 y 33 de la Ley N° 18.838.

En relación a la imposibilidad contractual de modificación de contenido, tanto respecto de los contratos que éste mantiene vigente con los programadores de contenido como también respecto de los contratos que ha celebrado con los suscriptores o clientes, refiere que éstos prohíben que pueda efectuar cualquier alteración, edición, retraso, interrupción, eliminación o adición de cualquier naturaleza del contenido a ser distribuido por la permissionaria de servicios limitados de televisión. Sólo en casos puntuales y muy restringidos, se le permite a la permissionaria que pueda introducir franjas de publicidad usualmente de un máximo de 120 segundos por hora.

Al respecto adiciona que a través de una mediación colectiva realizada el año 2012, entre el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC) y los representantes de las Empresas de Telecomunicaciones en Chile, e acordó entre varias cosas, que las que éstas últimas, no podrán modificar unilateralmente la parrilla programática contratada por el consumidor.

Finalmente y en el evento que se estime por esta Corte que corresponde imponer una sanción de este tipo, desestimando los argumentos conforme a derecho anteriormente expuestos, consideramos que la multa impuesta debe ser rebajada sustancialmente ya que tiene el carácter de injusta y arbitraria, no siendo ésta adecuada al fin, no habiendo proporcionalidad ni un juicio de ponderación o valoración, como lo sería la gravedad de la conducta, bien jurídico a proteger o el fin que persigue con esa pena, demostrando que con su solo afán deja expuesta a todos los administradores a la arbitrariedad de la administración quien en definitiva no tiene control efectivo alguno. Invoca la sentencia dictada en causa Rol N° 155-2018, con fecha 22 de junio de 2018, de este Tribunal de Alzada.

Termina solicitando acoger el recurso y dejar sin efecto la multa cursada por el Honorable Consejo Nacional de Televisión materia de este recurso, por corresponder a una actuación arbitraria y/o ilegal, sin

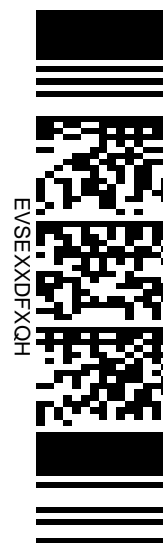


fundamente alguno, o bien para el caso improbable que se mantenga la multa sea ésta rebajada de acuerdo a los principios que inspiran el derecho administrativo sancionador como lo son los de proporcionalidad y racionalidad, con costas.

SEGUNDO: Que el recurrido Consejo Nacional de Televisión, evacuó el informe requerido, y expuso que en sesión celebrada el día 15 de mayo de 2023, el Consejo Nacional de Televisión (CNTV) sancionó a la recurrente, 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, según lo dispuesto por el artículo 19 N° 12 de la Constitución Política de Chile, en relación con los artículos 1°, 12 letra I), 13 letra b), 33 inciso final y demás pertinentes de la Ley 18.838, por la vía de la vulneración de los artículos 1°, 2° y 5° de las Normas Generales sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión (al no respetar la regla del horario de protección de los menores de edad). Conducta infraccional configurada por la exhibición de la película “Monster – Asesina en Serie”, el día 20 de octubre de 2022, dentro del bloque horario protegido, no obstante su calificación para mayores de 18 años efectuada por el Consejo de Calificación Cinematográfica.

Indica que los elementos que sirvieron de medio de prueba corresponden a un compacto audiovisual que acredita que la película referida se exhibió a través de la señal “A&E” a partir de las 19:06 horas del 20 de octubre de 2022; es decir, dentro del horario de protección, un certificado emitido por el Consejo de Calificación Cinematográfica, de 01 de abril de 2004, que indica que la película fue calificada para mayores de 18 años; y un informe elaborado por el Departamento de Fiscalización y Supervisión del CNTV, que, en base a antecedentes de doctrina científica especializada y de jurisprudencia, concluyó que los contenidos del filme fiscalizado resultan inapropiados para niños, niñas y adolescentes.

Sostiene que no existiendo fundamentos que controviertan decisivamente el juicio de reproche y no habiendo presentado la apelante descargos dentro del término legal, así como tampoco aportó prueba alguna para eximirla de responsabilidad infraccional, la sanción impuesta se encuentra a firme, ajustada a derecho, y también es proporcional al juicio de reproche considerando que es de la mayor gravedad, que la permisionaria es de alcance nacional y no registra reincidencias en la misma infracción, la



multa impuesta es prácticamente en su mínimo rango legal- de 21 UTM equivalente al 2,1% del máximo posible de acuerdo con lo que dispone el artículo 33 N° 2 de la Ley 18.838.

Indica que en la determinación de la multa aplicó el criterio legal de gravedad de la infracción del artículo 33 de la Ley 18.838, y tuvo, además, en consideración lo dispuesto en la Resolución N° 610 de 2021 sobre Adecuación de Normas Generales para la Aplicación de la Sanción de Multa, y en particular lo establecido en el artículo 2° numeral 1 del referido texto reglamentario, dado que lo que se reprocha es haber puesto en situación de riesgo un derecho fundamental que regularmente la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia y la Magistratura Constitucional, consideran de la mayor importancia, pues se relaciona con la integridad psíquica y dignidad de las audiencias, como resulta ser el normal desarrollo de la personalidad de los menores de edad, pudiendo comprometer con ello su bienestar e interés superior.

Precisa que el filme, que corresponde al género Drama, se centra en retratar la compleja personalidad de Aileen Wuornos y la relación afectiva que tiene con una joven (interpretada por Christina Ricci). Es en este contexto que el film recrea la vida de la protagonista, el inicio y desarrollo de una tormentosa relación afectiva, la violencia sufrida en tanto ejerció la prostitución, los homicidios que llevó a cabo y el desenlace de su vida; es recurrente el consumo de alcohol y tabaco.

Destaca seis escenas de la película como particularmente representativas del carácter inadecuado para menores de edad, referidas tanto en el informe de fiscalización como en el considerando décimo noveno del acto administrativo sancionatorio.

En cuanto a la conducta infraccional, señala que el artículo 19 N° 12 de la Constitución Política de la República, en relación con los artículos 1° y 12° de la Ley 18.838, le entregan al Consejo Nacional de Televisión la misión de velar porque los servicios de radiodifusión televisiva de libre recepción y los servicios limitados de televisión, se ajusten estrictamente al principio del «correcto funcionamiento», otorgándole para tal fin las facultades de supervigilancia y fiscalización en cuanto al contenido de las emisiones que a través de dichos servicios se efectúen. Por su parte, el inciso cuarto del artículo 1° de la Ley 18.838 define el correcto funcionamiento de los servicios



de televisión como «el permanente respeto, a través de su programación, de la democracia, 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 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».

Luego, el artículo 12 letra l) de la ley 18.838 mandata al CNTV para dictar 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» y para para fijar un horario segmentado en el que no se puedan exhibir contenidos destinados a público adulto, que puedan dañar la formación y el bienestar de los menores de edad; en el mismo sentido lo habilita el artículo 13 letra b) del mismo cuerpo legal.

Al respecto, precisa que a través de las Normas Generales sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión, el Consejo Nacional de Televisión fijó un horario de protección de niños, niñas y adolescentes que media entre las 06:00 y las 22:00 horas.

En el presente caso, y de acuerdo a los fundamentos expresados en el Acuerdo Sancionatorio que impuso la multa a CLARO, existe una infracción al deber de cuidado que impone el artículo 1° de la Ley 18.838, en relación al artículo 5° de las Normas Generales sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión.

Afirma que el estándar general de especial protección de los menores de edad en el mercado regulado de la televisión, y todos los bienes jurídicos asociados al correcto funcionamiento de la ésta constituyen obligaciones exigibles a permisionarias de televisión y a concesionarios. Cita el fallo de 14 de abril de 2023 de la Excma. Corte Suprema, causa Rol 12.833-2022, que reconoce el alcance de la regulación sectorial que nos ocupa, validando su aplicación tanto a concesionarios como a permisionarios de televisión.

En cuanto al interés superior del niño, Invoca al efecto la Convención Americana de Derechos Humanos, Convención sobre los Derechos de los Niños y jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Por otro lado, sostiene que aun cuando el artículo 34 de la Ley 18.838 utiliza el vocablo “apelación” para denominar este recurso, lo cierto es que su

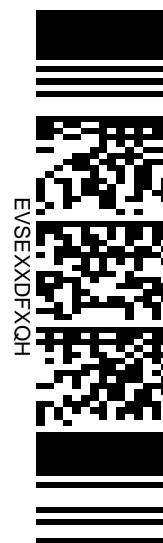


naturaleza jurídica es la de un recurso especial de reclamación de legalidad, por lo que el ejercicio de las competencias de la Corte de Apelaciones en su conocimiento y resolución, se deben ajustar a las particularidades de esta clase de procedimientos. En consecuencia la competencia de la Ilma. Corte de Apelaciones en este caso está circunscrita a analizar si, al momento de dictar el acto administrativo que impuso sanción a CLARO, 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, lo que en el caso de marras concurre y debe llevar a ratificar la sanción en base al imperio de la presunción de legalidad de los actos administrativos.

Da cuenta que en los descargos presentados extemporáneamente ante el CNTV, la permitonaria no controvertió los presupuestos fácticos del procedimiento infraccional llevado en su contra, por tal motivo, se consideró que no hubo hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos que fuere necesario probar, en tanto se encontraba plenamente acreditado en autos que CLARO exhibió una película con contenidos inadecuados para menores de edad dentro del horario de protección, el Consejo Nacional de Televisión, haciendo uso de la facultad discrecional que le otorga el artículo 34 de la Ley 18.838; no obstante, durante el curso del procedimiento y particularmente al momento de presentar sus descargos, la permitonaria siempre tuvo la opción de acompañar todos los antecedentes de que quisiera servirse.

Señala que a partir de la modificación de la Ley 18.838 el año 2014, hoy en día no existe ninguna duda de que la normativa legal y reglamentaria protectora de la formación de los menores de edad es plenamente aplicable respecto de los servicios limitados de televisión. El artículo 13, establece que: Los concesionarios de servicios de radiodifusión televisiva de libre recepción y permitonarios 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.

Además todas las citas a normas reglamentarias que la permitonaria vierte en su recurso para fundar sus pretensiones corresponden a



disposiciones de las Normas Especiales sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión, las cuales fueron derogadas el 21 de abril de 2016, como consta en el Diario Oficial de esa fecha donde se publicaron las nuevas Normas Generales sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión, que se encuentran actualmente vigentes.

En cuanto a la alegación que la permisionaria no posee los derechos para modificar o intervenir el material exhibido, según los contratos suscritos, indica 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 relación a las imposibilidades técnicas que aduce la recurrente para inspeccionar y vigilar el contenido, asegura que no son atendibles en función del citado artículo 13°, inciso segundo de la Ley 18.838.

Respecto de la revisión previa del contenido a exhibir, refiere que la forma de precaver que un contenido inapropiado para una audiencia infantil se exhiba dentro del horario de protección, es una materia que deberá determinar la permisionaria. Si estima que no puede revisar ex ante toda la oferta programática, debería adoptar otras medidas que permitiesen que un material de tales características no sea exhibido dentro de dicho horario.

De otro lado, alega que la entrega de mecanismos de control parental no exime de responsabilidad infraccional a la permisionaria, lo que ha sido reafirmado por la jurisprudencia.

En cuanto a la alegación del tiempo transcurrido entre la emisión de la película fiscalizada y la notificación de los cargos formulados a la permisionaria, expresa que solo pasaron poco más de dos meses, tiempo ajustado a los estándares de los procedimientos administrativos sancionatorios en Chile.

Alega que la permisionaria 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, citando fallos en los que esta Corte, revisando la legalidad de las sanciones de multa, impuestas por el CNTV a CLARO, precisamente por transmitir una película calificada como para mayores de 18 años por el Consejo de Calificación Cinematográfica, cuyos contenidos ponían en riesgo la formación de los menores de edad.



Finalmente sostiene la improcedencia de la rebaja de la multa y que ésta es proporcional a la infracción cometida.

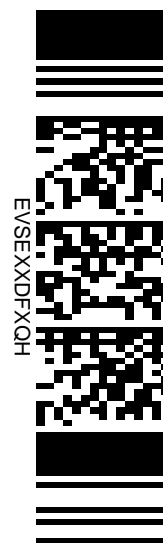
TERCERO: Que, según fluye de los antecedentes, no están discutidos los hechos esenciales en los que se sustenta o apoya la sanción no está discutida por la recurrente, pues esta construye su defensa en aspectos o extremos que no ponen en entredicho ese núcleo fundamental.

CUARTO: Que, por ende, resulta indiscutido que el 20 de octubre de 2022, la recurrente transmitió a partir de las 19:07 horas, esto es, en horario de protección, a través de la señal A&E la película “Monster- Asesina en serie”, a pesar de que la misma se encuentra calificada por el órgano competente –Consejo de Calificación Cinematográfica- no apta para menores de 18 años.

QUINTO: Que precisamente por lo dicho no se advierte la pretendida vulneración del debido proceso, dado que los argumentos que sustentan la impugnación permiten concluir que no existen hechos objeto de debate, que sean de carácter sustancial y pertinente que justifiquen la recepción de la causa a prueba.

SEXTO: Que, de otro lado, cabe señalar también que, cumpliendo con el mandato constitucional, el artículo 1 de la ley 18.838 señala que este Consejo “... *Para los efectos de velar por el correcto* Consejo de Calificación Cinematográfica un riesgo en la formación de su sano desarrollo espiritual y afectivo, considerando que su protección debe constituir una finalidad primordial de aquellos que ejercen funciones públicas o que administran recursos con una función social. Sin embargo, antes por el contrario, en la conducta sancionada se evidencia la potencial conculcación de los derechos a la integridad física y psíquica de los NNA y su natural desenvolvimiento, sin que resulte relevante la circunstancia de que debían encontrarse acompañados por adultos al visualizar las imágenes o que la incidencia numérica es escasa, pues objetivamente la entidad comunicacional contravino las prohibiciones que pesaban sobre ella tanto a nivel legal como reglamentario.

En este mismo sentido, esta Corte ha razonado que en la normativa internacional e incluso por el mismo CNTV, el estándar de protección general aplicable en el ejercicio del derecho a emitir opinión e informar cuando se encuentran involucrados niños, para así resguardar sus derechos



fundamentales, en los términos en que éstos son consagrados por la Convención sobre los Derechos del Niño y que en el mismo sentido, cualquier exhibición por medios de difusión pública, debe ser siempre en aras del interés superior del menor para efectos de garantizar su bienestar físico y psíquico; siendo deber de la sociedad y del Estado proteger y resguardar adecuadamente dichos derechos. (Roles 575-2018, 313-2019, 374- 2020, entre otros).

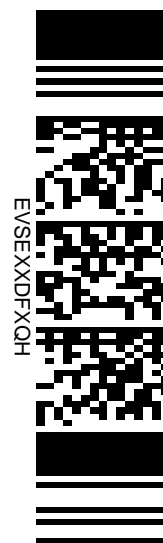
En concordancia con lo expuesto, el artículo 3 N° 1 de la Convención sobre Derechos del Niño, señala que *“en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*. Norma que consagra el deber de los Estados y de todas las instituciones de velar por el interés superior del niño, que debe entenderse como la mayor realización espiritual y material de los niños, niñas y adolescentes y el respeto a sus derechos fundamentales.

Teniendo como parámetro mínimo los derechos garantizados por la Convención sobre los Derechos del Niño y la Constitución Política del Estado. En el presente caso, la protección de su integridad psíquica y poder desarrollarse espiritual y materialmente.

En el mismo sentido, el artículo 17 letra e), de la misma convención, prescribe que los Estados *“promoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar, teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos 13 y 18”*.

SÉPTIMO: Que, asimismo, la proyección de lesividad, aunado a lo dicho, la potestad administrativa la ejerce el recurrido respecto de los servicios de televisión y estos deben ajustar su acción a los valores que el artículo 1° de la ley 18.834 establece, de manera que la vulneración se entiende consumada por el solo hecho de incurrir en la conducta proscrita, pues esa es la única interpretación que permite el resguardo de los intereses involucrados en la normativa.

OCTAVO: Que todo lo señalado, permite además desvirtuar la alegación de imposibilidad de incurrir en las conductas imputadas por ostentar la calidad de operador del sistema y su imposibilidad de modificar la



E\5EXDXDFXQH

programación, tal como se desprende con toda claridad de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 13 de la ley 18.838, que expresamente señala: “*Los concesionarios de servicios de radiodifusión televisiva de libre recepción y permisionarios 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*”. Conforme a ello, Claro es responsable directa del contenido audiovisual emitido por su intermedio;

NOVENO: Que finalmente, en cuanto a la entidad de la multa, debe recordarse que el artículo 33 de la ley 18.838 contempla un catálogo de sanciones de aplicación gradual, conforme a la gravedad de la conducta, la que en el caso de autos emana de la circunstancia de haber puesto el permisionario en situación de riesgo un bien jurídico particularmente sensible, como resulta ser el normal desarrollo de la personalidad de los menores de edad, pudiendo comprometer con ello su bienestar e interés superior, considerando que se trata de un emisora con cobertura nacional, en que por lo demás las consecuencias de su actuar eran perfectamente previsibles. Por ello, al tenor de lo dispuesto en el artículo 2° N° 1 de la Resolución N° 610 del año 2021, sobre Adecuación de Normas Generales para la Aplicación de la Sanción de Multa, en relación al artículo 33 N° 2 de la ley 18.838, la autoridad procedió a calificar la infracción cometida como de carácter leve y que se procedió a aplicar la multa dentro del rango mínimo.

Por estas razones, **SE CONFIRMA** la resolución recurrida que se contiene en el Ordinario N° 339/2023 dictada por el Consejo Nacional de Televisión de fecha 24 de mayo de 2023, que impuso a la recurrente la sanción de multa de 21 Unidades Tributarias Mensuales.

Regístrese y comuníquese.

N° Contencioso Administrativo-361-2023

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





EYSEXDXFXQH

EYSEXDXFXQH

Pronunciado por la Séptima Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago integrada por Ministro Antonio Ulloa M., Ministro Suplente Sergio Guillermo Cordova A. y Abogado Integrante Oscar Torres Z. Santiago, tres de octubre de dos mil veintitrés.

En Santiago, a tres de octubre 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 03 de septiembre de 2023, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>