

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 10 de Madrid

C/ Gran Vía, 19 , Planta 1 - 28013
45029730

NIG: 28.079.00.3-2017/0025715

Procedimiento Abreviado 86/2018 PAB3º

Demandante: D. CARLOS MARTINEZ ENCABO

PROCURADOR Dña. CRISTINA VELASCO ECHAVARRI

Demandado: CONSEJERIA DE POLITICAS SOCIALES Y FAMILIA
LETRADO DE COMUNIDAD AUTÓNOMA

ILTMA SRA.

MAGISTRADA:

D^{ra}. Eva María Bru Peral

SENTENCIA Nº 289/2018

En la ciudad de Madrid, a once de octubre de dos mil dieciocho en autos del procedimiento abreviado 86/2018, seguidos a instancia de D. Carlos Martínez Encabo, debidamente representado y defendido, contra la Comunidad de Madrid, Consejería de Políticas Sociales y Familia, sobre derecho sancionador, se dicta la presente sentencia con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por la representación y defensa de D. Carlos Martínez Encabo, se interpuso escrito de demanda impugnando la Resolución de la Consejería de Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad de Madrid que le imponía sanción de multa de 1.000 € por la comisión de una infracción regulada en la Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra LGTBIfobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid.

Segundo.- Una vez admitido a trámite, comprobada por tanto la correcta comparecencia de las partes según dispone el artículo 45.3 LRJCA, y recibido el expediente administrativo, fijada la cuantía en la cantidad reclamada, habiéndose citado a las partes para la celebración de vista, una vez tenida ésta lugar sin que las partes considerasen necesaria la asistencia del Sr. Letrado de la Administración de Justicia,



con el resultado que obra en las actuaciones, quedó el recurso concluso y visto para Sentencia la cual se dicta con el cumplimiento de los requisitos legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se impugna la Resolución de 31 de mayo de 2017, de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Políticas Sociales y Familia, confirmada en alzada por Orden nº 1616/2017 de fecha 19 de septiembre de 2017 del Consejero de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad de Madrid, por la que se impuso a D. Carlos Martínez Encabo una sanción de multa de 1.000 euros por la comisión de una infracción tipificada en el artículo 70.2.a) de la Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral con la LGTBifobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid.

La parte recurrente solicita que se: *“tenga por interpuesto recurso por DEMANDA en los autos del Procedimiento Abreviado núm. 86/2018 que se siguen ante ese Juzgado a instancias de la representación procesal de DON CARLOS MARTÍNEZ ENCABO contra la Orden nº 1616/2017 de fecha 19 de septiembre de 2017 dictada por el Consejero de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad de Madrid, por la que se acuerda desestimar el Recurso de Alzada interpuesto contra la Resolución de 31 de mayo de 2017 de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Políticas Sociales y Familia, por la que se impuso a DON CARLOS MARTÍNEZ ENCABO una sanción administrativa de multa de 1.000 euros por la comisión de una infracción tipificada en el artículo 70.2.a) de la Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral con la LGTBifobia y la Discriminación por razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid, confirmando la resolución recurrida; dándole la tramitación que proceda en Derecho y, en su virtud, previos los trámites procesales pertinentes, acuerde en su día dictar sentencia por la que resuelva estimar íntegramente el recurso jurisdiccional deducido y, en consecuencia, declare nula, anule o revoque y declare contrario a Derecho la resolución impugnada, dejándola sin efecto”*.

El Letrado de la Comunidad de Madrid pide la íntegra desestimación del presente recurso contencioso-administrativo.



Segundo.- Alega la parte recurrente en su extensa demanda, que se resume, que el Colegio Juan Pablo II de Alcorcón es un centro docente de titularidad privada, con carácter propio, y en régimen de concierto educativo que pertenece a la “Fundación Educatio Servanda”, y que se han violación los derechos fundamentales a la libertad de expresión y difusión de pensamiento, ideas y opiniones y de comunicación reconocidos en el artículo 20.1 a) y d) de la Constitución, en relación con los artículos 16.1 y 27 del mismo texto constitucional, así como los derechos fundamentales a la libertad ideológica y religiosa que consagra el artículo 16.1 de la Constitución, en relación con el derecho a la objeción de conciencia que reconoce el artículo 30 del mismo texto constitucional, así como también una violación de las libertades de pensamiento, de conciencia y de religión reconocidas en el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 9 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, así como la violación del derecho fundamental a la libertad de enseñanza reconocido en el artículo 27 de la Constitución, y en particular el derecho de los centros escolares a tener un carácter propio, así como también el derecho de los padres a que los hijos reciban la formación religiosa y moral de acuerdo a sus convicciones, así como también una violación de las libertades relativas a la educación y la enseñanza reconocidas en el artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 9 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Considera asimismo el Letrado recurrente que no hay tipicidad, no siendo los hechos constitutivos de infracción, que la resolución no está motivada,

Por el contrario, el Letrado de la Comunidad, manteniendo los fundamentos de las resoluciones recurridas, consideró que las expresiones vertidas en la carta dirigidas por el Director del centro a las familias constituían expresiones ultrajantes, merecedoras de sanción.

Tercero.- Planteado el debate en los términos expuestos, lo esencial es determinar si las expresiones utilizadas en la carta dirigida a las familias por el Director del Centro incurren en la infracción tipificada en el artículo 70.2.a) de la Ley 3/2016.



Al respecto, si bien el ordenamiento jurídico español se caracteriza por la presencia de una amplia potestad sancionadora de las Administraciones Públicas, ésta viene limitada por el artículo 25 CE que establece los principios sustantivos o materiales de la potestad sancionadora de la Administración, según interpretación reiterada del Tribunal Constitucional: legalidad (reserva de ley), tipicidad, non bis in idem y el de irretroactividad de las normas sancionadoras desfavorables. De acuerdo con este artículo, el Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución (art. 1 LOTC) y con la eficacia vinculante que para los órganos jurisdiccionales tiene su doctrina (art. 5.1 LOPJ), ha señalado, entre otras, ya desde su sentencia 18/1981, de 8 de junio, que: *"los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (art. 25, principio de legalidad) y una reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (sentencias de la sala cuarta de 29 de septiembre, 4 y 10 de noviembre de 1980, entre las más recientes), hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales"*.

Sobre la base de las exigencias constitucionales indicadas, la Ley configura estos principios, de una parte, como auténticos límites para la Administración en cuanto se la obliga a respetar los mismos en el marco de su actividad sancionadora; y, de la otra, como garantías de los administrados, al conformarlos como verdaderos derechos subjetivos que pueden ser esgrimidos ante los Tribunales y que sirven de control a la actividad sancionadora de la Administración. Por ello, la Ley diferencia el principio de legalidad, referido a la necesaria cobertura legal de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas (artículo 127.1 anterior Ley 30/1992 y actual artículo 25 de la Ley 40/2015) y el principio de tipicidad, que comporta la exigencia de una suficiente previsión normativa de infracciones y sanciones (artículo 129.1 anterior Ley 30/1992 y artículo 27 Ley 40/2015), además de contemplar por separado la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras (artículo 128 anterior Ley 30/1992 y artículo 26 de la Ley 40/2015). Como ya mantenía la jurisprudencia, así STS de 20 de diciembre de 1989, la legalidad (reserva de ley) se cumple con la previsión de las infracciones y de las sanciones en la ley, pero para la tipicidad se requiere algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considere sancionable, siendo en definitiva medio de garantizar el principio constitucional de hacer realidad, junto a la exigencia de una



lex previa, la de una lex certa, lo que no impide las posibilidades del reglamento para la configuración de los tipos de infracción y de las sanciones, siempre que la ley contenga los elementos básicos y definitorios de las infracciones y sanciones.

A su vez, el Tribunal Constitucional construye en el procedimiento sancionador el derecho de la presunción de inocencia con la misma intensidad garantista que en el proceso penal, exigiendo que para que haya una sanción conforme al artículo 24.2 de la Constitución, ha de existir prueba de cargo suficiente que permita a la Administración deducir en juicio de reproche razonadamente, correspondiendo el juicio valorativo de la prueba a la Administración (sentencia del Tribunal Constitucional 212/1990); señalando que la carga de la prueba corresponde a quien acusa, la Administración, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia; y que cualquier injerencia en el resultado de la prueba practicada, libremente valorado por el Órgano sancionador, debe traducirse en un procedimiento absolutorio (sentencia del Tribunal Constitucional 76/1990), subrayando que cuando el juicio valorativo de la prueba se manifieste arbitrario o carente de conexión lógica con el contenido probatorio se habrá vulnerado el Derecho Fundamental (sentencia del Tribunal Constitucional 138/1990). Asimismo, el Tribunal Constitucional ha reiterado que las infracciones de procedimiento constitucionalmente protegibles son aquellas causantes de indefensión.

Cuarto.- Aplicando la doctrina expuesta, el tipo de la infracción por la que fue sancionado el actor es el contenido en el artículo 70.2.a):

Son infracciones administrativas leves:

a) Utilizar o emitir expresiones vejatorias por razón de orientación sexual e identidad o expresión de género o que inciten a la violencia contra la personas o sus familias, en la prestación de servicios públicos, en cualquier medio de comunicación, en discursos o intervenciones públicas o en redes sociales.

De la redacción de este variado precepto se desprende que las infracciones tipificadas en el mismo son varias y diversas. Así, por un lado, dentro de esa infracción leve, se diferencian dos acciones típicas, utilizar y emitir, siendo ambas conductas diferenciadas por cuanto podemos estar ante una o ante otra, dada la conjunción disyuntiva empleada en la Ley 3/2016. A su vez, la acción típica debe ir referida a expresiones vejatorias, y si bien “*expresiones vejatorias*” solo acompaña a la acción de emitir debería sobreentenderse que también va referida a la acción de utilizar.



Así pues, ya desde el principio se distinguen en el artículo 70.2.a) dos acciones típicas diferenciadas:

- Utilizar expresiones vejatorias.
- Emitir expresiones vejatorias.

A su vez estas acciones típicas, la de emitir y la de utilizar, deben ser vejatorias pero siempre y cuando lo sean por estar relacionadas con una de las siguientes razones: o bien la orientación sexual e identidad, o bien la expresión de género, empleando nuevamente el Legislador la conjunción “o” que lleva a establecer acciones excluyentes, o alternativas, atendiendo a la función de estas conjunciones disyuntivas (no olvidemos que disyunción es la “*Acción y efecto de separar y desunir*”).

De esta forma tendríamos las siguientes acciones típicas:

- Utilizar expresiones vejatorias por razón de orientación sexual e identidad.
- Emitir expresiones vejatorias por razón de orientación sexual e identidad.
- Utilizar expresiones vejatorias por razón de expresión de género.
- Emitir expresiones vejatorias por razón de expresión de género.

Ahora bien, nuevamente, y utilizando la conjunción disyuntiva “o” se contempla por el Legislador un nuevo elemento “*que inciten a la violencia*”, diferenciando a su vez según esa incitación a la violencia lo sea sobre la persona (se debe entender que la persona que quede dentro del ámbito de protección de la Ley) o sobre la familia de esa persona, y sin precisar en qué grado de familia, o si es familia colateral o solo familia directa, y sin especificar si la incitación a la violencia lo es contra la orientación sexual e identidad o también contra la expresión de género, y sin que pueda entenderse como un tipo agravado de las acciones de utilizar expresiones vejatorias o de emitir expresiones vejatorias, ya que está dentro de la misma oración y con igual conexión que las expresiones vejatorias, o como una nueva clase de expresiones vejatorias por razón de su contenido, y sin que se precise si esa incitación a la violencia va referida a las dos acciones típicas de utilizar y de emitir o solo a una de ellas de las que se regulan en el artículo.

Por último, para que todas las acciones sean punibles el artículo requiere que se utilicen o se emitan:

- en la prestación de servicios públicos
- en cualquier medio de comunicación
- en discursos



- en intervenciones públicas
- en redes sociales.

Así pues, las acciones contempladas en el artículo aplicado por la Administración serían, y ello sin que pueda determinarse si todas ellas o solo algunas van referidas a la incitación a la violencia contra la persona o sobre qué miembros de la familia:

- Utilizar expresiones vejatorias por razón de orientación sexual e identidad en la prestación de servicios públicos.
- Emitir expresiones vejatorias por razón de orientación sexual e identidad en la prestación de servicios públicos.
- Utilizar expresiones vejatorias por razón de expresión de género en la prestación de servicios públicos.
- Emitir expresiones vejatorias por razón de expresión de género en la prestación de servicios públicos.
- Utilizar expresiones vejatorias por razón de orientación sexual e identidad en cualquier medio de comunicación.
- Emitir expresiones vejatorias por razón de orientación sexual e identidad en cualquier medio de comunicación.
- Utilizar expresiones vejatorias por razón de expresión de género en cualquier medio de comunicación.
- Emitir expresiones vejatorias por razón de expresión de género en cualquier medio de comunicación.
- Utilizar expresiones vejatorias por razón de orientación sexual e identidad en discursos (no se precisa si han de ser públicos).
- Emitir expresiones vejatorias por razón de orientación sexual e identidad en discursos (no se precisa si han de ser públicos).
- Utilizar expresiones vejatorias por razón de expresión de género en discursos (no se precisa si han de ser públicos).
- Emitir expresiones vejatorias por razón de expresión de género en discursos (no se precisa si han de ser públicos).
- Utilizar expresiones vejatorias por razón de orientación sexual e identidad intervenciones públicas.



- Emitir expresiones vejatorias por razón de orientación sexual e identidad intervenciones públicas.
- Utilizar expresiones vejatorias por razón de expresión de género intervenciones públicas.
- Emitir expresiones vejatorias por razón de expresión de género intervenciones públicas.
- Utilizar expresiones vejatorias por razón de orientación sexual e identidad en redes sociales.
- Emitir expresiones vejatorias por razón de orientación sexual e identidad en redes sociales.
- Utilizar expresiones vejatorias por razón de expresión de género en redes sociales.
- Emitir expresiones vejatorias por razón de expresión de género en redes sociales.

Quinto.- Expuesta la profusa tipificación contenida en el artículo 70.2.a) de la Ley 3/2016, además la Administración consideró aplicables, citando los preceptos pero sin desarrollar e individualizar su aplicación, y sin motivarlos, el artículo 8 de la Ley, relativo a la plena integración sociolaboral de las personas LGTBI, el artículo 29.1 sobre estrategia integral de educación y diversidad sexual, y el artículo 30 relativo a combatir el acoso y favorecer la visibilidad.

A partir de aquí las manifestaciones, que se entresacan del conjunto de la carta, privándolas de esta manera de la visión de conjunto y finalidad de la carta, por los que fue sancionado el actor, fueron los siguientes:

- *“¡Qué barbaridad prescindir de la verdad natural del hombre y del derecho inalienable de los padres a la educación de los hijos!”.*
- *“¡Qué dogmatismo acusar de discriminación a quien piensa diferente!”*
- *“¡Qué despropósito pretender imponer una ideología a fuerza de sanciones!”*
- *“El parecido con el fanatismo terrorista es inquietante”*
- *“En el fondo, el islam o la ideología de género no son más que otros “programas humanos” y “con maquinaciones condenadas a la disolución y al fracaso. Eso es lo que deberíamos enseñar a nuestros hijos sin ningún complejo”.*



Ahora bien, según la propia Ley, artículo 3.a), LGTBI son las siglas que, en conjunto, designan a personas Lesbianas, Gais, Trans, Bisexuales e Intersexuales, pero la aplicación de una infracción exige diferenciar entre lo que es emitir expresiones vejatorias por razón de orientación sexual e identidad o lo que es emitir expresiones vejatorias por razón de expresión de género, siendo además que género en el contexto de la Ley va referido a diversidad, de género, en cuanto comportamiento distinto respecto de las normas y roles de género impuestos socialmente para el sexo asignado de cada persona (artículo 3.m), de ahí que ante la precisión y diferenciaciones de acciones típicas contempladas en el artículo 70.2.a) de la Ley 3/2016 la Administración debió realizar un esfuerzo tipificador mayor al realizado con el presente ejercicio de la potestad sancionadora en el ámbito del sucinto procedimiento sancionador tramitado en su día, y que concluyó con la resolución sancionadora, ejercitando con ella el *ius puniendi*, máxime cuando no se consideró la carta como un todo, estando ausente esa fundamentación en la resolución sancionadora que se limita a rechazar las alegaciones presentada por el actor y a citar los preceptos aplicados, pero sin motivar esa aplicación, pese a que ya la Fiscalía había informado: *“...al no rebasar los límites del derecho constitucional a la “libertad de expresión”, y concretamente a la “difusión de ideas u opinión”, pudiendo revestir las manifestaciones contenidas en la carta del Director, expresiones desafortunadas e inapropiadas pero sin que de las mismas resulte discurso del odio o a la violencia”, y sin que tampoco la resolución que desestima el recurso de alzada sirva a lo aquí expuesto por cuanto ese ejercicio de la potestad sancionadora ya había concluido y se había consumado, ya que en “...la posterior vía de recurso se ejercita por la Administración una potestad administrativa diferente, cual es la relativa a la revisión de la previa actuación administrativa...”* (STS, Sección 5ª, de 15 de diciembre de 2004, recurso 97/2002, FJ 9º), y en cualquier caso tampoco responde a las exigencias de tipificación anteriormente señaladas.

Así pues, la conclusión es que la Administración sancionadora ni cumplió con la obligación de tipificar adecuadamente los hechos que consideró sancionables, ni motivó el ánimo vejatorio del recurrente.

A mayor abundamiento, la propia Administración reconoce que el actor lo que ha emitido es una crítica a la Ley 3/2016 (FD 1º de la Orden de 19 de septiembre de 2017), y en este punto la doctrina constitucional relativa a la garantía constitucional del derecho fundamental a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas u



opiniones no sólo mediante la palabra o el escrito, sino también mediante cualquier otro medio de reproducción, sostiene que desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión, la formulación de críticas, por desabridas, acres o inquietantes que puedan resultar no son más que reflejo de la participación política de los ciudadanos y son inmunes a restricciones por parte del poder público, salvo si lo expresado solamente trasluce ultraje o vejación. Siendo esto así, el contenido de la carta del recurrente, y las expresiones descontextualizadas por la Administración, lo que reflejan es el desacuerdo del recurrente con una norma jurídica, debiendo en cualquier caso atenderse a la proporcionalidad que debe regir la limitación del ejercicio del derecho a la libertad de expresión, manifestada en los riesgos derivados de la utilización del *ius puniendi* como la respuesta estatal ante un eventual ejercicio, extralimitado o no, del derecho a la libertad de expresión.

En consecuencia, por todo lo expuesto, la conclusión ha de ser la estimación del presente recurso contencioso-administrativo, lo que hace innecesario el examen de otras cuestiones así como el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad expuesta en el último fundamento de la demanda.

Sexto.- Conforme a los criterios dispuestos en el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, procede formular expresa imposición de costas.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,
FALLO

Que, conforme se expone en los Fundamentos de la presente Sentencia, debo estimar y estimo el recurso contencioso administrativo nº 86/2018 interpuesto por la representación y defensa de D. Carlos Martínez Encabo contra las resoluciones expresadas en el primer fundamento de derecho de la presente sentencia, las cuales se anulan por no ser conformes a derecho. Con condena en costas

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.



Notifíquese en debida forma esta Sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, según lo establecido en el artículo 81 de la LJCA 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Llévese el original de la presente sentencia al libro correspondiente, dejando testimonio de la misma en las actuaciones.

NOTA: De conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, se informa que la difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia estimatoria firmado electrónicamente por EVA MARIA BRU PERAL, ANDRES RODRIGUEZ DEL PORTILLO