

Resolución adoptada por el Defensor del Pueblo, el 25 de mayo de 2023, con motivo de la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI

(Boletín Oficial del Estado, núm. 51, 1 de marzo de 2023)

ANTECEDENTES

PRIMERO. El BOE número 51, de 1 de marzo de 2023, publicó el texto de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

SEGUNDO. Desde el 15 de marzo de 2023 han comparecido ante esta institución dos personas solicitando la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra la norma citada. Consideran infringidos los artículos 14 y 16, 17 y 27.3 de la Constitución. Además, en una de las solicitudes se alega que la citada norma contraviene el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979. Estas contravenciones de instrumentos internacionales consideran que infringen los artículos 10.2 y 96 de la Constitución.

A la vista de las alegaciones formuladas, se ha adoptado la resolución que luego se dirá, atendiendo a los siguientes:

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. Resulta preciso en primer lugar recordar que la búsqueda de la interpretación del precepto más acorde a la Constitución, es una obligación de todos los poderes públicos con carácter previo a la interposición de un proceso constitucional (STC 108/1986). Será pues necesario explorar las posibilidades interpretativas de los preceptos cuestionados ya que, si hubiera alguna que permitiera salvar la primacía de la Constitución, más concretamente, la integridad del derecho a la tutela judicial efectiva, resultaría procedente un pronunciamiento interpretativo de acuerdo con las exigencias del principio de conservación de la ley (STC 341/1993). La vinculación de todos los poderes públicos a la interpretación más favorable a los derechos fundamentales viene recogida en la conocida doctrina establecida, además, por la STC 112/1989 y 117/1987.

SEGUNDO. El Defensor del Pueblo ya resolvió la no interposición de recursos de inconstitucionalidad de varias leyes autonómicas que, en su ámbito de competencias,

regulan derechos del colectivo LGTBI. Así, se dictaron resoluciones respecto de la Ley gallega 21/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales; Ley catalana 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia; Ley balear 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la lgtbi fobia; Ley murciana 8/2016, de 27 de mayo, de Igualdad Social de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transexuales, Transgénero e Intersexuales, y de Políticas Públicas contra la Discriminación por Orientación Sexual e Identidad de Género; Ley 3/2016, de 22 de julio de Protección Integral contra la LGTBifobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid; Ley 23/2018, de 29 de noviembre, de igualdad de las personas LGTBI de la Comunidad Valenciana; Ley 2/2021, de 7 de junio, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales de Canarias; Ley 17/2020, de 22 de diciembre, por la que se modifica la Ley 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista de Cataluña.

TERCERO. Por lo anterior, se resumen a continuación los argumentos contenidos en las resoluciones citadas, que resultan de aplicación a estas dos solicitudes de interposición de recurso de inconstitucionalidad.

- a. El Tribunal Constitucional, en Sentencia 176/2008, de 22 de diciembre de 2008, establece que «la condición de transexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el artículo 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indudablemente una circunstancia incluida en la cláusula "cualquier otra condición o circunstancia personal o social" a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación. Conclusión a la que el tribunal llega a partir, por un lado, de la constatación de que la transexualidad comparte con el resto de los supuestos mencionados en el artículo 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente arraigada y que ha situado a los transexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra estas personas; y, por otro, del examen de la normativa que, ex artículo 10.2 CE, debe servir de fuente interpretativa del artículo 14 CE».
- b. Por lo que se refiere al derecho a la igualdad por la ampliación de cobertura subjetiva de protección, lo que viene a invocarse es una suerte de «discriminación por indiferenciación» entendida como la prohibición de

otorgar un tratamiento igual a situaciones que son diferentes ante la ley. El Tribunal Constitucional ha establecido que la «discriminación por indiferenciación» no puede situarse en el ámbito de protección del artículo 14 CE, porque lo que este impide es la distinción infundada o discriminatoria (STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 3).

En la STC 198/2012, de 6 de noviembre, sobre matrimonio igualitario, los recurrentes planteaban, de forma similar a lo que argumenta ahora, que la ampliación de ese tipo de matrimonio lo era en detrimento de las parejas heterosexuales. La argumentación utilizada por el Alto Tribunal para desestimar la pretensión de inconstitucionalidad es, a juicio del Defensor del Pueblo, de aplicación en esta ocasión.

Se alegaba entonces que la vulneración del principio de igualdad se producía por la equiparación de derechos entre parejas del mismo sexo y parejas de distinto sexo y se alegaba que tal equiparación era contraria a los artículos 1.1, 9.2 y 14 CE, y a la interpretación que de estos preceptos había realizado hasta ese momento el Tribunal Constitucional, puesto que no tendría en cuenta que el matrimonio y las parejas del mismo sexo son realidades distintas que deben ser tratadas de un modo diferente.

Pues bien, en su fundamento jurídico tercero, la citada STC 198/2012 rechaza esta pretensión en aplicación de la doctrina sostenida sobre la «discriminación por indiferenciación». El Tribunal Constitucional ha establecido reiteradamente que el artículo 14 CE no consagra un derecho a la desigualdad de trato, ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, por lo que no existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual (por todas, STC 117/2006, de 24 de abril, FJ 2).

- c. La doctrina constitucional sí que ha reconocido que «cuestión distinta es que los poderes públicos, en cumplimiento del mandato del artículo 9.2 CE, puedan adoptar medidas de trato diferenciado de ciertos colectivos en aras de la consecución de fines constitucionalmente legítimos, promoviendo las condiciones que posibiliten que la igualdad de los miembros que se integran en dichos colectivos sean reales y efectivas o removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud» (STC 69/2007, de 16 de abril, FJ 4). Por tanto, habiendo dicho ya que el principio de igualdad no puede fundamentar un reproche de discriminación por indiferenciación (por todas, STC 30/2008, de 25 de febrero, FJ 7) y no pudiendo por tanto censurar lo que en la STC 135/1992, de 5 de octubre, denominamos «desigualdad por exceso de igualdad» (FJ 9), no resulta posible censurar la ley desde la perspectiva del principio de igualdad por abrir la institución matrimonial a

una realidad —las parejas del mismo sexo— que presenta características específicas respecto de las parejas heterosexuales».

Por lo anterior, de conformidad con la doctrina constitucional que se acaba de exponer, no se puede considerar que la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI vulnere el derecho fundamental recogido en el artículo 14 CE.

- d. Por lo que se refiere a las situaciones de peligro o desprotección que, en concreto, puedan derivarse de personas de sexo masculino autoidentificadas como mujeres al margen de cualquier consideración médica o profesional, parecen querer identificarse con situaciones en las que esa autoidentificación se produzca de manera fraudulenta, para evitar situaciones de impunidad o para provocar situaciones de intromisión en espacios de seguridad.

Analizada en estos términos, la cuestión que se plantea en realidad no es un reproche abstracto a la norma sino a situaciones en las que una persona concreta pueda usarla en fraude de ley. En tal caso, la reparación de esas situaciones tendrá como vía su impugnación en la vía judicial ordinaria o, en su caso, en la vía de amparo constitucional.

CUARTO. Más recientemente, el Pleno del Tribunal Constitucional se ha pronunciado en Sentencia 99/2019, de 18 de julio de 2019, con motivo de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo respecto al artículo 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas; derechos a la integridad física y moral, a la intimidad y a la protección de la salud, en relación con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad.

Se declaró la inconstitucionalidad del citado precepto legal en la medida en que prohibía cambiar la mención registral del sexo y nombre a los menores de edad con suficiente madurez y que se encontrasen en una situación estable de transexualidad.

Se destacan a continuación algunos de los argumentos utilizados, que son de aplicación al presente supuesto:

- a. Cualquiera que se vea obligado a vivir a la luz del Derecho conforme a una identidad distinta de la que le es propia sobrelleva un lastre que le condiciona de un modo muy notable en cuanto a la capacidad para conformar su personalidad característica y respecto a la posibilidad efectiva de entablar relaciones con otras personas.
- b. Este nexo entre decidir sobre la identidad de uno mismo y el goce por la persona de autonomía para organizar su propia vida y sus relaciones

personales es reconocido y afirmado por diversas instituciones de nuestro entorno jurídico, lo que muestra que sobre este vínculo existe un extendido consenso y así el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia tiene un valor hermenéutico especial para el Alto Tribunal, al abordar reclamaciones en que es relevante la situación de transexualidad alude expresamente a la protección del desarrollo personal y la pone en relación con «el derecho a establecer y consolidar relaciones con otros seres humanos y con el entorno que le rodea» (por todas, STEDH de 10 de marzo de 2015).

En el mismo sentido el tribunal ha destacado en numerosas ocasiones que el concepto de «vida privada» incluye no solo la integridad física y mental de la persona, sino que también puede en ocasiones comprender aspectos de la identidad física y social del individuo. Elementos tales como la identidad de género, el nombre, la orientación sexual y la vida sexual caen dentro de la esfera personal protegida por el art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos.

Esto ha conducido a reconocer, en el contexto de la aplicación de este principio a las personas transgénero, que ello implica un derecho a la autodeterminación, que la libertad de definir la propia identidad sexual es uno de los elementos esenciales más básicos y que el derecho de las personas transgénero a su desarrollo personal y a la seguridad física y moral está garantizado en el art. 8 (STEDH asunto A. P. Garçon y Nicot contra Francia, de 6 de abril de 2017).

- c. La orientación sexual ha de entenderse según el Tribunal Constitucional como uno de los supuestos del artículo 14 CE (STC 41/2006, de 13 de febrero, FJ 3).
- d. La jurisprudencia constitucional ha venido distinguiendo entre la cláusula general de igualdad del primer inciso del artículo 14 CE, por la que se confiere un derecho subjetivo a todos los ciudadanos a obtener un trato igualitario de los poderes públicos, siempre que concurren supuestos idénticos y no existan razones que objetivamente justifiquen la diferenciación, y la segunda vertiente del mismo derecho fundamental, que es el que motiva la presente resolución, contenida en el inciso segundo del mismo artículo 14 CE, y que prohíbe la práctica de comportamientos discriminatorios basados en alguno de los factores que allí se mencionan a modo de listado enunciativo y no cerrado.
- e. Como ha señalado la STC 176/2008, de 22 de diciembre de 2008: «Con ese listado, la Constitución pretende una explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han

situado, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no solo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 CE».

- f. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al analizar el alcance del artículo 14 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, ha destacado que la orientación sexual es una noción que se contempla, sin duda, en dicho artículo, señalando que la lista que contiene el precepto tiene un carácter indicativo y no limitativo (STEDH de 21 de diciembre de 1999) insistiéndose expresamente en que en la medida en que la orientación sexual es un concepto amparado por el citado artículo 14, como las diferencias basadas en el sexo, las diferencias de trato basadas en la orientación sexual exigen razones especialmente importantes para ser justificadas (entre otras, SSTEDH de 9 de enero de 2003 y 24 de julio de 2003, caso Karner).
- g. El tratado constitutivo de la Comunidad Europea, en su artículo 13, se refiere a la orientación sexual como una de las causas de discriminación cuando señala que «sin perjuicio de las demás disposiciones del presente tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la comunidad por el mismo, el consejo, por unanimidad, a propuesta de la comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual». También el artículo 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2000, contempla de manera explícita la «orientación sexual» como una de las razones en que queda prohibido ejercer cualquier tipo de discriminación.

En definitiva, la doctrina constitucional ha concluido reiteradamente que la orientación sexual se encuentra entre los motivos de discriminación y constituyen una discriminación proscrita por el artículo 14 CE, a la luz de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la propia Constitución.

RESOLUCIÓN

Por cuanto antecede, previo informe de la Junta de Coordinación y Régimen Interior, según prevé el artículo 18.1.b) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de esta institución, he resuelto **NO INTERPONER** recurso de inconstitucionalidad solicitado contra la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGBTI.