



Roj: **SAN 1907/2021 - ECLI:ES:AN:2021:1907**

Id Cendoj: **28079230012021100224**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/05/2021**

Nº de Recurso: **1138/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FELISA ATIENZA RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN PRIMERA**

**Núm. de Recurso:** 0001138 /2018

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 08750/2018

**Demandante:** REVELATION TV EUROPE S.L.

**Procurador:** GEMA SAINZ DE LA TORRE VILALTA

**Letrado:** ROCIO MORE NO GARCIA

**Demandado:** COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilma. Sra.:** D<sup>a</sup>. FELISA ATIENZA RODRIGUEZ

### **SENTENCIA N<sup>o</sup> :**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

D. EDUARDO MENÉNDEZ REXACH

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D<sup>a</sup>. FELISA ATIENZA RODRIGUEZ

D<sup>a</sup>. LOURDES SANZ CALVO D. FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ

D<sup>a</sup>. NIEVES BUISAN GARCÍA

Madrid, a doce de mayo de dos mil veintiuno.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo **1138/2018**, que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido la Procuradora D<sup>a</sup> Gema Sainz de la Torre Vilalta, en nombre y representación de **REVELATION TV EUROPE S.L.**, frente a la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado, contra la Resolución de 31 de mayo de 2018 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (que después se describirá en el primer Fundamento de Derecho), siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrado Dña FELISA ATIENZA RODRIGUEZ.

### **AN TECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** El presente recurso contencioso-administrativo se interpuso el 8 de octubre de 2018, contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de 31 de mayo de 2018, que impuso a la recurrente una sanción de 6.000 euros, por el incumplimiento de lo dispuesto en el art. 4.2 de la ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual.

**SEGUNDO.-** Una vez admitido a trámite el recurso, la recurrente formalizó la demanda, a través del escrito presentado el 13 de febrero de 2019, en el que, después de alegar los hechos y fundamentos jurídicos que consideró aplicables, suplicó a la Sala que se anule la resolución impugnada y se deje sin efecto la sanción impuesta, con imposición de las costas a la Administración.

**TERCERO.-** El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito, en el que, tras alegar los hechos que estimó aplicables y aducir los fundamentos jurídicos que consideró pertinentes, terminó suplicando que se desestime el recurso formulado de contrario, con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

**CUARTO.-** Mediante Auto de 25 de octubre de 2019, fue recibido el proceso a prueba, y una vez presentados los correspondientes escritos de Conclusiones por las partes, se declararon conclusas las actuaciones quedando las mismas pendientes de señalamiento para votación y fallo cuando por turno correspondiese, lo que tuvo lugar el 27 de abril del presente, fecha en la que efectivamente se deliberó y votó.

Siendo Ponente la Ilma Sra Magistrada, D<sup>a</sup> María Felisa Atienza Rodríguez, quien expresa el criterio de la Sala.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO.-** Se impugna en el presente recurso contencioso administrativo, por la representación procesal de la entidad REVELATION TV EUROPE S.L., la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), de 31 de mayo de 2018, que resuelve:

*"PRIMERO . - Declarar responsable directa a REVELATION TV EUROPE, S. L. de la comisión de una infracción administrativa de carácter leve, tipificada en el artículo 59.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual , por el presunto incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 4.2 de la misma Ley 7/2010 , en relación a los contenidos y comentarios, que podrían ser considerados como atentatorios contra la dignidad del colectivo homosexual y transgénero, producidos durante la emisión del programa "RMornings", emitido el día 11 de septiembre de 2017, entre las 11:54:01 horas y las 12:06:31 horas (horario del Reino Unido), en su canal de televisión "REVELATION TV".*

*SEGUNDO. - Imponer a REVELATION TV EUROPE, S. L. una multa por importe de 6.000 € (seis mil euros), en aplicación del artículo 60.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual ."*

La resolución combatida fundamenta la imposición de la sanción, en síntesis, en que no existe un derecho absoluto a la libertad ideológica y de expresión, invocando la STC 214/1991, de 11 de noviembre, y que, aunque el programa denunciado incluya vejatorias o degradantes hacia determinadas personas por razón de su orientación o diversidad sexual o identidad de género, no se incita de forma manifiesta y explícita al odio de dichos colectivos por parte de la cadena titular del programa, por lo que califica la sanción como leve.

En cuanto a la cuantificación de la sanción, se tienen en cuenta circunstancias atenuantes como la reducida audiencia del canal, así como la escasa duración de la sección controvertida (12 minutos) y reducidos perjuicios así como que es la primera vez que se sanciona a dicho prestador del servicio de comunicación audiovisual.

**SEGUNDO.-** La recurrente discrepa del contenido de dicha resolución por considerar que la conducta sancionada no es típica, pues no se infringe el art. 4.2 de la LGCA. En segundo término, considera que el Canal Televisivo no sería responsable por manifestaciones vertidas en vivo y en directo por un invitado. En tercer lugar, denuncia la nulidad de la resolución por vulneración de las garantías del procedimiento.

Se relata en la demanda que la sanción impuesta se produce como consecuencia de comentarios vertidos por un Pastor cristiano en un programa televisivo en el cual dicho Pastor, al hilo de una controversia surgida en Reino Unido, donde unos padres demandaron al Colegio (cristiano) donde iban sus hijos pequeños, por permitir que un compañero de clase, de solo 6 años de edad, acudiese al centro vestido como una niña, puso de manifiesto su criterio contrario al hecho de que, con tal conducta, se animase a niños pequeños (de 6 años) a abrazar la transexualidad, ya que, a su juicio, con tan poca edad, los niños no tienen conciencia de su sexualidad y podrían ser manipulados. Considera que tal opinión, que se vierte, sin ninguna incitación al odio, ni con intención de discriminar a ningún colectivo, es una opinión perfectamente defendible, tan válida y respetable como la contraria. Y por ello reitera que la conducta sancionada no es típica.



Insiste la recurrente en que nada de lo que se dijo por el pastor en el programa puede considerarse irrespetuoso con la dignidad humana, ni contrario a los valores constitucionales. Tampoco dice en ningún momento el tertuliano que ser homosexual o transexual sea algo negativo, ni que haya que discriminar al colectivo LGTBI. Manifiesta que en ningún momento faltó por el pastor al respeto al colectivo de personas LGTBI, y de hecho, en el programa, ni siquiera se debatió respecto a la homosexualidad o transexualidad en sí. Tampoco se ha discriminado o incitado a la discriminación de dicho colectivo. Sólo se debatió sobre si un niño de seis años debía o no ser animado a abrazar la transexualidad a edad tan temprana. Y el propio pastor dijo que cuando fuese mayor el niño podría decidir libremente si quería o no ser transexual, pero que con 6 años no tenía aún criterio para decidir tan importante cuestión.

Opina la recurrente que se la ha sancionado no por lo que "dijo" el tantas veces mencionado Pastor invitado en su canal televisivo, sino por lo que una persona (la que presentó la queja que dió lugar al expediente) interpretó maliciosamente en sus palabras. Y se atendió a la literalidad de dicha queja sin contrastarla con lo verdaderamente afirmado por el tantas veces mencionado Pastor.

Por lo demás, entiende que las menciones a los avances legislativos en materia de reconocimiento de la diversidad sexual que se contienen en los dos últimos párrafos de la página 13 de la resolución, aunque ilustrativos de la voluntad de los poderes públicos de reconocer la igualdad de trato y no discriminación de dichos colectivos, nada tiene que ver con lo que se enjuicia, ya que en ningún momento se vejó o discriminó en el programa a los colectivos LGTBI. También resulta innecesaria, y sesgada, a su juicio, cuanto se expone en la página 14 de la Resolución, ya que, el canal televisivo, aun siendo un canal *religioso*, no ha "violado ningún derecho humano", porque, insiste, en el caso que nos ocupa, no se profiere ningún ataque, ningún insulto, ninguna vejación, a ningún colectivo LGTBI, ya que ni siquiera se debatió en el programa a favor o en contra de la homosexualidad/transexualidad, como queda acreditado de la lectura del contenido del programa televisivo y de la propia Resolución recurrida. Solo se comentaba la noticia del niño inglés y la repercusión mediática en Reino Unido.

En segundo lugar, considera que tratándose de comentarios vertidos en vivo y en directo por un Pastor invitado al programa, no puede imputarse al canal una conducta sancionable, ya que no tiene el control sobre lo que el tertuliano iba a decir.

Se denuncia asimismo en la demanda, la nulidad del procedimiento porque no se ha producido la necesaria separación entre la fase instructora y la sancionadora, pues el Acuerdo de incoación del procedimiento sancionador y las actuaciones de información previa se han efectuado por las mismas personas que han dictado la resolución sancionadora.

El Representante de la Administración se opone a la estimación del recurso y solicita la confirmación de la resolución combatida que considera acorde a Derecho.

**TERCERO.-** Como ya hemos adelantado, la imposición de la sanción que se recurre ha sido por una presunta infracción del art. 4.2 de la LGCA, que establece lo siguiente:

*" 2. 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 dicha resolución se considera probado como hecho constitutivo de la infracción, el siguiente: "Emisión de contenidos sobre los colectivos homosexual y transgénero destinados a crear un estado de alarma y rechazo dentro de la comunidad cristiana hacia dichos colectivos que pueden provocar discriminación".

Hecho que se habría producido en el programa RMorning, emitido por Revelation TV desde las 10.30 h a las 12.30 h, el 11 de septiembre de 2017. Se trata de un programa diario que aborda la actualidad y noticias publicadas en la prensa y en la que una presentadora, introduce una noticia publicada en la portada de un periódico británico, en la que una pareja cristiana demanda al colegio de sus hijos por permitir la entrada a un alumno transgénero de seis años. El pastor religioso invitado al programa es el autor de las manifestaciones supuestamente infractoras, según el visionado traducido aportado al expediente, y que en la resolución combatida se resumen de la siguiente manera:

- La naturaleza homosexual y transgénero no es lo normal o lo deseable en una persona
- Los colectivos homosexual y transgénero no pueden ni deben ser considerados normales ni naturales por los cristianos.
- Que, por todo lo anterior, la comunidad cristiana debe adoptar una postura firme, beligerante y contraria a dichos colectivos.

La resolución sancionadora reconoce que " Aunque los anteriores puntos no impliquen una manifiesta incitación al odio o directamente animen a la comisión de actos de violencia, acoso o estigmatización contra personas concretas por causa de su orientación sexual o identidad de género, algunos de los contenidos emitidos en el programa de Revelation TV pueden generar un estado de alarma en la comunidad cristiana y de rechazo hacia estos grupos, trasladando connotaciones negativas hacia estos colectivos, connotaciones contrarias abiertamente al debido respeto a la dignidad humana.

Y recuerda que el derecho a la libertad de expresión e información, reconocido en la Constitución Española en su artículo 20, y que afecta plenamente a la emisión de contenidos audiovisuales efectuada por los operadores de televisión, no es un derecho absoluto y tiene su límite cuando se vulneran los derechos de otras personas, como en este caso, los reconocidos en el artículo 4.2 de la LGCA, como lo ha señalado el Tribunal Constitucional, entre otras, en su Sentencia 214/1991, de 11 de noviembre de 1991.

**CUARTO.-** Un correcto enjuiciamiento de la cuestión litigiosa, exige recordar, como la Sala ha señalado reiteradamente, que al procedimiento administrativo sancionador le resultan de aplicación los mismos principios que rigen en el ámbito penal; citamos, por todas la sentencia de 23 de abril de 2019, dictada en el recurso 88/2017, en la que decíamos:

*<< Es preciso comenzar recordando los principios inspiradores del procedimiento administrativo sancionador, que se enuncian y regulan actualmente en la Ley 40/2015, Capítulo III, y que son idénticos a los que contemplaba la Ley 30/1992, es decir, legalidad, irretroactividad, tipicidad, responsabilidad, proporcionalidad, prescripción y concurrencia de sanciones. Por lo que respecta al procedimiento, tras la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, no existe ya un procedimiento administrativo sancionador específico, como sucedía bajo la vigencia de la Ley 30/1992. La imposición de sanciones vendrá precedida de la tramitación del procedimiento administrativo común regulado en su título IV, con algunas particularidades que a lo largo de su articulado se especifican.*

*Es sabido que el Tribunal Constitucional ha venido considerando aplicable al procedimiento administrativo sancionador los mismos principios del proceso penal, advirtiendo que ...<< la traslación de estos criterios al ámbito de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas ha de efectuarse teniendo en todo momento presentes las diferencias estructurales del procedimientos establecido para su ejercicio, que no conoce una diferenciación orgánica tajante entre acusación, instrucción y decisión ni una nítida frontera entre un periodo de preparación o instrucción y otro de enjuiciamiento>> STC 117/2000 (FJ5).*

*Es en esta misma sentencia (FJ6) el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la inalterabilidad de los elementos fácticos y los jurídicos en la imputación administrativa, cuando declara ... << desde el mismo momento en que abierto el expediente sancionador se deja también expedita a la parte la posibilidad de ejercitar las defensas que estime oportunas para conservar la integridad de su derecho, de tal suerte que la imputación de una infracción puramente formal no puede transformarse sorpresivamente en otra de carácter sustantivo>>.*

*En relación al ámbito de la prueba, también se han puesto de manifiesto algunas diferencias entre el procedimiento penal y el administrativo sancionador, por cuanto en este último, el Tribunal Constitucional ha admitido como válidas, a los efectos de enervar la presunción de inocencia, pruebas de cargo que no resultan suficientes en un proceso penal, como ocurre con los partes de inspección o los informes obrantes en autos ( STC 170/1990 y 341/1993 , entre otras). Sin embargo, en cuanto a la carga de la prueba y su extensión, los principios penales son extensibles al ámbito administrativo sancionador y por ello la carga de probar los hechos constitutivos de la infracción típica corresponde exclusivamente a la Administración. Así lo ha declarado el TC, al referirse específicamente al campo administrativo, << cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valoradas por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio>> STC 129/2003 .*

*Asimismo el TC, STC 8/2006 , ha añadido que los elementos de cargo que requieren ser probados, deben ser hechos incriminadores y no normas o elementos de derecho, pues solo los hechos pueden ser objeto de prueba y no su calificación jurídica, siendo necesario que la prueba se refiera al sustrato fáctico de todos los elementos objetivos de la infracción.*

*Relacionado con la carga de la prueba se encuentra el principio de valoración de la prueba, que según la doctrina tanto del TC como del TS se encuentra íntimamente ligada al principio de presunción de inocencia, y que exige que el fallo condenatorio se apoye en verdaderos actos de prueba que han de ser conformes a la Ley y a la Constitución STC 17/2002 .*

*Finalmente el principio general de motivación de las resoluciones administrativas, contenido en el art. 54 de la Ley 30/1992 , en su extensión a las resoluciones sancionadoras, exige que por el órgano sancionador una exteriorización del razonamiento que conduce a la conclusión de culpabilidad, lo que en términos del TC se*





traduce en << una mínima explicitación de los fundamentos probatorios del relato fáctico, con base en el cual se individualiza el caso y se posibilita la aplicación de la norma jurídica...>> STC 249/2000 , o como se dice expresamente por dicho Tribunal, en relación a las resoluciones sancionadoras administrativas << deben hacer explícitos en la resolución los elementos de convicción que sustentan la declaración de los hechos probados , a fin de acreditar la concurrencia de prueba de cargo capaz de enervar la presunción de inocencia>>

Por otro lado , según ha reiterado el Tribunal Constitucional ( SSTC 13/1981, 76/1990), la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción debe recaer sobre la Administración, SSTC 76/1990, 120/1994, 154/1994, 23/1995, 97/1995, 147/1995 y 45/199.

**QUINTO.-** Partiendo de tales principios, habrá que analizar si las manifestaciones del pastor cristiano en el programa de referencia, son constitutivas de la infracción del art. 4.2 de la LGCA que se le imputa y que sanciona "la incitación al odio o a la discriminación por razón de género.." , y obliga a ser respetuosos "con la dignidad humana y los valores constitucionales".

Los párrafos de las manifestaciones del pastor tertuliano, que la resolución sancionadora señala como constitutivas de dicha infracción, según aparecen en el apartado 1.1 de los hechos probados, son los siguientes, conforme a la traducción obrante al expediente:

*"[ El problema es que estos tipos están llevando a cabo lo que yo llamo ingeniería social". Vienen con ideas propias para mover a la sociedad en una dirección particular. Pero no debemos permitir que eso suceda. Deje que el niño crezca de forma natural y, cuando tenga la edad suficiente, déjelo decidir qué es lo que quieren hacer. Después de los 18 años, decidirán que querrán hacer, lo que quieran con la libertad de hacerlo. Pero comenzar en la escuela, comenzar a enseñar una idea que no es natural, porque todas estas ideas que están presentando no son la forma natural en que realmente son las cosas, no son la forma natural en que están en la Biblia, no son, biológicamente, la forma natural. No sé quién lo fomenta y cómo podemos detener esto, lo cual no debería suceder.]"*

*"[ Pero necesitas entender a las personas que impulsan esta agenda, no son ignorantes, saben exactamente lo que están haciendo, saben que a esa edad el niño no tiene ni idea de lo que está pasando, así que si logran manipularlos, los niños creen que esto es lo que es natural, luego se adhiere a los niños y luego les gusta tratar de atrapar a una generación antes de tiempo, de modo que cuando finalmente llegan a la edad de 20 o 25 años, el mundo entero ha cambiado exactamente a donde quiere estar con esa agenda.]"*

*"[Ése es un juego al que están jugando, y se les deja para que el sector cristiano surja como un todo. Si los cristianos se tienen que despertar y decir: escucha, nosotros vamos a formar un partido político o unirse a un partido para cambiar esta locura. Vamos a tener que hacer esto porque si no vamos a tener a Sodoma y Gomorra en nuestras puertas, donde ellos te van a decir que queremos atrapar a esos hombres allí y queremos dormir con ellos y no hay nada que puedas hacer al respecto. Tengo chicas aquí para darte...no, queremos a esos tipos. Y como se ha vuelto agresivo, se ha vuelto pesado y si no nos enfrentamos a esta militancia, empeorará y se pondrá realmente mal.]"*

*"[Esos programas están diseñados para golpear a los cristianos y golpearlos hasta la sumisión, pero si piensan que nos vamos a rendir, no lo haremos porque vamos a defendernos desafiadamente, porque ¿por qué llevarías a una persona transgénero para discutir con estos padres? no necesitamos una persona transgénero en el estudio, porque sabemos que la idea transgénero no es la norma y si no es la norma, ¿por qué los traes para atacar a alguien que consideramos normal?]"*

*"[Los cristianos simplemente tienen que despertarse y caminar en unidad y determinar nuestro Destino. Somos la mayoría. No podemos sentarnos y permitir que estas minorías, en los medios y en todas las áreas de la vida, nos dicten cómo deberían ser las cosas. Necesitamos entrar en el tema y decirles que ya es suficiente. La situación se está volviendo terrible y ya es hora de contraatacar.]"*

La propia resolución rechaza que dichas manifestaciones impliquen una manifiesta incitación al odio o directamente animen a la comisión de actos de violencia o acoso contra personas concretas debido a su orientación sexual o identidad de género, sin embargo entiende que "pueden generar un estado de alarma en la comunidad cristiana y de rechazo hacia esos grupos, trasladando connotaciones negativas hacia dichos colectivos que son abiertamente contrarias al debido respecto a la dignidad humana".

También se afirma que la infracción no se califica de grave, pues aunque el programa denunciado incluya expresiones vejatorias y degradantes hacia determinadas personas por razón de su orientación sexual, no se incita al odio de dichos colectivos.



Recordemos que la infracción tipificada en el art. 4.2, dice literalmente, que la comunicación audiovisual no puede incitar al odio o a la discriminación por razón de género, conducta que se descarta por la resolución y que " *debe ser respetuosa con la dignidad humana y los valores constitucionales*".

La recurrente ha alegado reiteradamente la falta de tipificación en la conducta sancionada, ya que, a su juicio, el pastor tertuliano no está vejando ni discriminando a nadie, sino simplemente da su opinión desde una ideología cristiana, por lo que dichas manifestaciones no entrañan falta de respeto a la dignidad humana y los valores constitucionales.

Respecto de la utilización de los términos "normal" y "natural", considera que se trata de una aseveración que no constituye ningún insulto ni se ha proferido con la intención de vejear a ningún transexual, sino que se hacen en referencia a lo que es biológicamente normal en la naturaleza y recuerda el significado del término "normal" en el diccionario de la Real Academia Española ( *que se halla en su estado natural, habitual u ordinario, que sirve de norma o regla*). Incide en que se trata de la opinión de un pastor cristiano en un canal cristiano que tiene por objeto difundir el Evangelio, según el cual, la homosexualidad/transexualidad no es la norma, en el sentido literal de la palabra. Considera que es una opinión tan respetable como la contraria y que está amparada por la libertad de expresión y religiosa, ambas amparadas por la Constitución. Por otro lado, considera que la idea de formar un partido político para defender unas ideas que no incitan al odio ni a la discriminación, sino que van encaminadas a proteger a los menores de posibles manipulaciones, no es un ataque al colectivo transexual ni incita a la discriminación, siendo una mera opinión que no puede considerarse irrespetuosa con la dignidad humana ni contraria a los valores constitucionales, pues en ningún momento el referido Pastor dice que ser homosexual/transexual sea negativo (tema que ni siquiera fue debatido), limitándose a decir que a edades tan tempranas (6 años), los niños no deberían ser animados a abrazar la homosexualidad/transexualidad, y que debería esperarse a ser mayor de edad para decidir libremente.

**SEXTO.-** Llegados a este punto, conviene analizar el criterio del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional respecto del derecho a la libertad de expresión en relación con la libertad religiosa o ideológica.

Una reciente sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2020 (Rec. 715/2020), recuerda que,

*<< En el ámbito de la libertad de expresión, las opiniones o juicios de valor emitidos -a diferencia de lo que ocurre con la libertad de información- no se prestan a una demostración de su exactitud y prueba de veracidad ( SS TC 24/2019, de 25 de febrero , FJ 4, 146/2019, de 25 de noviembre , FJ 5), sin que en el caso exista desconexión entre la esfera sobre la que se emite el juicio de valor y los datos que se analizan críticamente, ni se incluyan apelativos o expresiones vejatorias o humillantes.>>*

*(...)iii) De acuerdo con la jurisprudencia, las expresiones deben valorarse dejando al margen una concepción abstracta del lenguaje (estrictamente sintáctica o semántica) en beneficio de una concepción pragmática, según la cual el lenguaje, como actividad humana de orden práctico, debe considerarse en relación con su contexto, por lo que, expresiones ofensivas por su significado si son aisladamente consideradas, no pueden considerarse como una intromisión ilícita si se consideran proporcionadas con la finalidad informativa o valorativa que se pretende en contextos de crítica, en línea con lo declarado por esta sala (sentencias 305/2011, de 27 de junio , 4/2012, de 23 de enero , 176/2014, de 24 de marzo , 423/2014, de 30 de julio , y 69/2016 de 16 febrero , entre otras).*

*También es jurisprudencia reiterada que hay que tomar en cuenta para valorar el carácter ofensivo de las expresiones las circunstancias que las rodean y, en particular, si se han producido en un contexto de contienda o conflicto, así como si quien se considera ofendido decidió participar voluntariamente o incluso si inició la polémica (entre las más recientes, sentencias 483/2020 de 22 septiembre , 471/2020 de 16 septiembre , 438/2020, de 17 julio , 429/2020, de 15 de julio , 381/2020, de 30 de junio , y 368/2020, de 29 de junio ).*

*(...) En el caso, en primer lugar, hay que observar que las expresiones «mentes oscuras» e «intransigentes» no se refieren directamente ni a la demandante ni a los miembros de la Asociación (que son los que tienen «mentes») sino, en general, a quienes consideran la educación sexual un problema. Pero, aun de inferir que se imputan a los Abogados Cristianos porque la demandada se ha referido unos instantes antes a ellos en su entrevista, habrá que convenir que tales calificativos irían referidos a sus ideas, y la libertad de expresión permite criticar las ideas contrarias de las que se discrepa, sin que las calificaciones negativas que se hagan de las mismas comporten un ataque al honor de las personas que las sostienen cuando se producen en un contexto de confrontación.*

*(...)En suma, la sentencia recurrida no es contraria a la jurisprudencia de esta sala que, en línea con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional, viene sosteniendo que la libertad de expresión, por su dimensión institucional, como garantía para la formación y existencia de una opinión pública libre, justifica que los límites a la misma se interpreten «de forma restrictiva» ( STEDH de 20 de noviembre de 2018 , Toranzo Gómez c. España, apdo. 48) y goce de un amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones «lo*



suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angostura, esto es, sin timidez y sin temor» ( STC 177/2015 ), de tal manera que tenga cabida la crítica más desabrida y no solo las ideas inofensivas o indiferentes sino también «las que hieren, ofenden o inoportunan», dado que «así lo requiere el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe ninguna "sociedad democrática"» (apdo. 30 de la STEDH de 13 de marzo de 2018 , Stern Taulats y Roura Capellera c. España, citada por la misma sentencia 620/2018 ).>>.

Por su parte, en STC 31/2018, se declaraba : << A ello hay que añadir que el contenido nuclear de la libertad religiosa en su dimensión comunitaria o colectiva es precisamente "la divulgación y expresión públicas de su credo religioso" ( STC 38/2007 , FJ 5). Por último, ese sistema es también un cauce adecuado para el ejercicio por los progenitores del derecho a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral de acuerdo con sus convicciones.>>.

STC 112/2016 : << La jurisprudencia constitucional ha destacado tanto el carácter preeminente que tiene el derecho a la libertad de expresión en los sistemas democráticos, como su carácter limitado cuando entra en conflicto con otros derechos o intereses constitucionales, como sucede, por ejemplo, con aquellas expresiones que son manifestación del discurso del odio y que cabe interpretar como incitaciones a la violencia, discriminación contra colectivos, etc. Igualmente, la jurisprudencia constitucional también ha abordado la cuestión relativa a los límites que impone el principio de proporcionalidad a la injerencia que en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión supone la sanción penal de determinadas expresiones. La reciente STC 177/2015, de 22 de julio , FJ 2, destaca estos tres aspectos cuando expone los siguientes elementos caracterizadores de este derecho:

(i) El carácter institucional del derecho a la libertad de expresión. La STC 177/2015 afirma que en una jurisprudencia unánime que arranca de las tempranas SSTC 6/1981 , de 16 de marzo , y 12/1982 , de 31 de marzo , se subraya repetidamente la "peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión ", en cuanto que garantiza para "la formación y existencia de una opinión pública libre", que la convierte "en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática". De modo congruente con ello se destaca la necesidad de que dicha libertad "goce de un amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones", que ha de ser "lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angostura; esto es, sin timidez y sin temor" [FJ 2 a)].

La STC 177/2015 , continúa exponiendo que este carácter institucional determina que la jurisprudencia constitucional haya establecido que la libertad de expresión comprende la libertad de crítica "aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática"; y que la libertad de expresión vale no solo para la difusión de ideas u opiniones "acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población", ya que en nuestro sistema "no tiene cabida un modelo de "democracia militante", esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución ... El valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas" [FJ 2 b)].

(ii) El carácter limitable del derecho a la libertad de expresión y, singularmente, el derivado de manifestaciones que alienten la violencia. La ya citada STC 177/2015 también sienta que el derecho a la libertad de expresión no es de carácter absoluto. Así, el Tribunal declara en este pronunciamiento que la libertad de expresión tiene, como todos los demás derechos, sus límites, de manera que cualquier ejercicio de ese derecho no merece, por el simple hecho de serlo, protección constitucional, y recuerda que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado que la tolerancia y el respeto de la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen el fundamento de una sociedad democrática y pluralista, de lo que resulta que, en principio, se pudiera considerar necesario en las sociedades democráticas sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia y que, del mismo modo, la libre exposición de las ideas no autoriza el uso de la violencia para imponer criterios propios [FJ 2 c)].

En relación con este elemento caracterizador, en la STC 177/2015 se afirmó que, ante conductas que pueden ser eventualmente consideradas manifestaciones del discurso del odio, la labor de control constitucional que debe desarrollarse es la de "dilucidar si los hechos acaecidos son expresión de una opción política legítima, que pudieran estimular el debate tendente a transformar el sistema político, o si, por el contrario, persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia" (FJ 4). Igualmente se recordaba que "[e]n la STC 136/1999 , de 20 de julio , afirmamos que "no cabe considerar ejercicio legítimo de las libertades de expresión e información a los mensajes que incorporen amenazas o intimidaciones a los ciudadanos o a los electores, ya que como es evidente con ellos ni se respeta la libertad de los demás, ni se contribuye a la formación de una opinión pública





que merezca el calificativo de libre. (FJ 15). Del mismo modo, la utilización de símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con la exclusión política, social o cultural, deja de ser una simple manifestación ideológica para convertirse en un acto cooperador con la intolerancia excluyente, por lo que no puede encontrar cobertura en la libertad de expresión, cuya finalidad es contribuir a la formación de una opinión pública libre" (FJ 4). Y, además, que "[e]s obvio que las manifestaciones más toscas del denominado discurso del odio son las que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas. Pero lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes" (FJ 4).

(iii) La proporcionalidad en la limitación penal del ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Por último, también la STC 177/2015 pone de manifiesto los riesgos derivados de la utilización del ius puniendi en la respuesta estatal ante un eventual ejercicio, extralimitado o no, del derecho a la libertad de expresión por la desproporción que puede suponer acudir a esta potestad y el efecto desaliento que ello puede generar. Así, en dicha resolución se afirma que los límites a los que está sometido el derecho a la libertad de expresión deben ser siempre ponderados con exquisito rigor, habida cuenta de la posición preferente que ocupa la libertad de expresión, cuando esta libertad entra en conflicto con otros derechos fundamentales o intereses de significada importancia social y política respaldados por la legislación>>.

STC 177/2015 : < La libertad de expresión no es, en suma, un derecho fundamental absoluto e ilimitado, sino que tiene lógicamente, como todos los demás, sus límites, de manera que cualquier expresión no merece, por el simple hecho de serlo, protección constitucional, toda vez que el art. 20.1 a) CE "no reconoce un pretendido derecho al insulto" ( SSTC 29/2009, de 26 de enero ; 77/2009 , de 23 de marzo , y 50/2010 , de 4 de octubre ). En consecuencia, este Tribunal ha declarado repetidamente que quedan fuera de la protección constitucional del art. 20.1 a) CE "las expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas". Es decir, las que, "en las concretas circunstancias del caso sean ofensivas u oprobiosas".

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado que "[l]a tolerancia y el respeto de la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen el fundamento de una sociedad democrática y pluralista. De ello resulta que, en principio, se puede considerar necesario, en las sociedades democráticas, sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia" ( STEDH de 16 de julio de 2009, caso Féret c. Bélgica , § 64), del mismo modo que la libre exposición de las ideas no autoriza el uso de la violencia para imponer criterios propios.

d) Estos límites deben ser, no obstante, ponderados siempre con exquisito rigor. Esta regla, que es de obligada atención con carácter general, habida cuenta de la posición preferente que ocupa la libertad de expresión, lo es todavía más cuando dicha libertad entra en conflicto con otros derechos fundamentales, en particular el derecho al honor ( art. 18 CE ), y señaladamente con otros intereses de significada importancia social y política respaldados por la legislación penal. Cuando esto último sucede, como es el presente caso, esas limitaciones siempre han de ser "interpretadas de tal modo que el derecho fundamental [del art. 20.1 a) CE ] no resulte desnaturalizado" ( STC 20/1990 , de 15 de febrero ; FJ 4). Lo que, obliga entre otras consecuencias, "a modificar profundamente la forma de afrontar el enjuiciamiento de los delitos contra el honor en los que se halla implicado el ejercicio de la libertad de expresión ", pues su posición preferente impone "la necesidad de dej[ar] un amplio espacio al disfrute de [dicha] libertad ( SSTC 39/2005 , de 28 de febrero, FJ 4 , y 278/2005 , de 7 de noviembre ; FJ4).

Así las cosas, el órgano judicial debe valorar, como cuestión previa a la aplicación del tipo penal y atendiendo siempre a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, si la conducta que enjuicia constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión y, en consecuencia, se justifica por el valor predominante de la libertad de expresión. Pues "es obvio que los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito" (por todas, últimamente, STC 89/2010, de 15 de noviembre , FJ 3). Por ese motivo, como también hemos repetido en múltiples ocasiones, "la ausencia de ese examen previo al que está obligado el Juez penal o su realización sin incluir en él la conexión de los comportamientos enjuiciados con el contenido de los derechos fundamentales y de las libertades públicas no es constitucionalmente admisible" ( STC 29/2009 , de 26 enero , FJ 3), y, por lo mismo, "constituye en sí misma una vulneración de los derechos fundamentales no tomados en consideración" ( SSTC 299/2006 , de 23 de octubre, FJ 3 , y 108/2008 , de 22 de septiembre , FJ 3). En suma, en casos como el presente, "no estamos en el ámbito de los límites al ejercicio del derecho, sino en el previo de la delimitación de su contenido" ( SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 2 , y 127/2004 , de 19 de julio ).

Por lo demás, en supuestos como el actual la tarea que corresponde a este Tribunal no se "circunscribe a examinar la razonabilidad de la motivación de la resolución judicial, ya que no se trata aquí de comprobar si dicha





resolución ha infringido o no el art. 24.1 CE, sino de resolver un eventual conflicto entre los derechos afectados, determinando si, efectivamente, aquéllos se han vulnerado atendiendo al contenido que constitucionalmente corresponda a cada uno de ellos, aunque para este fin sea preciso utilizar criterios distintos de los aplicados por los órganos judiciales, ya que sus razones no vinculan a este Tribunal ni reducen su jurisdicción a la simple revisión de la motivación de las resoluciones judiciales" (por todas, STC 158/2009, de 25 de junio).

(...) Asimismo, en la STC 120/1992, de 27 de junio, FJ 8, enmarcamos el alcance y contenido de la faceta externa de ese derecho en los siguientes términos: "[c]iertamente, la libertad ideológica, como así viene a latir en el planteamiento de los recurrentes, no se agota en una dimensión interna del derecho a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne y a representar o enjuiciar la realidad según personales convicciones. Comprende, además, una dimensión externa de agere licere, con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción o demérito ni padecer la compulsión o la injerencia de los poderes públicos. El art. 16.1 CE garantiza la libertad ideológica sin más limitaciones en sus manifestaciones que las necesarias para el mantenimiento del orden público protegido por la ley (STC 20/1990, fundamento jurídico 3). En este sentido no hay inconveniente en reconocer, para dar respuesta a la cita que en la demanda se hace de la libertad de expresión -ausente, sin embargo, de la relación de violaciones constitucionales que se pretende declare este Tribunal-, que entre tales manifestaciones, y muy principalmente, figura la de expresar libremente lo que se piense. A la libertad ideológica que consagra el art. 16.1 CE le corresponde el correlativo derecho a expresarla que garantiza el art. 20.1 a) (STC 20/1990, fundamento jurídico 5), aun cuando ello no signifique que toda expresión de ideología quede desvinculada del ámbito de protección del art. 16.1, pues el derecho que éste reconoce no puede entenderse simplemente absorbido por las libertades del art. 20 (STC 20/1990, fundamento jurídico 3), o que toda expresión libremente emitida al amparo del art. 20 sea manifestación de la libertad ideológica del art. 16.1".>>

**SEPTIMO.-** Por lo tanto, en este supuesto, y en cumplimiento de la obligación que al órgano judicial le incumbe, deberemos analizar las expresiones transcritas a las que se ha hecho referencia, que en la resolución se califican como "vejatorias y degradantes", y que son sancionadas por considerar que atentan contra la dignidad humana y los valores constitucionales, y valorar si dichas expresiones se pueden encuadrar en el tipo del art. 4.2 de la LGCA, o por el contrario se encuentran amparadas por la libertad de expresión; todo ello, según exige la jurisprudencia "atendiendo siempre a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, si la conducta que enjuicia constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión y, en consecuencia, se justifica por el valor predominante de la libertad de expresión".

Como nuestro Alto Tribunal nos ha recordado, dicho análisis hemos de abordarlo desde la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que viene sosteniendo que la libertad de expresión, por su dimensión institucional, como garantía para la formación y existencia de una opinión pública libre, justifica que los límites a la misma se interpreten «de forma restrictiva» (STEDH de 20 de noviembre de 2018, Toranzo Gómez c. España, apdo. 48) y goce de un amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones «lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angostura, esto es, sin timidez y sin temor» y la STEDE de 13 de marzo de 2018 apdo. 30, Stern Taulats y Roura Capellera c. España, «<pues así lo requiere el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe ninguna "sociedad democrática">>».

Desde este punto de vista, y sin olvidar la exigencia de la proporcionalidad que debe presidir el uso del ius puniendi del Estado, "(los límites a los que está sometido el derecho a la libertad de expresión deben ser siempre ponderados con exquisito rigor, habida cuenta de la posición preferente que ocupa la libertad de expresión, cuando esta libertad entra en conflicto con otros derechos fundamentales o intereses de significada importancia social y política respaldados por la legislación)", la Sala no puede compartir el criterio de la resolución impugnada, pues partiendo de que la propia resolución ya reconoce que los comentarios sancionados no contienen mensajes de incitación al odio o a la discriminación por razón de orientación sexual, cuestión que, como la demandante alega, no es objeto de debate, el examen se reduce a determinar si dichas manifestaciones "son respetuosas con la dignidad humana y los valores constitucionales", según los términos literales del precepto.

En este ejercicio, se debe tener en cuenta la posición preferente que ocupa la libertad de expresión frente a otros derechos y que dicha posición preferente, impone la necesidad de dejar un amplio espacio a su disfrute, al tiempo que debemos señalar que, entre sus manifestaciones, figura muy principalmente la de expresar libremente lo que se piense.

Por todo ello, entendemos que las expresiones utilizadas por el pastor no pueden considerarse un atentado a la dignidad humana ni a los valores constitucionales, conducta que se le imputa, por cuanto, las mismas han de ser analizadas en el contexto de un programa de opinión, con una ideología cristiana, en donde el Pastor autor de las expresiones acude como invitado y, sin emitir opiniones incitadoras al odio, expresa unas ideas, en torno a la polémica cuestión de la identidad sexual en los niños, que pueden no ser compartidas por la



totalidad de la sociedad, pero que responden de un lado al ejercicio de la libertad de expresión de acuerdo con una visión religiosa de esta problemática, es decir en el ejercicio de otro derecho fundamental como es la libertad ideológica o religiosa.

Por todo ello, entiende la Sala que, de acuerdo con el criterio jurisprudencial expresado, la libertad de expresión permite criticar ideas o posiciones de las que se discrepa, sin que las calificaciones negativas que de ellas se hagan, puedan ser calificadas como atentatorias contra la dignidad humana de las personas que no las comparten, teniendo en cuenta el contexto en que se han producido, y que en ningún momento las mismas incitan al odio del colectivo homosexual o transgénero, y como exige el Tribunal Constitucional no "propagan, incitan, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia y que, del mismo modo, la libre exposición de las ideas no autoriza el uso de la violencia para imponer criterios propios".

En consecuencia, debe estimarse el presente recurso y anular la resolución impugnada por su disconformidad a Derecho, sin necesidad de entrar en el examen de los demás motivos de impugnación.

**OCTAVO.-** Con imposición a la Administración demandada de las costas causadas en el proceso, de conformidad con el Artículo 139 de la LJCA.

En atención a lo expuesto y en nombre de su Majestad el Rey, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

## FALLO

ESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales, D<sup>a</sup>. María Gema Sainz de la Torre Villalta, en nombre y representación de la entidad REVELATION TV EUROPE SL, contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 31 de mayo de 2018, que se anula por su disconformidad a Derecho.

Con imposición de las costas procesales a la parte demandada.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior Sentencia en Audiencia Pública. Doy fe.

Madrid a

EL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA