

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR, INCOADO A LIBERTAD DIGITAL S.A., POR EL INCUMPLIMIENTO DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 4.2 DE LA LEY 7/2010, DE 31 DE MARZO, GENERAL DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL

SNC/DTSA/087/18/ESRADIO

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Benigno Valdés Díaz

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 13 de septiembre de 2018

Vista la Propuesta de resolución del instructor, junto con las alegaciones presentadas y el resto de actuaciones practicadas en el expediente sancionador de referencia, la SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia acuerda lo siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Diligencias previas

En el ejercicio de las facultades de inspección y supervisión previstas en el artículo 9 de la Ley 3/2013, de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, constató que LIBERTAD DIGITAL, S.A. (Libertad Digital), en su cadena esRadio, en el programa “Es la mañana de Federico” emitido con fecha 6 de abril de 2018, había podido vulnerar lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (LGCA), al haber emitido en dicha fecha un conjunto de declaraciones que podrían ser susceptibles de incitar al odio por razón de la nacionalidad.

SEGUNDO.- Incoación del procedimiento sancionador

Con fecha 21 de junio de 2018, y a la vista de los anteriores precedentes, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC acordó la incoación del presente procedimiento sancionador (folios 35 a 40 del expediente administrativo), por

entender que Libertad Digital, en su cadena esRadio, en el programa “Es la mañana de Federico”, en su emisión de 6 de abril de 2018 entre las horas 08:24:20 y 08:25:45, habría podido infringir lo dispuesto en el artículo 4.2 de la LGCA, al haber emitido declaraciones que podrían ser susceptibles de incitar al odio y a la discriminación por razón de la nacionalidad.

El acuerdo de incoación fue notificado a Libertad Digital el 22 de junio de 2018 (folios 41 a 44). En el mismo se le otorgaba un plazo de diez días para la presentación de alegaciones, documentos e informaciones y proponer pruebas, en su caso.

TERCERO. – Solicitud de acceso al expediente y ampliación de plazo para presentar alegaciones

Con fecha 6 de julio de 2018, tuvo entrada en el registro de esta Comisión un escrito de Libertad Digital por el que solicitaba copia del expediente, así como una ampliación del plazo para presentar alegaciones (folios 45 a 52).

Con fecha 12 de julio de 2018, se procedió a proporcionar las copias de la documentación obrante en el expediente a Libertad Digital (folio 61).

Asimismo, por escrito de 9 de julio de 2018, se le concedió una ampliación del plazo por tiempo máximo de 5 días para presentar alegaciones (folio 53). Este escrito fue notificado a Libertad Digital con fecha 10 de julio de 2018 (folio 54 a 56).

CUARTO. - Alegaciones de Libertad Digital al acuerdo de incoación

Tras acceder al expediente y conceder el instructor una ampliación del plazo, Libertad Digital presentó un escrito de alegaciones el día 16 de julio de 2018 (folios 62 a 71), en el que, sucintamente, manifiesta:

- Que las declaraciones efectuadas por el locutor son el resultado del ejercicio legítimo del derecho fundamental a la libertad de expresión, recogido en el artículo 20 de la Constitución Española, respecto del cual no se han rebasado límites ni intrínsecos ni extrínsecos.
- Que las declaraciones del periodista son una crítica a una decisión judicial y política de un tribunal y de la Ministra de Justicia alemana, que no contienen insultos ni expresiones vejatorias.
- Que la emisión se realizó en directo, improvisando y sin sujeción a un guion escrito.
- Que las declaraciones se efectúan por el periodista D. Federico Jiménez Losantos, cuya línea editorial a la hora de expresarse y hacer críticas es perfectamente conocida por la generalidad de la opinión pública.

- Que se produce una situación de indefensión, al no respetarse la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa, y debido a que el interesado no tuvo acceso, a priori, a otros antecedentes del expediente.
- Que se acuerde el archivo del procedimiento sancionador

Asimismo, Libertad Digital solicita que se incorporen al expediente administrativo copia de una serie de documentos relativos a artículos de opinión de distintas fuentes periodísticas a efectos probatorios.

QUINTO. - Incorporación de documentación al expediente y no apertura de periodo de prueba

Con fecha 3 de agosto de 2018, se comunicó a Libertad Digital la incorporación de los artículos de prensa solicitados en su escrito de alegaciones de 16 de julio al presente procedimiento sancionador (folios 87 a 205). Asimismo, se comunicó al operador la no apertura del periodo de prueba solicitado, por no ser necesario para llevar a cabo la incorporación de la documentación referida (folio 86).

El citado escrito fue notificado a Libertad Digital con fecha 3 de agosto de 2018 (folios 206 a 208).

SEXTO. - Propuesta de resolución

Con fecha 3 de agosto de 2018, el instructor formuló la propuesta de resolución del presente procedimiento (folios 72 a 85), en la que se proponía:

“PRIMERO. - Que se declare a LIBERTAD DIGITAL, S. A., responsable de la comisión de una infracción administrativa leve por haber emitido, en el programa ‘Es la mañana de Federico’ del 6 de abril de 2018, manifestaciones susceptibles de incitar al odio por razón de nacionalidad, incumpliendo con ello lo dispuesto en el artículo 4.2 en relación a lo dispuesto en el artículo 59.2 de la Ley 7/2010.

SEGUNDO. - Siendo dicha infracción, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 59.2 de la citada Ley 7/2010, susceptible de ser calificada como de carácter leve, se estima pertinente, atendiendo a los criterios de graduación establecidos en el artículo 29 de la Ley 40/2015, así como los específicamente indicados en el artículo 60, números 3 y 4, de la LGCA, proponer como sanción la imposición una multa de 17.000 € (diecisiete mil euros).”

Dicha propuesta de resolución fue notificada a Libertad Digital el 3 de agosto de 2018 (folios 206 a 208).

SÉPTIMO. - Alegaciones de Libertad Digital a la propuesta de resolución

Con fecha 20 de agosto de 2018, ha tenido entrada en el registro de esta Comisión un escrito de Libertad Digital por el que presenta alegaciones a la

propuesta de resolución (folio 209 a 222), en el que, además de reiterar las alegaciones realizadas con anterioridad, sucintamente, manifiesta:

- Que la propuesta de resolución lesiona su derecho al recurso, por haberse producido antes del transcurso del plazo para la impugnación del acuerdo de incoación.
- Que la imposición de la sanción propuesta supondría una lesión del derecho fundamental a la libertad de expresión, pues la Administración no justifica cómo se han rebasado los límites en el ejercicio del derecho.
- Que las declaraciones no tienen por objeto incitar al odio por razón de nacionalidad, ni se emitieron con dicha intención.
- Que el comportamiento objeto del procedimiento no es susceptible de ser sancionado por el tipo que se propone, pues es una conducta atípica.
- Que el procedimiento adolece de una serie de vicios de forma que provocan indefensión, y se ha vulnerado el principio de presunción de no existencia de responsabilidad administrativa, al prejuzgar el acuerdo de incoación el fondo del asunto.
- Que Libertad Digital no puede ser declarado responsable por las declaraciones objeto del procedimiento, y no concurre ninguna de las circunstancias previstas en la normativa para graduar la sanción.

OCTAVO. - Finalización de la instrucción y elevación del expediente a la Secretaría del Consejo

Por medio de escrito de fecha 21 de agosto de 2018, la instrucción ha remitido a la Secretaría del Consejo de la CNMC la Propuesta de Resolución junto con el resto de documentos y alegaciones que conforman el expediente administrativo, debidamente numerado, en los términos previstos en el artículo 89 de la LPAC (folio 226).

NOVENO. - Informe de la Sala de Competencia

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.2 a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (LCNMC) y del artículo 14.2.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto (Estatuto Orgánico de la CNMC), la Sala de Competencia de la CNMC acordó informar favorablemente y sin observaciones el presente procedimiento (folio 228).

HECHOS PROBADOS

De acuerdo con las actuaciones practicadas durante la instrucción del procedimiento que constan en el expediente, cabe considerar probados los hechos siguientes:

ÚNICO. – Libertad Digital, en su cadena esRadio, ha emitido expresiones susceptibles de incitar al odio y a la discriminación por razón de la nacionalidad

Como consta acreditado en el expediente administrativo, que incluye la grabación de la emisión, Libertad Digital emitió el día 6 de abril de 2018, en su cadena esRadio, en el programa “Es la mañana de Federico”, entre las horas 08:24:20 y 08:25:45, declaraciones susceptibles de incitar al odio por razón de la nacionalidad, a propósito de las actuaciones judiciales llevadas a cabo por el poder judicial alemán en relación con Carles Puigdemont.

En particular, conforme a la grabación de la emisión y la transcripción de la mismas, que se incluye a continuación, se considera probado que el periodista Federico Jiménez Losantos, que conduce el programa informativo “Es la mañana de Federico”, que se emite de lunes a viernes de 6 a 12 horas, utilizó, en la fecha indicada, expresiones dentro de un discurso general de queja, protesta, humillación e indignación, que pueden incitar al odio y a la discriminación por razón de nacionalidad.

Se incluye a continuación la transcripción del contenido emitido:

TRASCIPCIÓN DEL CONTENIDO EMITIDO	
	<p>(...) “Bueno, vamos a ver a corto plazo cuál es la batalla, jurídica, judicial, que es política, porque repito, la bofetada que le dio ayer la Unión Europea a España no se la ha dado a nadie. A ningún país de la Unión Europea se le ha dado nunca, jamás, y es no entender la gravedad de lo pasado ehhh..., si no se entiende esa gravedad es imposible, los remedios que son necesarios para que no se vuelva a repetir o, mejor dicho, para que el que la ha hecho la pague... es decir, para que Alemania sepa, que es un país partido por la mitad, sepa que en España no se le va a perdonar. Dirán ustedes, ¡joy! el ratón le... ¡huy! el ratón al gato le puede hacer toda clase de fechorías, toda clase de fechorías. En Baleares, ¡todas! En Baleares hay como doscientos mil alemanes de rehenes. ¿En Baviera?, bueno en Baviera pueden empezar a estallar cervecerías. Ya... ¿pero Usted que propone, una acción? Naturalmente, naturalmente, nos han abofeteado, nos han dado una patada en los dídimos, nos han dicho que no tenemos derecho a un Estado, que no tenemos Constitución, que no somos un país con Ley, que no tenemos fronteras, ¡pues claro que hay que reaccionar! Pero naturalmente, en fin...</p>

Se ha unido al expediente copia en CD, proporcionada por la empresa KANTAR MEDIA, del programa “Es la mañana de Federico”, emitido el día 6 de abril de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Habilitación competencial de la Comisión para resolver el presente procedimiento sancionador y legislación aplicable

De conformidad con el artículo 9 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (LCNMC) *“La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia supervisará y controlará el correcto funcionamiento del mercado de comunicación audiovisual.”*

Y en el apartado cuarto de dicho artículo se prevé que, en particular, ejercerá las funciones de *“Supervisar la adecuación de los contenidos audiovisuales con el ordenamiento vigente y los códigos de autorregulación en los términos establecidos en el artículo 9 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo.”*

Por otro lado, el artículo 29.1 de la misma ley señala que la CNMC ejercerá la potestad de inspección y sanción de acuerdo con lo previsto, entre otros, en el Título VI de LGCA.

Según el artículo 29.2 de la LCNMC, *“[p]ara el ejercicio de la potestad sancionadora, se garantizará la debida separación funcional entre la fase instructora, que corresponderá al personal de la dirección correspondiente en virtud de la materia, y la resolutoria, que corresponderá al Consejo”*.

En consecuencia y atendiendo a lo previsto en los artículos 25.1.b) de la LCNMC y 18.1 y 21.b) y 22 del Estatuto Orgánico de la CNMC aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, la instrucción de los procedimientos sancionadores corresponde a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual. La resolución de dichos procedimientos corresponde a la Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la CNMC, tal y como prevén el artículo 14.1.b) de su Estatuto Orgánico y los artículos 20.1 y 21.2 de la LCNMC.

Son de aplicación al presente procedimiento la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (LGCA); Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC); la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP); la LCNMC, y el Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto.

SEGUNDO. - Objeto del procedimiento sancionador

El objeto del presente procedimiento sancionador consiste en determinar si Libertad Digital, por los contenidos emitidos en su cadena esRadio, en el

programa “Es la mañana de Federico” emitido el día 6 de abril de 2018, entre las horas 08:24:20 y 08:25:45, ha vulnerado lo dispuesto en el artículo 4.2 de la LGCA, al incluir contenidos que puedan incitar al odio por razón de nacionalidad.

TERCERO. - Tipificación de los hechos probados

El presente procedimiento sancionador se inició contra Libertad Digital ante la posible comisión de una infracción tipificada en el artículo 59.2 de la LGTel, que califica como infracción leve *“el incumplimiento del resto de deberes y obligaciones establecidas en esta Ley, que no están tipificados como infracciones graves o muy graves”*, en relación con lo dispuesto en el artículo 4.2 del mismo texto legal, según el cual *“La comunicación audiovisual nunca podrá incitar al odio o a la discriminación por razón de género o cualquier circunstancia personal o social y debe ser respetuosa con la dignidad humana y los valores constitucionales, con especial atención a la erradicación de conductas favorecedoras de situaciones de desigualdad de las mujeres”*.

En virtud de lo establecido en el artículo 27 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), que consagra el principio de tipicidad, es necesario analizar si de los contenidos emitidos en la cadena esRadio el día 6 de abril de 2018, entre las 08:24:20 y las 08:25:45 horas, en el programa “Es la mañana de Federico”, puede inferirse que se ha vulnerado lo dispuesto en el artículo 4.2 de la LGCA, al incluir contenidos que puedan incitar al odio por razón de nacionalidad.

Con esta finalidad, se procede a examinar la normativa al respecto, para posteriormente analizar la tipificación de las prácticas desarrolladas por Libertad Digital.

3.1 Sobre la normativa aplicable y los conflictos entre derechos

El artículo 4.2 de la LGCA señala que *“La comunicación audiovisual nunca podrá incitar al odio o a la discriminación por razón de género o cualquier circunstancia personal o social y debe ser respetuosa con la dignidad humana y los valores constitucionales, con especial atención a la erradicación de conductas favorecedoras de situaciones de desigualdad de las mujeres”*.

Como reconoce la sentencia del Tribunal Supremo número 846/2015, de 30 de diciembre de 2015, en todas las infracciones relativas a la libertad de expresión subyace un conflicto entre dicha libertad y el interés protegido por la norma, por lo que se trata de un problema de equilibrios y ponderación que no admite respuestas simplistas. Es por ello que el debate ha de llevarse a cabo en concreto y no en abstracto, esto es, si se han respetado las limitaciones marcadas por la normativa.

El Tribunal Constitucional define el derecho a la libertad de expresión como la garantía constitucional a la libre expresión de ideas u opiniones amparada por el artículo 20 de la Constitución Española (CE), que protege la libertad de expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio. La libertad de expresión, como pilar fundamental del estado democrático y social de derecho, en tanto que cauce del principio democrático participativo, posibilita la expresión de opiniones que pueden desagradar profundamente a otros, que difieren de su manera de ser o pensar, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática¹.

Ahora bien, la libertad de expresión e ideológica no son derechos absolutos e ilimitados, sino que están limitados², por lo que determinadas conductas no pueden quedar amparadas por este derecho fundamental pues chocan con otros derechos fundamentales que deben ser respetados: el derecho a la dignidad (artículo 10 de la CE) y el derecho a la igualdad y no discriminación (artículo 14 de la CE), entre otros. En el caso de la comunicación audiovisual, como se ha señalado, el artículo 4.2 de la LGCA protege especialmente estos derechos frente a la libertad de expresión.

El Tribunal Constitucional, en innumerables sentencias, ha establecido como sistema de resolución de este tipo de conflictos la ponderación entre derechos en el asunto concreto, con el objetivo de determinar cuál debe prevalecer, pues, como han declarado, no es posible establecer a priori un orden absoluto de prelación entre derechos.

A modo de ejemplo, la sentencia del Tribunal Constitucional número 51/2008, de 14 de abril, afirma que *“en los conflictos entre particulares que afectan al art. 18.1 CE, la concurrencia de otros derechos fundamentales y el carácter no absoluto, sino principal y, por lo tanto, apriorístico, de todos ellos hacen de la ponderación judicial el método interpretativo materialmente empujado para resolver dichos conflictos, otorgando prevalencia a uno de ellos a la luz de las circunstancias del caso”*;

Por su parte, la sentencia del Tribunal Constitucional número 235/2007, señala que el artículo 20.1 de la CE ofrece cobertura a las opiniones subjetivas e interesadas sobre determinados hechos históricos, por muy erróneas o infundadas que resulten siempre que no supongan un menosprecio a la dignidad de las personas o un peligro cierto para la convivencia pacífica entre todos los ciudadanos. Sin embargo, la sentencia del Tribunal Constitucional

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional nº 174/2006, de 5 de junio, entre muchas otras.

² Sentencia del Tribunal Constitucional 2/1982 (fj. 5º) : *“En efecto no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites (...) que en algunas ocasiones establece la Constitución por sí misma mientras en otras deriva de manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos”*.

número 214/1991³, de 11 de noviembre, en su Fundamento 8, el Tribunal manifiesta que *“ni la libertad ideológica (art. 16 C.E.) ni la libertad de expresión (art. 20.1 C.E.) comprenden el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, puesto que, tal como dispone el art. 20.4, no existen derechos ilimitados y ello es contrario no sólo al derecho al honor de la persona o personas directamente afectadas, sino a otros bienes constitucionales como el de la dignidad humana (art. 10 C.E.), que han de respetar tanto los poderes públicos como los propios ciudadanos, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 9 y 10 de la Constitución. La dignidad como rango o categoría de la persona como tal, del que deriva y en el que se proyecta el derecho al honor (art. 18.1 C.E.), no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias. El odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que sólo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos.”*

La LGCA se sitúa precisamente en la frontera entre libertad de expresión y respeto a los derechos de terceros, pues se refiere, en su artículo 4.2, a la imposibilidad de que la comunicación audiovisual, amparada en esa libertad de expresión, incite al odio o a la discriminación por razón de género o cualquier otra circunstancia personal o social. Asimismo, el artículo 14 de la CE prohíbe la discriminación por razón de nacimiento y raza, entre otros. Con lo cual, el bien jurídico protegido por el artículo 4.2 de la LGCA sería, en particular, la dignidad, junto con la igualdad.

Por otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha señalado en reiteradas ocasiones que la libertad de expresión extiende su cobertura al llamado discurso ofensivo o impopular, es decir, a aquellas ideas no sólo *“favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también aquellas otras que chocan, ofenden o inquietan al Estado o una fracción cualquiera de su población”*, pues así lo exigen el pluralismo, la tolerancia y la apertura propios de una sociedad democrática (SSTEDH. Handyside (TEDH 1976, 6), Lingens (TEDH 1986, 8), Günduz (TEDH 2003, 81)). Estas consideraciones llevan a la necesidad de distinguir entre el llamado discurso del odio, que no está protegido, generalmente, por la libertad de expresión, y el discurso ofensivo o impopular, sí protegido por la misma, sin que exista claramente la línea divisoria entre un tipo y otro de discurso. La diferenciación es, por lo general, casuística, de modo que en el discurso del odio se incluyen la apología del terrorismo y del genocidio, el negacionismo, el discurso discriminatorio de ciertos colectivos, y el discurso xenófobo. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en aplicación del apartado segundo del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, viene considerando que la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado “discurso del odio”, esto es, a aquél desarrollado en términos que

³ BOE núm. 301, de 17 de diciembre de 1991.

supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular⁴.

En conclusión, de la normativa aplicable y de la jurisprudencia se desprende que la libertad de expresión no es un derecho absoluto, sino que encuentra sus límites en la protección de otros bienes jurídicos como la dignidad y la igualdad. En particular, el discurso que inste al odio o a la discriminación contra determinados colectivos no está amparado por esta libertad, y es sancionable conforme al artículo 4.2 de la LGCA.

Finalmente, se señala que esta Comisión ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre estas cuestiones en la Resolución que puso fin al procedimiento sancionador SNC/D TSA/032/18, Resolución de 31 de mayo de 2018 del procedimiento sancionador incoado contra REVELATION TV EUROPE S.L por incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo.

3.2 Sobre la conducta de Libertad Digital

Teniendo en cuenta lo expuesto en el apartado anterior, es preciso valorar si, en el presente caso, se ha producido una incitación al odio o a la discriminación en los términos previstos en el artículo 4.2 de la LGCA, es decir, si la intervención del locutor tiene calado potencial para generar por sí sola un clima de hostilidad hacia los ciudadanos alemanes.

Como se ha puesto de manifiesto en el apartado Hechos Probados, las declaraciones del locutor, esencialmente quejas, se centran en el, a su juicio, desprecio del tribunal alemán hacia España y por extensión a sus ciudadanos, expresando su frustración y su deseo de que la afrenta sea devuelta, si bien este último extremo desde una inadecuada perspectiva que puede hacer incluso referencia vagamente a actuaciones indeseablemente violentas contra el colectivo de ciudadanos alemanes.

En este sentido, tras el análisis de la intervención, se concluye que:

- El locutor utiliza expresiones dentro de un discurso general de queja, protesta, humillación e indignación, y expone la necesidad de reaccionar enérgicamente contra la decisión del poder judicial alemán.
- Dichas expresiones son susceptibles de incitar al odio y a la discriminación por razón de la nacionalidad, en este caso alemana. Ello se desprende de expresiones tales como *“La bofetada que le dio ayer la Unión Europea a España no se la ha dado nadie (...) los remedios que son necesarios para que no se vuelva a repetir, o, mejor dicho, para que el que la ha hecho la pague...es decir, para que Alemania sepa, que es*

⁴ Por todas, Sentencia Ergogdu e Ince c. Turquía, de 8 de julio de 1999 (TEDH 1999, 97).

*un país partido por la mitad, sepa que en España no se le va a perdonar (...)” o “¿En Baviera? Bueno en Baviera pueden empezar a estallar cervecerías. Ya ... **¿pero Usted propone, una acción? Naturalmente, naturalmente, nos han abofeteado, nos han dado una patada en los dídimos, nos han dicho que no tenemos derecho a un Estado, que no tenemos Constitución, que no somos un país con Ley, que no tenemos fronteras, ¡pues claro que hay que reaccionar!** (...)”.* Estas expresiones incluyen declaraciones irrespetuosas que pueden incitar a actuar en contra de un colectivo, el de los ciudadanos alemanes.

En conclusión, la intervención se revela como una expresión desafortunada que tiene calado potencial para generar por sí sola un clima de hostilidad hacia la ciudadanía alemana.

De esta forma, la emisión de contenidos que fomenten el odio o la discriminación por razón de género o cualquier circunstancia personal o social, como los objetos de análisis, infringen lo establecido en el artículo 4.2 de la LGCA.

Esta conducta puede calificarse como una infracción en virtud del tipo previsto en el artículo 59.2 de la LGCA, que tipifica como infracción leve “*el incumplimiento del resto de deberes y obligaciones establecidas en esta Ley, que no están tipificadas como infracciones graves o muy graves*”.

No obstante, no puede considerarse que dicho comportamiento constituya una infracción muy grave, prevista en el artículo 57.1 de la LGCA, que tipifica como infracción muy grave “*la emisión de contenidos que de forma manifiesta fomenten el odio, el desprecio o la discriminación por motivos de nacimiento, raza, sexo, religión, nacionalidad, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social*”. Y ello porque no se cumple, en el presente caso, el requisito de que dichas emisiones fomenten el odio *de manera manifiesta* hacia los ciudadanos alemanes como colectivo. Así, para que el fomento sea de carácter manifiesto, no basta con expresiones inconcretas, vagas o genéricas dentro de un discurso cuyo mensaje esencial no sea la promoción activa de ese tipo de conductas, aunque incluya declaraciones que pueden ser reprochables o inaceptables.

En conclusión, de la instrucción del presente procedimiento ha podido constatarse que el prestador de servicio audiovisual Libertad Digital ha incumplido lo dispuesto en el artículo 4.2 de la LGCA al emitir, en la emisora y programa anteriormente señalados, declaraciones irrespetuosas que pueden incitar al odio contra un colectivo, el de los ciudadanos alemanes, por razón de su nacionalidad.

Esta conducta constituye una infracción administrativa leve tipificada en el artículo 59.2 de la LGCA.

3.3 Alegaciones de Libertad Digital a la tipicidad

En sus alegaciones, Libertad Digital, en lo relativo a la tipicidad de la conducta, señala lo siguiente:

- i. Que la imposición de la sanción propuesta supondría una lesión del derecho fundamental a la libertad de expresión, pues la Administración no justifica cómo se han rebasado los límites en el ejercicio del derecho.
- ii. Que las declaraciones no tienen por objeto incitar al odio por razón de nacionalidad, ni se emitieron con dicha intención.
- iii. Que el comportamiento objeto del presente procedimiento no es susceptible de ser sancionado por el tipo que se propone, pues es una conducta atípica.
- iv. Que el programa matinal se realizó en directo por parte del locutor, improvisando y sin sujeción a un guion concreto, propia de su línea editorial, de sobra conocida por la opinión pública.

Se proceden a analizar cada una de las alegaciones:

i. En lo relativo a la alegada lesión del derecho fundamental a la libertad de expresión, ya se ha hecho referencia de manera detallada tanto a la normativa como a la jurisprudencia relativa a la colisión entre los derechos de libertad de expresión y la protección de la igualdad y la dignidad, así como a la técnica de la ponderación como solución utilizada por la jurisprudencia nacional e internacional para solucionar tales colisiones. En este caso, la Administración argumenta de manera detallada la ponderación realizada, justificando el hecho de se consideren rebasados los límites para el ejercicio a la libertad de expresión, que precisamente se encuentran en el respeto a la dignidad humana y los valores constitucionales⁵, implicando la prohibición de discursos que inciten al odio o a la discriminación de determinados colectivos, y a la violencia contra los mismos.

En el presente caso, en la medida en que las declaraciones del locutor instan a “reaccionar” contra los alemanes, aunque lo haga de manera metafórica, y en el contexto de una protesta en un tono exaltado, suponen una incitación indirecta al fomento del odio contra los ciudadanos alemanes.

⁵ Procede remitirse nuevamente a la Resolución que puso fin al procedimiento sancionador SCN/D TSA/032/18 en el que se afirma que: “*El Tribunal Constitucional (TC) no ha considerado los derechos a la libertad ideológica (que incluye la religiosa y de culto) y a la libertad de expresión (artículos 16 y 20) como derechos absolutos, sino que están limitados por el respeto a la dignidad humana y al principio de igualdad.*”

Asimismo, Libertad Digital no ofrece ninguna justificación de su posición al respecto de los límites de los derechos mencionados.

ii. Libertad Digital también alega que las declaraciones no tuvieron por objeto incitar al odio por razón de la nacionalidad, ni se emitieron con dicha intención. Sin embargo, como se ha analizado, y más allá de la intención inicial del locutor, este utilizó expresiones irrespetuosas susceptibles de incitar a actuar en contra de un colectivo en razón de su nacionalidad, el de los ciudadanos alemanes.

Asimismo, en sus alegaciones, Libertad Digital realiza una interpretación a posteriori de las declaraciones controvertidas, señalando que estas se referían a las personas de nacionalidad alemana como “*víctimas de una errónea decisión de carácter judicial*”, por lo que el objeto de crítica era la decisión judicial y, alega, la Unión Europea, y no el colectivo de ciudadanos alemanes. No obstante, de la grabación y la transcripción de la misma que se incluyen en el expediente, se desprende claramente que la interpretación que ahora propone Libertad Digital no es acorde a las declaraciones efectivamente emitidas. Así, dichas declaraciones, como se viene reiterando, incitan a actuar contra el colectivo de ciudadanos alemanes a través de afirmaciones como “*El ratón al gato le puede hacer toda clase de fechorías, toda clase de fechorías. En Baleares ¡todas! En Baleares hay como doscientos mil alemanes rehenes. (...)*” o “*Pero usted propone una acción, naturalmente una acción (...)*”.

iii. Libertad Digital alega que el comportamiento objeto del presente procedimiento no es susceptible de ser sancionado por el tipo que se propone (59.2 de la LGCA), pues se trata de una conducta atípica.

En este sentido, la LGCA, en su Título VI, recoge el régimen sancionador, diferenciando entre infracciones muy graves (artículo 57), infracciones graves (artículo 58) e infracciones leves (artículo 59). Esta última disposición tipifica, como se ha analizado, como infracción leve el incumplimiento del “*resto de deberes y obligaciones establecidas en esta Ley, que no estén tipificadas como infracciones graves o muy graves*”. Asimismo, el artículo 27 de la LRJSP, que regula el principio de tipicidad, establece que sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley. De lo anterior se desprende que el principio de tipicidad queda satisfecho en el presente caso, al haberse incumplido lo dispuesto en el artículo 4.2 de la LGCA, y verse dicha conducta tipificada como infracción leve en el artículo 59.2 de la misma LGCA. La utilización de un tipo infractor de carácter “residual” no desvirtúa dicha conclusión, pues la propia ley lo prevé con la finalidad de sancionar vulneraciones de la misma no previstas de manera expresa, y ha sido utilizado por esta Sala con anterioridad⁶.

⁶ Expediente administrativo SNC/DTSA/032/18/REVELATION

iv. Finalmente, Libertad Digital, en sus alegaciones al acuerdo de incoación, señaló que el programa matinal se realizó en directo por parte del locutor, improvisando y sin sujeción a un guion concreto, propia de su línea editorial, de sobra conocida por la opinión pública. Sin embargo, estas alegaciones no constituyen hechos que por sí mismos puedan eximir a este locutor de incurrir en la vulneración del artículo 4.2 de la LGCA, dado el calado potencial que tienen sus palabras entre los oyentes. El hecho de que una infracción se cometa en directo, sin planificación previa y respondiendo a una línea editorial conocida, no priva a dicha conducta de su carácter infractor, ya que la norma no exige que concurra ninguna de esas circunstancias adicionales para determinar que dicha conducta sea sancionable.

CUARTO. - Responsabilidad en la comisión de la infracción

El artículo 28.1 de la LRJSP dispone que *“Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa”*.

Por otra parte, el artículo 61 de la LGCA señala que la responsabilidad administrativa por las infracciones de dicha ley es exigible al prestador del servicio de comunicación audiovisual.

En aplicación de lo anterior, la responsabilidad por la infracción del artículo 4.2 de la LGCA en relación con el artículo 59.2 de la misma ley debe atribuirse a la entidad Libertad Digital, S.A., por ser el operador del servicio de comunicación audiovisual autor de los hechos infractores que se consideran probados. No ha quedado acreditada en el expediente la existencia de circunstancia alguna que exima dicha responsabilidad.

En sus alegaciones a la propuesta de resolución, Libertad Digital argumenta que no tiene responsabilidad alguna por las declaraciones objeto del procedimiento. Sin embargo, no ofrece justificación alguna al respecto, por lo que esta alegación genérica debe ser rechazada.

QUINTO. - Alegaciones de Libertad Digital sobre defectos de forma del procedimiento

En sus alegaciones, Libertad Digital afirma que el presente procedimiento administrativo adolece de una serie de vicios de forma que le provocan indefensión. En particular, alega que: (i) existen dudas sobre si el procedimiento se ha iniciado de oficio por propia iniciativa de esta Comisión o a instancias del CAC⁷; (ii) no se ha admitido la prueba propuesta por Libertad

⁷ Consell de l'Audiovisual de Catalunya / Consejo del Audiovisual de Cataluña.

Digital; (iii) se ha modificado el objeto del procedimiento respecto del fijado en el acuerdo de incoación; (iv) la propuesta de resolución lesiona el derecho al recurso por haberse producido antes del transcurso del plazo para la impugnación del acuerdo de incoación; (v) se ha vulnerado el principio de presunción de no existencia de responsabilidad administrativa, al prejuzgar el acuerdo de incoación el fondo del asunto.

A continuación, se procede a analizar cada una de las alegaciones de Libertad Digital:

i. Respecto de la primera de las alegaciones sobre la incoación del procedimiento, Libertad Digital sostiene que existen dudas sobre si el procedimiento se ha iniciado de oficio por propia iniciativa de esta Comisión o a instancias del CAC, lo cual le produce indefensión.

Como se señaló en el acuerdo de incoación, y se ha reiterado en la propuesta de resolución, el presente procedimiento ha sido iniciado de oficio por esta Comisión, por los motivos expuestos en ambos trámites del expediente. Así, Libertad Digital ha tenido la oportunidad de presentar alegaciones a los argumentos esgrimidos por esta Comisión a lo largo del procedimiento, conforme al artículo 76 y 82 de la LPAC, habiendo quedado garantizados tanto el trámite de alegaciones como la audiencia, por lo que no se ha producido indefensión al interesado, que ha tenido la oportunidad de expresar su parecer respecto de los argumentos utilizados por esta Comisión a lo largo de todo el procedimiento, habiéndose conferido igualmente las ampliaciones de plazo solicitadas.

Por otra parte, el escrito del CAC al que hace referencia Libertad Digital, ha sido incorporado al expediente administrativo (folios 29 a 33), formando parte de este como cualquier otro documento del mismo, y habiéndose hecho una entrega de dicho escrito a Libertad Digital para su conocimiento.

A mayor abundamiento se señala que, tanto la propuesta de resolución, como la presente resolución realizan una valoración jurídica de los hechos diferente, por lo que, a diferencia de lo alegado por Libertad Digital, esta Comisión no ha quedado vinculada en ningún extremo del procedimiento por el escrito del CAC. El criterio de esta Comisión se fundamenta exclusivamente en los argumentos jurídicos expuestos y frente a los que Libertad Digital, como se ha reiterado, ha tenido la posibilidad de alegar a lo largo del procedimiento.

Por otra parte, no se acierta a comprender en qué medida la incorporación del mencionado escrito al expediente afecta, como alega Libertad Digital, al principio de separación entre el órgano instructor y el órgano decisorio del procedimiento, principio que ha quedado garantizado en el procedimiento, como se expresa en el apartado Primero de estos Fundamentos de Derecho.

Así, esta alegación debe ser rechazada.

ii. En segundo lugar, Libertad Digital alega que no se ha admitido la prueba propuesta por la entidad.

A este respecto, Libertad Digital solicitó, en escrito de fecha 16 de julio de 2018, que se incorporaran como prueba distintos artículos de prensa escrita que, según la entidad, evidencian el clima de duras críticas generalizadas contra la decisión judicial alemana a propósito de la cual el locutor vierte sus opiniones en el presente procedimiento. En virtud de su petición, por escrito de fecha 3 de agosto de 2018, la instrucción procedió a incorporar los mencionados documentos al expediente (folios 87 a 205). En dicho escrito se informó a Libertad Digital de que no se procedía a abrir el periodo de prueba recogido en el artículo 77 de la LPAC por no ser necesario, al incorporarse a través de dicho acto los artículos de prensa citados en las alegaciones tercera y sexta de su escrito de Alegaciones, y tener esa incorporación el mismo efecto legal.

De este modo, esta alegación carece de fundamento.

En lo que se refiere a la valoración de los mencionados documentos, como ya se ha señalado, no se puede considerar que los mismos tengan un carácter probatorio, dado que no se está valorando en el presente procedimiento la relevancia informativa de los hechos a los que hacen referencia las declaraciones objeto de análisis, ni las distintas opiniones que la declaración judicial ha propiciado. El objeto de este procedimiento sancionador es el de valorar las opiniones emitidas en el programa “Es la mañana de Federico” de 6 de abril de 2018, en las que, tras las actuaciones realizadas y por los motivos recogidos en la presente resolución, se ha podido constatar que se ha incurrido en una infracción administrativa del artículo 4.2 de la LGCA, por tratarse de contenidos que pueden incitar al odio por razón de la nacionalidad.

iii. En tercer lugar, Libertad Digital sostiene que se ha modificado el objeto del procedimiento respecto del fijado en el acuerdo de incoación. Señala Libertad Digital que la sanción se refiere a unos hechos más amplios que aquellos por los que se incoó el expediente. Y ello porque en la transcripción de las declaraciones del locutor incorporada a la propuesta de resolución, se incluyeron una serie de comentarios que el locutor hizo antes de emitir las declaraciones objeto de sanción, y ello con la finalidad de contextualizar y ubicar al lector en las mismas, si bien en la propia propuesta se señala de forma clara cuáles son las expresiones concretas que son susceptibles de incitar al odio y sancionables. En este sentido, y como se ha venido argumentando a lo largo de esta resolución, la sanción que se impone se refiere a las declaraciones realizadas en el canal esRadio, en el programa “Es la mañana de Federico”, el día 6 de abril de 2018 entre las 08:24:20 y las 08:25:45 horas. La transcripción de las declaraciones se contiene en la presente resolución y al expediente se adjunta la grabación de las mismas.

Libertad Digital alega también que se han incurrido en desviación de poder. Como señala el artículo 70 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, “*Se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico*”. Como ha quedado acreditado a lo largo del expediente, los argumentos utilizados por esta Comisión en ejercicio de su potestad sancionadora están basados exclusivamente en derecho, y persiguen satisfacer los intereses protegidos por la normativa, en particular, por la LGCA, por lo que carece de sentido reiterar nuevamente la posición de la Comisión en este sentido.

iv. En cuarto lugar, Libertad Digital alega que la propuesta de resolución lesiona el derecho al recurso por haberse producido antes del transcurso del plazo para la impugnación del acuerdo de incoación. Sin embargo, el derecho a utilizar los medios de defensa admitidos por el Ordenamiento Jurídico, recogido en el artículo 53 de la LPAC, no ha sido vulnerado, pues, como se señala en la presente resolución, Libertad Digital tiene la posibilidad de interponer recurso contencioso-administrativo contra la misma, impugnando ante dicha jurisdicción los extremos con los que discrepe respecto de la argumentación expuesta por esta Comisión.

v. Finalmente, Libertad Digital sostiene que se ha vulnerado el principio de presunción de no existencia de responsabilidad administrativa, al prejuzgar el acuerdo de incoación el fondo del asunto.

Dichas alegaciones no pueden admitirse por cuanto el presente procedimiento se está tramitando conforme a lo previsto en la normativa administrativa, como se ha reiterado, y con perfecto respeto a las garantías en ella establecidas. Así, se comunicó a Libertad Digital el inicio del procedimiento con toda la información requerida para garantizar sus derechos, y concedido el plazo de alegaciones de 10 días previsto legalmente frente a dicho acuerdo. Asimismo, se ha notificado la propuesta de resolución a Libertad Digital y abierto un trámite de audiencia en el que ha tenido oportunidad de presentar las alegaciones oportunas.

En consecuencia, las alegaciones de Libertad Digital sobre la existencia de defectos de forma en el procedimiento deben ser rechazadas.

SEXTO. - Cuantificación de la sanción

En virtud del artículo 60.3 de la LGCA, las infracciones leves podrán ser sancionadas con multa de hasta 50.000 euros para servicios radiofónicos.

Por otro lado, conforme al artículo 60.4 de la LGCA, en la graduación de la sanción que se imponga se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

“a) La inclusión de la conducta sancionada en un código de autorregulación que obligue al infractor como conducta prohibida.

b) Haber sido sancionado por resolución administrativa firme por el mismo tipo de infracción en el plazo de los tres años anteriores.

c) La gravedad de las infracciones cometidas en el plazo anterior de tres años por el sujeto al que se sanciona.

d) La repercusión social de las infracciones.

e) El beneficio que haya reportado al infractor el hecho objeto de la infracción.”

Asimismo, como señala el artículo 60.4 de la LGCA, la cuantía de la sanción se graduará teniendo en cuenta la ahora vigente LRJSP, en particular, lo dispuesto en su artículo 29, que establece lo siguiente:

“La graduación de la sanción considerará especialmente los siguientes criterios:

a) El grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad.

b) La continuidad o persistencia en la conducta infractora.

c) La naturaleza de los perjuicios causados.

d) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa.”

Finalmente, el principio de proporcionalidad debe presidir la actividad sancionadora de la Administración. En este contexto, *“la Administración debe guardar la debida proporcionalidad entre la sanción impuesta, la infracción cometida y las circunstancias de toda índole que en ella concurren”* (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1998; Recurso de Casación núm. 4007/1995). Y este principio de proporcionalidad se entiende cumplido cuando *“las facultades reconocidas a la Administración para determinar la cuantía de la sanción concretada en la multa de cien mil pesetas, habían sido desarrolladas, en ponderación de los datos obrantes en el expediente, dentro de los límites permisibles y en perfecta congruencia y proporcionalidad con la infracción cometida”* (sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1991).

La aplicación de estos criterios otorga a esta Comisión un cierto grado de flexibilidad a la hora de fijar la cuantía máxima aplicable en cada caso, respetando así el principio de proporcionalidad y disuasión⁸.

⁸ Al respecto cabe citar la STS de 8 de octubre de 2001 (Recurso de Casación núm. 60/1995) cuando en el fundamento de derecho tercero establece:

Para el cálculo de la sanción en el presente caso, se ha tenido en cuenta la duración de la sección controvertida, la imposibilidad de medir el nivel de audiencia de la misma por parte de nuestros servicios técnicos, y la circunstancia de que es la primera vez que se sanciona a este prestador del servicio de comunicación audiovisual por este tipo de hechos.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, se considera que procede imponer a Libertad Digital una sanción por importe de 17.000 € (diecisiete mil euros) por la comisión de la infracción leve tipificada en el artículo 59.2 de la LGCA.

Libertad Digital alega que no concurre ninguna circunstancia de las previstas en la normativa mencionada, y señala que la sanción propuesta es considerablemente superior al mínimo establecido, produciéndose una vulneración del principio de proporcionalidad. A este respecto, cabe señalar que la sanción se sitúa en la mitad inferior del límite legal establecido para las sanciones leves. Igualmente, la normativa citada contiene, entre los criterios de graduación, los relativos a la repercusión social de las infracciones y la existencia o no de reincidencia, tenidos en cuenta en el presente caso. Finalmente, como se ha analizado, en la valoración de la sanción se ha tenido en cuenta el principio de proporcionalidad. De este modo, la alegación de Libertad Digital no puede ser aceptada.

Vistos los anteriores antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, como órgano competente para resolver el presente procedimiento sancionador

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar a LIBERTAD DIGITAL, S.A. responsable de la comisión de una infracción administrativa de carácter leve por la emisión, en el canal esRadio, en el programa “Es la mañana de Federico” del 6 de abril de 2018,

[...] tal principio [el de proporcionalidad de las sanciones] no puede sustraerse al control jurisdiccional, pues como se precisa en SS. de este Tribunal de 26 septiembre y 30 octubre 1990, la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, doctrina ésta ya fijada en SS. de 24 noviembre 1987 y 15 marzo 1988, dado que toda sanción debe de determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad atento a las circunstancias objetivas del hecho, proporcionalidad que constituye un principio normativo que se impone como un precepto más a la Administración y que reduce al ámbito de sus potestades sancionadoras, pues a la actividad jurisdiccional corresponde no tan sólo la calificación para subsumir la conducta en el tipo legal, sino también por la paralela razón, el adecuar la sanción al hecho cometido, ya que en uno y otro caso el tema es la aplicación de criterios valorativos jurídicos plasmados en la norma escrita inferibles de principios integradores del ordenamiento jurídico, como son en este campo sancionador, los de congruencia y proporcionalidad entre la infracción y la sanción [...].

manifestaciones susceptibles de incitar al odio por razón de nacionalidad, incumpliendo con ello lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, en relación con el artículo 59.2 de la misma Ley 7/2010.

SEGUNDO.- Imponer a LIBERTAD DIGITAL, S.A., una multa por importe de **17.000 € (diecisiete mil euros)** por el anterior incumplimiento.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que pone fin a la vía administrativa, y podrá interponerse directamente recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación.