

**Expedient sancionador núm. 9/2013-S (protecció de menors. Esoterisme. Aura TV
31.3 de Tarragona) incoat al prestador de serveis de televisió Esoditel, SL**

Resolució sancionadora

Fets

1r. L'Àrea de Continguts del Consell de l'Audiovisual de Catalunya, mitjançant l'Informe 36/2013, de 9 de maig, ha analitzat els continguts de les emissions del canal 31.3 de Tarragona al llarg de 48 hores. La mostra d'anàlisi comprèn des de les 8.00 hores del 2 de maig fins a les 8.00 hores del 4 de maig de 2013.

Aquesta anàlisi posa de manifest l'existència de determinats incompliments de la legislació aplicable als prestadors de serveis de televisió pel que fa a la protecció de menors. Concretament, s'hi estableix el següent:

«[...] L'anàlisi de les emissions del canal 31.3 de Tarragona detecta la presència de continguts que es poden considerar esotèrics.

En primer lloc, el canal mateix relaciona els seus continguts amb l'exercici de la vidència i el tarot:

- Així ho manifesten els conductors mateixos (vegeu el dia 3 a les 20.03 hores), quan, per exemple, una de les persones "vidents" diu en horari protegit "[...] podrás entrar muy rápido a hablar con un profesional, un profesional como la copa de un pino, personas que están pendientes de ti, personas que tienen esa capacidad de transmutar tus energías negativas en positivas", i fora de l'horari protegit (el dia 4 a les 00.03 hores) aquesta mateixa persona "vident", amb les cartes a la vista, diu "[...] grandes videntes, profesionales como la copa de un pino, ellos son esos corazones con patitas que tú tienes que invocar".
- Durant l'horari protegit, la transparència publicitària amb els telèfons on poden trucar les persones teleespectadores cobreix la taula que tenen al davant les persones "vidents", amb la qual cosa no es pot veure amb claredat quina tècnica utilitzen per esbrinar el futur, encara que hi ha algun moment en què sí que es veu com barregen les cartes, perquè les mans entren dins de quadre (vegeu el tall amb la transcripció de la segona consulta). Fora de l'horari protegit, la càmera mostra un pla més ampli en què s'aprecia clarament que aquestes mateixes persones "vidents" utilitzen principalment les cartes del tarot per donar resposta a les consultes (vegeu, per exemple, el dia 4 a les 00.06 hores).
- La pàgina web d'AuraTV, on es pot visionar la mateixa programació que s'emet per televisió, es presenta com "una televisión especializada en tarot y videncia 24 horas al día".
- En l'apartat "Nuestros videntes" que apareix al marge dret de la pàgina web (vegeu la figura 4), s'hi veu la imatge d'un dels col·laboradors de la



cadena (Randú Rojas) i s'hi descriuen les habilitats dels professionals que hi col·laboren en els termes següents:

"[...]. Son competentes expertos en el uso de herramientas como las cartas del Tarot, el péndulo o la numerología para percibir imágenes [...]. Cuando llamen a nuestros videntes, estos harán una visualización inmediata y les dirán lo que ven. [...]".

En segon lloc, els continguts emesos pel canal analitzat responen a la definició de *programes de contingut esotèric* que estableix l'apartat 2 de l'article 12 de la Instrucció general del Consell de l'Audiovisual de Catalunya sobre protecció de la infància i l'adolescència, senyalització orientativa i dret a la informació de les persones usuàries dels serveis de televisió: "s'entén per *programes de contingut esotèric* aquells en què es posen en pràctica, entre d'altres, tècniques com ara [...] la vidència."

A tall d'exemple, s'inclou la transcripció parcial de dues de les trucades, que mostra l'esquema habitual de les consultes, a les quals es dona resposta mitjançant tècniques de vidència. [...]»

Pel que fa a la senyalització de la programació, l'Informe 36/2013 estableix el següent:

"Totes les emissions del canal 31.3 estan senyalitzades *per a tothom*, atès que s'emeten sense cap codi de senyalització."

Així mateix, l'Informe de l'Àrea de Continguts estableix, pel que fa a les sobreimpressions que apareixen en pantalla, el següent:

"A la part inferior de la pantalla hi apareixen sobreimpresos de manera permanent dos números de telèfon: a la part esquerra, un de participació en el programa amb prefix 806; i, a la dreta, i de mida més petita, un segon número amb prefix 902 i identificat com de "Teleayuda". Segons el Codi de conducta dels serveis de tarifació addicional i classificació dels serveis,¹ el número 806 que el programa proporciona per tal d'intervenir-hi en directe és el que correspon a serveis d'oci i d'entreteniment, entre els quals hi figuren "los servicios de contenido esotérico, astrológico, de adivinación, cartomancia y/o predicción del futuro por otros medios".

A sota dels dos números s'hi pot llegir: "Servicio prestado por Nextelmedia SL Apdo Correos 14250 – 28080 Madrid. Coste minutos 1,21 € red fija, 1,57 € red móvil. Impuestos incluidos. Mayores 18 años." A més, a sota del número identificat com de "Teleayuda" s'hi inclou, en una lletra de mida més petita, el text "Pague cómodamente con tarjeta de crédito" i els logos de Visa, Mastercard i d'AuraTV [...]".

¹Resolució del 15 de setembre de 2004, de la Secretaria d'Estat de Telecomunicacions i per a la Societat de la Informació, per la qual es disposa la publicació del Codi de conducta per a la prestació dels serveis de tarifació addicional.

Finalment, de l'anàlisi de les emissions des de les 8.00 hores del 2 de maig fins a les 8.00 hores del 4 de maig de 2013, corresponents al canal 31.3 de Tarragona, l'Informe 36/2013 conclou que "Durant les 48 hores analitzades, les emissions del canal 31.3 de Tarragona [...] estan integrades per programació de continguts esotèrics [...]".

2n. Vist l'Informe 36/2013, de 9 de maig, el Ple del Consell, mitjançant l'Acord 63/2013, de 15 de maig, i de conformitat amb el que disposa l'apartat 2 de l'article 34 de l'Estatut orgànic i de funcionament del Consell de l'Audiovisual de Catalunya, aprovat per l'Acord del Ple del Consell 3/2001, de 28 de febrer (en endavant, EOF), va decidir obrir un període d'informació prèvia per tal de donar audiència al prestador de serveis de televisió Esoditel, SL, com a part interessada, per tal que en el termini màxim de deu dies, a comptar de l'endemà d'haver rebut la notificació d'aquest Acord, formulés les manifestacions que considerés oportunes.

3r. El 17 de juny de 2013 va tenir entrada en aquest Consell (registre d'entrada núm. 753/2013) un escrit signat pel senyor José Armando Robles Valenzuela, en nom i representació d'Esoditel, SL, lliurat a l'oficina de correus corresponent el 12 de juny anterior, en el qual al·lega, en primer lloc, pel que fa als continguts objecte d'aquest expedient que "[...] pivotan directament en un servicio de asesoramiento espiritual en el que se pretende un encuentro personal entre un usuario que demanda el servicio y un experto en ayuda personal que les sirve de apoyo para, en función de las decisiones que interese tomar el usuario y las circunstancias existentes, se le ofrece una solución e incluso, en muchas ocasiones, un pronóstico de la situación, pero no la adivinación del futuro [...]". En segon lloc, l'interessat al·lega la infracció del principi *non bis in idem*, atès que, segons considera, "[...] se pretende imponer siete distintas sanciones a mi representada, exactamente por los mismos hechos [...]". Així mateix, en tercer lloc, posa de manifest la manca de competència d'aquest Consell per sancionar la conducta objecte d'aquest expedient, atès que, d'una banda, amb l'entrada en vigor de la Llei 7/2010, de 31 de març, general de la comunicació audiovisual (en endavant, LGCA) ha quedat derogada la Llei 22/2005, de 29 de desembre, de la comunicació audiovisual de Catalunya (en endavant, LCA) i, de l'altra, la LCA no regula la conducta eventualment imputada. En quart lloc, Esoditel, SL, al·lega la infracció de l'apartat 2 de l'article 24 de la Constitució espanyola (en endavant, CE) i dels articles 137 i 130 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú (en endavant, LRJPAC), atesa la manca de prova dels fets que se li imputen i de la seva autoria. D'altra banda, en cinquè lloc, a criteri de l'interessat, aquest Consell vulnera el principi d'igualtat en connexió directa amb els principis de protecció de confiança legítima i de vinculació de l'Administració al seus propis actes, atès que no sanciona altres prestadors de serveis de televisió estatal que, segons considera Esoditel, SL, emeten continguts perjudicials per als menors. Lligat amb aquesta al·legació, l'interessat manifesta, en darrer lloc, que aquest Consell ha vulnerat els principis de seguretat jurídica, bona fe, confiança legítima i vinculació als propis actes.

4t. A la vista de les manifestacions de l'interessat, i de conformitat amb els fonaments exposats a l'Acord d'obertura del període d'informació prèvia, el Ple del Consell de l'Audiovisual de Catalunya, mitjançant l'Acord 140/2013, de 30 d'octubre, va decidir incoar un procediment sancionador al prestador de serveis de televisió Esoditel, SL, per l'eventual incompliment del deure de protecció de la infància i la joventut, que es materialitza a través de l'emissió de continguts esotèrics dins de l'horari protegit, fet susceptible de constituir una infracció molt greu, d'acord amb la lletra c de l'article 132 de la LCA.



Una vegada incoat el procediment sancionador, la instructora del procediment va emetre el plec de càrrecs que es va notificar a l'interessat, a qui s'atorgava un termini de deu dies per formular al·legacions i proposar les proves oportunes. La notificació de l'Acord d'incoació, el plec de càrrecs i el tràmit d'audiència a l'interessat consten degudament incorporats a l'expedient, en la forma que estableix la LRJPAC.

5è. El 29 de novembre de 2013 va tenir entrada en aquest Consell (registre d'entrada núm. 1577/2013) un escrit del senyor Jose Armando Robles Valenzuela, en nom i representació d'Esoditel, SL, presentat a correus el 27 de novembre anterior, en el qual, d'una banda, es ratifica en les al·legacions efectuades en el període d'informació prèvia i, de l'altra, posa de manifest que "[...] un programa esotérico no supone de forma automática un perjuicio para el desarrollo físico, mental o moral de los menores [...]". I, a aquest efecte, cita la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (TSJC) de 17 de febrer de 2010, segons la qual, i a criteri de l'interessat, resulta discutible que els programes esotèrics siguin perjudicials per als menors.

6è. El 13 de gener de 2014 la instructora de l'expedient va considerar procedent confirmar els càrrecs imputats i va formular la proposta de resolució corresponent, que es va notificar a l'interessat per tal que, en el termini de deu dies, pogués formular les al·legacions que considerés adients, de conformitat amb el que estableix l'apartat 1 de l'article 14 del Decret 278/1993, de 9 de novembre, sobre el procediment sancionador d'aplicació als àmbits de competència de la Generalitat.

El 7 de febrer de 2014 va tenir entrada en aquest Consell (registre d'entrada núm. 162/2014) un escrit del senyor José Armando Robles, en nom i representació d'Esoditel, SL, presentat a correus el 5 de febrer anterior, en què s'efectuen un seguit de manifestacions a la proposta de resolució que són, fonamentalment, una reiteració de les efectuades mitjançant els escrits que van tenir entrada al Consell els dies 17 de juny i 29 de novembre de 2013 (registres d'entrada 753/2013 i 1577/2013).

Fonaments de dret

Primer. Anàlisi de les al·legacions

En primer lloc, el prestador de serveis de televisió es ratifica en les al·legacions efectuades en el període d'informació prèvia i al plec de càrrecs. En aquest sentit, cal tenir en compte que aquestes al·legacions van ser objecte d'anàlisi en la consideració jurídica primera de l'Acord d'incoació, en el sentit següent:

El prestador de serveis de televisió Esoditel, SL, al·lega, en primer lloc, que els continguts objecte d'aquest expedient són d'assessorament espiritual i no de caràcter esotèric. En segon lloc, posa de manifest la vulneració del principi *non bis in idem*. En tercer lloc, entén que aquest Consell no té competència per sancionar l'emissió de continguts esotèrics i, en quart lloc, al·lega la manca de prova de càrrec suficient en relació amb els fets imputats i l'autoria. Finalment, en cinquè lloc, manifesta la vulneració del principi d'igualtat davant prestadors de comunicació audiovisuals estatals i dels principis de seguretat jurídica, bona fe, confiança legítima i vinculació als propis actes.

Pel que fa a la naturalesa dels continguts emesos per Esoditel, SL, pel canal 31,3 de Tarragona, del 2 al 4 de maig de 2013

Esoditel, SL, posa de manifest que els continguts que ens ocupen són d'assessorament espiritual i no tenen naturalesa esotèrica i empara aquesta manifestació en, d'una banda,



el que estableix l'Informe 36/2013, de 9 de maig, en el sentit que "[...] durant l'horari protegit, la transparència publicitària amb els telèfons on poden trucar les persones teleespectadores cobreix la taula que tenen al davant les persones "vidents", amb la qual cosa no es pot veure amb claredat quina tècnica utilitzen per esbrinar el futur [...]". De l'altra, i atesa la condició d'experts dels presentadors dels programes, aquests presentadors ofereixen els seus consells "[...] produciéndose una suerte de terapia o "coaching", en la que el presentador es el "coach" y el espectador es el "entrenado" o "coachee".

Certament, l'Informe 36/2013, de 9 de maig, estableix que "[...] durant l'horari protegit, la transparència publicitària amb els telèfons on poden trucar les persones teleespectadores cobreix la taula que tenen al davant les persones "vidents", amb la qual cosa no es pot veure amb claredat quina tècnica utilitzen per esbrinar el futur [...]" però, això no obstant, segons s'estableix a continuació "[...] encara que hi ha algun moment en què sí que es veu com barregen les cartes, perquè les mans entren dins de quadre (vegeu el tall amb la transcripció de la segona consulta). Fora de l'horari protegit, la càmera mostra un pla més ampli en el que s'aprecia clarament que aquestes mateixes persones "vidents" utilitzen principalment les cartes del tarot per donar resposta a les consultes (vegeu, per exemple, el dia 4 a les 00.06 hores) [...]". D'altra banda, certament, també, els anomenats "coachs" són experts, segons es recull a l'informe, mitjançant la captació d'una pantalla de la pàgina web d'AuraTV, "[...] en el uso de herramientas como las cartas del tarot, el péndulo o la numerología para percibir imágenes [...] Cuando llamen a nuestros videntes, estos harán una visualización inmediata y les dirán lo que ven [...]".

En definitiva, els continguts emesos pel canal analitzat responen a la definició de *programes de contingut esotèric* que, d'acord amb l'article 12 de la Instrucció general del Consell de l'Audiovisual de Catalunya sobre protecció de la infància i l'adolescència, senyalització orientativa i dret a la informació de les persones usuàries dels serveis de televisió, aprovada mitjançant l'Acord 296/2007, de 19 de desembre (en endavant, Instrucció de menors), són aquells en què es posen en pràctica, entre d'altres, tècniques com ara la màgia negra o la vidència.

Segons el que estableix l'apartat 1 de l'article 3 del Codi civil, cal tenir en compte que, segons el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española (RAE), el concepte de *vidència* fa referència a "la actividad del vidente". A aquest efecte, *vident*, segons el *Gran diccionari de la llengua catalana* de l'Institut d'Estudis Catalans, com a sinònim de *profeta*, és aquella persona que prediu allò que ha de succeir. Així mateix, el *Diccionario de la Lengua Española* de la RAE defineix el concepte de *vident* com la persona que "pretende adivinar el porvenir o esclarecer lo que está oculto" i, també, com la persona que "tiene visiones sobrenaturales o que están fuera de lo que se considera común". En definitiva, un *vident* és una persona que prediu esdeveniments futurs, pretén esclarir allò que està ocult i/o ostenta, presumptament, unes visions sobrenaturals.

Ateses aquestes consideracions, i tot analitzant les emissions del programa d'Aura TV objecte d'aquest expedient, es pot concloure que, efectivament, els anomenats *couchers* que hi intervenen reuneixen les característiques i les condicions per poder ser considerades "vidents".

Així, a tall d'exemple, de les emissions analitzades se'n pot observar que: 1) es prediuen esdeveniments futurs; 2) es pretén aclarir allò que està ocult, i 3) la consultora humanista ostenta unes visions sobrenaturals.



Resulta obvi, en conseqüència, que els anomenats *couchers* que intervenen en aquests programes reuneixen les característiques necessàries per ser considerats "vidents". A més, cal tenir en compte, d'una banda, que les tècniques utilitzades per aquestes persones per tal de solucionar els problemes plantejats per les persones teleespectadores provenen de disciplines no científiques o anomenades *paraciències*, com ara el tarot. De l'altra, les diverses fonts que les relacionen amb l'exercici de la vidència i el tarot, com ara la pàgina web d'Aura TV. I, finalment, la posada a disposició de les persones teleespectadores d'un telèfon 806 per tal de fer les consultes en plató.

- **Pel que fa a la infracció del principi *non bis in idem***

En segon lloc, l'interessat al·lega la infracció del principi *non bis in idem*, atès que, segons considera "[...] se pretende imponer siete distintas sanciones a mi representada, exactamente por los mismos hechos [...]". I, a aquest efecte, enumera els procediments sancionadors 1/2013-S, 2/2013-S, 3/2013-S, 4/2013-S, 7/2013-S i 8/2013-S, tot establint que "[...] los hechos y fundamentación para imputar las infracciones son los mismos, con la única diferencia de que los contenidos se emiten en canales y áreas territoriales distintas [...]".

D'acord amb l'article 133 de la LRJPAC, no es poden sancionar els fets que hagin estat sancionats penalment o administrativament, en els casos en què s'aprecii identitat del subjecte, fet i fonament. Aquesta prohibició del *bis in idem* té, d'acord amb la doctrina jurisprudencial (STC 126/2011), dos vessants:

- el material (eficàcia *ex post*), que comporta la impossibilitat de sancionar administrativament un mateix subjecte si ha estat sancionat prèviament penalment o administrativament pel mateix fet i amb el mateix fonament. Aquest vessant es relaciona amb el principi de proporcionalitat, atès que té per finalitat evitar una acció punitiva desproporcionada davant un comportament infractor determinat.
- el formal o processal (eficàcia *ex ante*), que prohibeix, igualment i davant la triple identitat de subjecte, fet i fonament, la duplictat de procediments sancionadors.

Tots dos vessants són aplicables per regir les relacions entre l'ordenament penal i el dret administratiu sancionador, però també internament, dins de cada ordenament, ja que prohibeix, en el cas d'existència d'identitat del subjecte, fet i fonament, la duplictat de penes i de processos penals i la pluralitat de sancions administratives i de procediments sancionadors (STC 77/2010, de 19 de octubre).

D'acord amb la prohibició derivada del principi *non bis in idem*, no és jurídicament admissible que, per una mateixa conducta infractora, imputada a un mateix subjecte i sobre la base d'un mateix fonament punitiu o bé jurídic protegit, es pugui donar, de manera simultània, diverses sancions administratives. I, en el cas que ens ocupa, aquesta triple identitat no es dona, atès que les conductes infractores es produeixen en diferents moments i per diferents canals.

En efecte, en el procediment sancionador 1/2013-S, les conductes eventualment infractores són les emissions efectuades del 3 al 5 de febrer de 2013 pel canal 50-1 de Barcelona; en el procediment sancionador 2/2013-S, les conductes eventualment infractores són les emissions efectuades el 12 i 13 de febrer de 2013 pel canal 50-2 de Barcelona; en el procediment sancionador 3/2013-S, les conductes eventualment infractores són les emissions efectuades el 15 i 16 de febrer de 2013 pel canal 50-3 de Barcelona; en el procediment sancionador 4/2013-S, les conductes eventualment



infractores són les emissions efectuades del 19 al 21 de febrer de 2013 pel canal 50-4 de Barcelona; en el procediment sancionador 7/2013-S, les conductes eventualment infractores són les emissions efectuades del 25 al 29 d'abril de 2013 pel canal 31-1 de Tarragona; en el procediment sancionador 8/2013-S, les conductes eventualment infractores són les emissions efectuades del 29 d'abril a l'1 de maig de 2013 pel canal 31-2 de Tarragona; en el procediment sancionador 9/2013-S, les conductes eventualment infractores són les emissions efectuades del 2 al 4 de maig de 2013 pel canal 31-3 de Tarragona; i finalment, en el procediment sancionador 10/2013-S les conductes eventualment infractores són les emissions efectuades del 6 al 8 de maig de 2013 pel canal 31-4 de Tarragona.

En definitiva, atesa la inexistència d'identitat de subjecte, fet i fonament, en el cas que ens ocupa no es dóna la pluralitat de sancions administratives i de procediments sancionadors al·legada per Esoditel, SL.

- **Pel que fa a la manca de competència d'aquest Consell per sancionar l'emissió de continguts esotèrics dins l'horari de protecció**

En tercer lloc, Esoditel, SL, empara la manca de competència d'aquest Consell per sancionar la conducta eventualment imputada, atès que, segons considera, la LGCA ha derogat la LCA i, així mateix, que aquesta darrera no inclou la conducta esmentada. A aquest efecte, cal posar de manifest que l'apartat 2 de l'article 7 de la LGCA diferencia entre aquells continguts que poden perjudicar seriosament el desenvolupament físic, mental o moral dels menors i l'emissió dels quals resta prohibida en tot cas, i aquells continguts que poden perjudicar aquest desenvolupament, però no seriosament, i que tenen unes limitacions horàries d'emissió. Concretament, dins d'aquests darrers hi trobem específicament els relacionats amb l'esoterisme i les paraciències, que només es poden emetre, segons la Llei estatal, entre les 22 i les 7 del matí.

Així mateix, l'article 81 de la LCA diferencia, d'una banda, els continguts que poden perjudicar seriosament el desenvolupament físic, mental o moral dels menors i en prohibeix l'emissió (apartat 3) i, de l'altra, els continguts que poden afectar el desenvolupament físic, mental o moral dels menors, que només es poden difondre després de les 22 hores i abans de les 6 hores (apartat 2). Certament, i a diferència de la LGCA, la regulació autonòmica no estableix concretament que dins d'aquests darrers continguts s'hi ubiquin els de naturalesa esotèrica. Això no obstant, cal tenir en compte, en primer lloc, que la consideració dels programes de contingut esotèric com aquells que poden afectar el desenvolupament físic, mental o moral dels menors l'estableix l'article 12 de la Instrucció de menors, atès que els considera com a "no recomanats per a menors de 18 anys" i en prohibeix l'emissió entre les 6 hores i les 22 hores (apartat 1 de l'article 14 de la Instrucció).

La LGCA, d'acord amb la seva disposició final sisena, es dicta a l'empara de la competència de l'Estat per dictar legislació bàsica del règim de premsa, ràdio i televisió recollida a l'article 149.1.27a de la CE, llevat dels articles 5.3, paràgraf novè, 11, 31 i l'apartat 5 de la disposició transitòria segona, que es dicten a l'empara de la competència estatal exclusiva en matèria de telecomunicacions, prevista per l'article 149.1.21a de la CE. Per la qual cosa, i com estableix la disposició final sisena mateixa, les previsions d'aquesta Llei són aplicables a totes les comunitats autònomes però sense que això comporti la derogació de la normativa autonòmica corresponent. En aquest sentit, és important recordar que entre la normativa autonòmica i la estatal existeix una relació competencial i no de jerarquia.

En conseqüència, el CAC té la legitimació suficient i necessària per sancionar l'emissió de continguts esotèrics en horari protegit, atès que la lletra c de l'article 132 de la LCA tipifica com a infracció molt greu l'incompliment de qualsevol dels deures imposats d'acord amb aquesta llei amb relació a la protecció de la infància i la joventut. L'apartat 2 de l'article 81 de la LCA prohibeix l'emissió de continguts que poden afectar el desenvolupament físic, mental o moral dels menors entre les 6.00 i les 22.00 i dins d'aquest continguts s'hi inclouen, d'acord amb l'apartat 2 de l'article 7 de la LGCA aplicable a totes les comunitats autònomes, els de caràcter esotèric.

- **Pel que fa a l'existència de prova de càrrec suficient en relació amb els fets imputats i l'autoria**

En quart lloc, Esoditel, SL, al·lega la vulneració de l'article 24 de la CE i dels articles 137 i 130 de la LRJPAC, atesa la inexistència de prova de càrrec suficient en relació amb els fets imputats i la seva autoria. En conseqüència, a criteri del prestador de serveis de televisió, ha resultat vulnerat el principi de presumpció d'innocència.

El dret a la presumpció d'innocència es tracta d'un dret subjectiu públic fonamental que, d'acord amb reiterada jurisprudència, resulta d'aplicació als titulars dels subjectes passius dels procediments administratius sancionadors. En concret, la jurisprudència del Tribunal Constitucional ha estat concloent respecte d'aquest dret en establir que es tracta d'una presumpció *iuris tantum*, que es pot desvirtuar mitjançant prova de càrrec en contra (STC 66/2007, entre d'altres).

Aquest dret fonamental ha estat objecte d'anàlisi per part de la jurisprudència constitucional en reiterades ocasions (entre d'altres, STC 77/1983, de 3 d'octubre, STC 174/1985, de 17 de desembre i STC 92/2006, de 27 de març). De forma sintetitzada, el contingut essencial d'aquest dret és el següent:

1. Necessitat de la prova: tota sanció, penal o administrativa, s'ha de fonamentar degudament en una activitat probatòria de càrrec o incriminatòria de la conducta il·lícita, que inclou la prova dels fets i la relativa a la responsabilitat de la persona inculpada en l'esdeveniment (STS de 17 d'octubre de 2008).

2. Requeriments de la prova: la prova, a més de ser de càrrec o incriminatòria, ha de ser, des d'un punt de vista material, "terminante, clara e indubitada, sin que quepa resquicio alguno de duda" (STS de 3 de desembre de 1990) i, per tant, no es pot basar en meres presumpcions, impressions o aparences. Així mateix, des d'un punt de vista formal, la jurisprudència requereix que la prova s'hagi obtingut de manera legítima i la pràctica dels mitjans de prova s'hagi realitzat segons les formalitats previstes legalment (STC 33/1992).

3. Càrrega de la prova: la càrrega de la prova recau, com a regla general, sobre l'Administració sancionadora. Tanmateix, el fet que la presumpció d'innocència sigui *iuris tantum* possibilita que l'Administració la desvirtuï mitjançant la pràctica de l'activitat probatòria de càrrec amb garanties plenes. En aquest sentit, un cop practicada la prova i, per tant, desvirtuada la presumpció d'innocència, correspon a l'administrat subjecte passiu del procediment sancionador la càrrega d'acreditar aquells elements de descàrrec que puguin comportar una declaració eventual de no-responsabilitat administrativa (SSTS de 14 de maig de 1991 i 14 de juny de 1988).

4. Valoració de la prova: cal que la valoració de la prova s'ajusti a uns paràmetres racionals i lògics, és a dir, "la libre valoración de la prueba por parte de la autoridad decisoria que mitjançant "la apreciación en conciencia de los resultados probatorios",



subjectarà la seva decisió “a las reglas de la sana crítica, de la lógica o del criterio racional” (STS de 2 de novembre de 1990).

Tenint en compte tot el que s'ha exposat respecte del contingut essencial del dret a la presumpció d'innocència en els procediments penals i sancionadors administratius, pertoca ara analitzar si, en el cas que ens ocupa, els actes que conformen el procediment sancionador 9/2013-S han estat respectuosos amb el contingut d'aquest dret. Respecte d'aquesta qüestió es fan les consideracions següents:

En primer lloc, resta degudament acreditat que en el procediment sancionador s'ha dut a terme l'activitat probatòria de càrrec o incriminatòria que abasta la realització del fet il·lícit i la participació d'Esoditel, SL en aquest fet, de conformitat amb les exigències de la jurisprudència aplicable.

En segon lloc, la prova, a més de ser de càrrec o incriminatòria, és, des d'un punt de vista material, “terminante, clara e indubitada, sin que quepa resquicio alguno de duda”. A més, tampoc no es qüestionable el fet que l'obtenció de la prova ha estat respectuosa amb les garanties constitucionals.

A aquests efectes, cal tenir en compte que, d'acord amb l'article 137 de la LRJPAC, “els fets constatats per funcionaris als quals es reconeix la condició d'autoritat, i que es formalitzin en document públic en què s'observin els requisits legals pertinents, tenen valor probatori sens perjudici de les proves que en defensa dels drets o interessos respectius puguin assenyalar o aportar els mateixos administrats”. Així mateix, segons l'article 46 d'aquesta mateixa llei “tenen la consideració de document públic els documents vàlidament emesos pels òrgans de les administracions públiques”.

Ateses aquestes previsions normatives, podem establir que l'Informe 36/2013, de 9 de maig, de l'Àrea de Continguts d'aquest Consell té la naturalesa de document públic i valor i força probatòria dels fets que en motiven la formalització.

Segons jurisprudència reiterada (STC 76/1990, SSTS de 25 de febrer de 1998, de 14 de setembre de 1990, de 20 de juny de 1991 i STSJ de Madrid de 12 de març de 1996, entre d'altres), en matèria sancionadora, els documents públics que, per excel·lència, gaudeixen de la presumpció de certesa són les actes i les diligències d'inspecció, sempre que reuneixin les solemnitats i les formalitats exigides legalment. D'una banda, l'autoria ha de recaure en un empleat públic o persona al servei de l'Administració que actuï en l'exercici de una funció pública inherent al seu càrrec i que l'autoritzi a la constatació directa de fets infractors objectius i constatats materialment i directament com a resultat de la pròpia i personal observació. De l'altra, s'exigeix que l'acta, diligència o informe sigui prou clar i explícit “mostrando la máxima exactitud descriptiva posible sobre los hechos, de tal manera que consigne todos los datos y elementos fácticos que permitan al instructor del expediente, y con posterioridad al órgano competente para resolver, formarse la adecuada convicción respecto a la conducta reprochada y a la culpabilidad del acusado” (STSJ de Murcia de 3 de març de 1997).

En el cas que ens ocupa, l'Informe 36/2013 es troba autoritzat per personal al servei del CAC que gaudeix de la condició d'autoritat pública, ja que actua en exercici d'una funció pública inherent al seu càrrec que l'autoritza a la constatació directa de fets infractors. Així, la potestat d'inspecció i de control que la Llei assigna a aquest Consell (articles 115 i 128 de la LCA) s'atribueix, d'acord amb els articles 16 i 23 de l'EOF, al Servei d'Anàlisi de Continguts, integrat dins de l'Àrea de Continguts, que, a aquests efectes, elabora els informes de seguiment amb el visionament previ de les emissions corresponents.

Així mateix, els fets constatats a l'Informe de referència són clars i explícits i s'han recollit literalment a l'Acord d'obertura d'informació prèvia, a l'Acord d'incoació de l'expedient sancionador, al plec de càrrecs i en aquesta mateixa proposta de resolució i, a més, han estat diligenciats, amb el visionament corresponent, per la instructora del procediment que, d'acord amb l'article 128 de la LCA, té la condició de funcionària i gaudeix de la condició d'autoritat pública.

En tercer lloc, respecte de la càrrega de la prova, cal dir, d'acord amb les consideracions realitzades més amunt, que aquest Consell, en el decurs del procediment sancionador, ha dut a terme l'activitat probatòria de càrrec que desvirtua la presumpció d'innocència.

A més, si bé és cert que el principi de presumpció d'innocència és operatiu en l'àmbit del procediment administratiu sancionador, cal tenir en compte, com estableix la jurisprudència, que aquest principi "no ampara, por supuesto, las simples negativas de la evidencia, contradictorias en su planteamiento y no justificadas en modo alguno a través de una necesaria actividad probatoria que también concierne a los administrados" (STS de 14 de maig de 1991). En un sentit similar, la STS de 14 de juny de 1988 estableix que "no cabe apreciar que se hayan vulnerado los derechos fundamentales de proscripción de la indefensión y presunción de inocencia consagrados en los arts. 24.1 y 24.2 CE, por cuanto al expedientado le fuera fácil o difícil la prueba exculpatoria, lo cierto es que ni siquiera propuso la práctica de alguna que, al menos, permitiera dudar de la comisión por su parte de la infracción que se le atribuyó [...] lo que no cabe deducir simplemente de sus alegaciones exculpatorias, y su presunción de inocencia está más que destruida".

I aquesta doctrina jurisprudencial és especialment important, atès que, segons al·lega la part recurrent, no queda provat que l'emissió dels continguts audiovisuals objecte d'aquest expedient sancionador "[...] (i) se produjera de verdad, y (ii) se produjera dentro del horario protegido [...]" i, fins i tot, posa en dubte que aquesta emissió fos realitzada per ella, sense que aquestes al·legacions vinguin fonamentades o emparades en cap tipus de prova, encara que només sigui de caràcter indiciari.

La presumpció de veracitat de què gaudeix l'Informe 36/2013 no comporta una dispensa probatòria, sinó una autèntica inversió de la càrrega de la prova. En paraules del Tribunal Suprem (Sentència de 18 de desembre de 1991), la presumpció de veracitat "atribuye a las actas de Inspección valor y fuerza probatoria, salvo prueba en contrario, lo que supone una inversión de la carga de la prueba y la atribución al sujeto pasivo del acta desvirtuar su contenido con pruebas adecuadas". En un sentit similar, la STS de 20 de juny de 1991 apunta que "es al administrado al que corresponde destruir con pruebas suficientes, precisas y plenamente convincentes, la presunción iris tantum de certeza que se otorga a las actas de la Inspección de Trabajo extendidas con arreglo a los requisitos exigidos".

En quart, i últim lloc, la valoració de la prova s'ajusta a criteris lògics i no arbitraris.

En conclusió, l'acte d'inspecció formalitzat mitjançant l'Informe 36/2013, de 9 de maig, degudament diligenciat per l'autoritat competent (apartat 5 de l'article 16 de l'EOF), ostenta la naturalesa de document públic i valor i força probatòria dels fets que en motiven la formalització, tot gaudint de la presumpció de certesa que estableix l'apartat 3 de l'article 137 de la LRJPAC. A més, cal tenir en compte que el programa d'Aura TV, emès del 2 al 4 de maig de 2013, també ha estat visionat per la instructora del procediment, que, segons estableix l'apartat 2 de l'article 14 de la Llei 2/2000, de 4 de maig, del CAC, té la condició de funcionària i, en l'exercici de les seves funcions, té la consideració d'autoritat pública. En el mateix sentit, l'apartat 2 de l'article 34 de l'EOF.





- **Pel que fa a la vulneració del principi d'igualtat davant prestadors de comunicació audiovisuals estatals i dels principis de seguretat jurídica, bona fe, confiança legítima i vinculació als propis actes**

L'article 130 de la LCA atribueix al CAC l'exercici de la potestat sancionadora, d'acord amb el règim d'infraccions i sancions que estableixi la Llei mateixa, i sempre, evidentment, dins del seu àmbit d'aplicació subjectiva, que no abasta els prestadors de serveis de comunicació audiovisual estatals.

Esoditel, SL, al·lega la vulneració del principi d'igualtat, atès que, al seu entendre, "[...] existe un trato desigual del CAC sobre mi representada respecto de una multiplicidad de emisoras de televisión que se encuentran en la misma situación [...]". I, a aquest efecte, cita com a exemple una cadena d'àmbit estatal com ho és Antena 3 TV, que, d'acord amb l'article 2 de la LCA i article 3 de la LGCA, és una cadena que, com totes les de caràcter estatal, queden fora de l'àmbit competencial d'aquest Consell.

En conseqüència, i tenint en compte que el principi d'igualtat prohibeix qualsevol diferenciació de tracte sense una justificació objectiva i raonable, Esoditel, SL, no pot al·legar una situació de discriminació, atès que, en el supòsit que efectivament determinades cadenes estatals emetessin aquest tipus de continguts, en cap cas aquest Consell no tindria legitimació per actuar contra aquests prestadors de serveis de comunicació audiovisual, ja que es troben fora del seu àmbit competencial. Així mateix, la improcedència d'aquesta al·legació comporta la de les eventuais vulneracions dels principis de seguretat jurídica, de bona fe, de confiança legítima i vinculació als propis actes.

D'altra banda, l'interessat, a les al·legacions a la proposta de resolució, posa de manifest, com anteriorment ho havia fet al plec de càrrecs, que "[...] un programa esotérico no supone de forma automática un perjuicio para el desarrollo físico, mental o moral de los menores [...]". I, a aquest efecte, cita la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (TSJC) de 17 de febrer de 2010.

Com s'establia a la proposta de resolució, amb caràcter previ a qualsevol consideració sobre l'esoterisme, cal posar de manifest que la Sentència 135/2010, de 17 de febrer, de la Secció Tercera de la Sala Contenciosa Administrativa del TSJC citada per Esoditel, SL, i dictada en el recurs ordinari 4/2008, ha perdut qualsevol tipus de virtualitat, atès que la LGCA, en vigor des de l'1 de maig de 2010, és a dir, amb posterioritat a la Sentència referida, no fa distincions entre "tipus" d'esoterisme, sinó que prohibeix, expressament i concretament, l'esoterisme com a concepte, sigui quina sigui la seva forma d'expressió.

Segon. Tipificació dels fets

L'emissió de continguts esotèrics pel prestador de serveis de televisió Esoditel, SL, del 2 de maig al 4 de maig de 2013, comporta que el prestador de serveis de televisió ha incomplert les obligacions que estableix la normativa vigent en relació amb la protecció de la infància i l'adolescència.

Tercer. Qualificació de la infracció

L'incompliment de qualsevol dels deures imposats amb relació a la protecció de la infància i la joventut constitueix una infracció molt greu que preveu la lletra c de l'article 132 de la LCA.



Quart. Sanció aplicable

La infracció descrita, d'acord amb el que disposa la lletra a de l'apartat 1 de l'article 136 de la LCA, és sancionada amb una multa des de 90.001 euros fins a 300.000 euros i la suspensió de l'activitat per un termini màxim de tres mesos.

La sanció que s'ha d'imposar consisteix, doncs, en una multa i en la suspensió de l'activitat, i, per determinar-ne la quantia i el temps de suspensió, cal tenir en compte el que estableix l'article 137 de la LCA, que obliga a graduar la sanció que s'imposi tenint en compte les circumstàncies que ressenya.

De la conducta infractora objecte d'examen, se'n desprèn l'existència d'intencionalitat, atès que l'emissió de programació de contingut esotèric no pot venir determinada per una manca de diligència o per una conducta negligent de l'interessat, sinó per una conducta activa i volguda. Així mateix, cal prendre en consideració la reiteració de la conducta infractora, ja que l'informe de l'Àrea de Continguts va constatar 48 hores d'emissió de continguts esotèrics del 2 al 4 de maig de 2013.

Tanmateix, no hi ha constància provada que la comissió de la infracció hagi tingut repercussió o impacte social ni tampoc el benefici que n'hagi pogut reportar a l'interessat la comissió.

D'acord amb les consideracions anteriors, i tenint en compte el principi de proporcionalitat que obliga a establir l'adequació necessària entre la gravetat del fet constitutiu de la infracció i la sanció aplicada, es proposa imposar a l'interessat la sanció següent:

- Pel que fa a la quantia de la multa a imposar a l'interessat, ha de ser de NORANTA MIL UN EUROS (90.001 €), és a dir, la quantia mínima que preveu la lletra a de l'apartat 1 de l'article 136 de la LCA, per la comissió d'infraccions molt greus.
- Pel que fa a la suspensió de l'activitat: 1 dia de suspensió de l'activitat en els termes que estableix la lletra a de l'apartat 1 de l'article 136 de la LCA.

Cinquè. Autoritat competent per imposar la sanció

El Consell de l'Audiovisual de Catalunya és l'òrgan competent per imposar les sancions de conformitat amb el que estableix la lletra g de l'article 10 de la LCAC.

Per tot el que s'ha exposat, el Ple del Consell de l'Audiovisual de Catalunya adopta el següent

ACORD

1. Declarar el prestador de serveis de televisió Esoditel, SL, responsable de la comissió d'una infracció molt greu, tipificada a la lletra c de l'article 132 de la LCA, per l'incompliment dels deures imposats en relació amb la protecció de la infància i la joventut.

2. Imposar al prestador de serveis de televisió Esoditel, SL, la sanció següent:

Pel que fa a la quantia de la multa a imposar, ha de ser de NORANTA MIL UN EUROS (90.001 €), és a dir, la quantia mínima que preveu la lletra a de l'apartat 1 de l'article 136 de la LCA per la comissió d'infraccions molt greus.





- Pel que fa a la suspensió de l'activitat: 1 dia de suspensió de l'activitat en els termes que estableix la lletra a de l'apartat 1 de l'article 136 de la LCA.

La multa s'ha de fer efectiva al compte número **2100 0591 47 0200187322** de l'entitat "la Caixa" (fent-hi constar com a referència CAC-9/2013-S) en els terminis que estableix l'apartat 2 de l'article 62 de la Llei de l'Estat 58/2003, de 17 de desembre, general tributària:

- a) Si la notificació d'aquest Acord es fa entre els dies 1 i 15 de cada mes, des de la data de recepció de la notificació fins al dia 20 del mes posterior o, si aquest no fos hàbil, fins a l'immediat hàbil següent.
- b) Si la notificació d'aquest Acord es fa entre els dies 16 i últim de cada mes, des de la data de recepció de la notificació fins al dia cinc del segon mes posterior o, si aquest no fos hàbil, fins a l'immediat hàbil següent.

Així mateix, us advertim que la manca de compliment de la sanció dins dels terminis esmentats més amunt pot donar lloc, sense més tràmits, a executar-la de manera forçosa, d'acord amb els articles 95 a 97 de la LRJPAC.

3. Notificar aquest Acord a Esoditel, SL.

Barcelona, 5 de març de 2014

Roger Loppacher i Crehuet
President



Daniel Sirera Bellés
Conseller secretari

