



RESOLUCIÓN ADOPTADA POR LA DEFENSORA DEL PUEBLO CON MOTIVO DE LA SOLICITUD DE INTERPOSICIÓN DE RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA LA 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 (*BOLETÍN OFICIAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID* NÚMERO 190, DE 10 DE AGOSTO DE 2016)

ANTECEDENTES

1. B

PRIMERO.- El *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*, número 190, de 10 de agosto de 2016, publicó el texto de 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, con entrada en vigor al día siguiente al de su publicación en dicho Boletín.

SEGUNDO.- El 2 de noviembre de 2016 comparecieron ante esta Institución Jaime Mayor Oreja, en representación de la Federación Europea One Of Us En Defensa De La Vida Y Dignidad Humana; Alicia Latorre Cañizares, en representación de la Federación Española de Asociaciones Provida; José Luis Mendoza Pérez, en representación de la Universidad Católica San Antonio de Murcia; Nicolás Jouve de la Barreda, en representación de Asociación Cívica: Ciencia, Vida Y Cultura; Ana F. Rivas Giner, en representación de la Asociación Española de Farmacéuticos Católicos; Lourdes Méndez Monasterio, en representación de la Asociación Familia y Dignidad humana; María Menéndez Zubillaga, en representación de la Asociación Familias numerosas de Madrid; Santiago Álvarez-Baron Stoof, en representación de la Asociación Custodia Compartida por Nuestros Hijos; Alicia Rubio, en representación de Femidisidencia; Mónica López Barahona, en representación de la Fundación Jérôme Lejeune, Delegación en España; Conrado Giménez de Agrela, en representación de la Fundación Madrina; María Luengo, en representación de la Fundación Valores y Sociedad; Ignacio Arsuaga, en representación de Hazteoir.org; Eduardo Hertfelder, en representación del Instituto de Política Familiar-IPF; Leonor Tamayo, en representación de Profesionales por la ética; Jorge Skibinsky, en representación de la Asociación de Padres de Familia Separados de Las Islas Baleares (APFSIB); José Castro Velarde, en representación de Asociación Enraizados en Cristo y en la Sociedad; Manuel Romeral, en representación de la Asociación Europea de Ciudadanos Contra la Corrupción; M. Carmen Sánchez Flores, en representación de

13

Asociación Despertar Sin Violencia; Juan José Milán González, en representación de la Asociación de derechos y víctimas de la ideología de género de Murcia; Javier Pérez Roldán, en representación de la Asociación europea de abogados de familia, y del Centro Jurídico Tomás Moro, todos ellos solicitando la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra el texto de la Ley 3/2016, de 22 de julio de Protección Integral contra la LGTBfobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid, y concretando su rasgos de inconstitucionalidad en los siguientes motivos:

- A) Vulneración del derecho a la igualdad (artículo 14 CE) y de la doctrina del Tribunal Constitucional, que concluye que la orientación sexual constituye una discriminación proscrita en el citado precepto. Añade que “desde el punto de vista de los derechos humanos no caben privilegios ni para los heterosexuales, como tampoco para los llamados LGTBI”. Tacha de inconstitucionalidad con relación al artículo 14 CE los siguientes artículos de la Ley controvertida: 5, 10, 11.1, 27.3 y 49.
- B) Vulneración de los derechos a la integridad física y moral (artículo 15 CE) y a la protección de la salud (art. 43.1 CE), en conexión con el deber de prestar asistencia de todo tipo a los hijos (artículo 39.3). Cita la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, mencionando el derecho a la autonomía del paciente. Cuestiona tres artículos de la Ley controvertida que considera infringen el artículo 15 CE, los artículos 7.2 (prohibición de terapias aversivas), 28.1 (inclusión del no respeto a la identidad de género de un menor como una forma de violencia familiar) y 70.4 c) (consideración de infracción muy grave la promoción y realización de terapias de aversión, con independencia del consentimiento del afectado).
- C) Vulneración de los derechos de libertad de expresión y difusión de pensamientos, ideas, opiniones, libertad de producción y creación literaria, científica y técnica y libertad de cátedra (artículo 20.1 y 20.2 CE) en relación con el artículo 27 CE. Tacha de inconstitucionalidad los artículos 29.2 (adoctrinamiento contrario a la autonomía de los centros educativos), 31.2 y 31.9 (obligatoriedad y garantía de los contenidos educativos para todos los alumnos madrileños), artículos 32 y 34 (inclusión de la realidad LGTBI en todos los planes de estudio y formación del profesorado).



- 15
- D) Vulneración de los derechos a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE), seguridad jurídica (artículo 9.3) y tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE). Considera que el artículo 66 de esta Ley madrileña (inversión de la carga de la prueba en los “procesos autonómicos”) es impreciso y que se debería concretar su contenido por oponerse a los artículos 9.3 CE (seguridad jurídica) y 24.2 CE (presunción de inocencia).
- E) Vulneración del principio de legalidad y tipicidad de infracciones y sanciones administrativas (artículo 25.1 CE), con vulneración de los derechos de libertad ideológica, religiosa y de culto (artículo 16.1 CE), derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones (artículo 20.1.a) CE) y derecho de asociación (artículo 22 CE). En este apartado realizan consideraciones relativas a la vulneración del principio de taxatividad y certeza de los tipos infractores. A título de ejemplo, menciona los artículos 70.2.f) y 73.1.i).
- F) Vulneración del derecho a la educación (artículo 27 CE). Realiza una consideración previa de la que se concluye que “se impone como obligatoria en el conjunto de esta Ley una moral relativista, un adoctrinamiento ideológico y moral que no todos los ciudadanos pueden compartir, y que, además, invade el terreno de la moral privada”. Tacha a continuación de inconstitucionalidad los artículos 29 a 35 (medidas en el ámbito educativo) afirmando que resulta evidente que las informaciones o conocimientos que figuran en el programa educativo no se pretenden que sean difundidas de manera crítica y pluralista, por lo que considera que es incompatible con el artículo 27.3 CE.
- G) Vulneración del derecho a la libertad ideológica y religiosa (artículo 16.1), en relación con el derecho de objeción de conciencia (art. 30 CE). Tras una amplia consideración previa alega, que el conjunto de la ley trata de imponer a todos una concepción ideológica propia de las asociaciones LGTBI sobre la persona y los diferentes modos de familia y sexualidad.

TERCERO.- El 3 de noviembre, Lourdes Méndez Monasterio, firmante de la anterior solicitud, presenta un nuevo escrito, en el que también en su condición de Presidenta de la Asociación Familia y Dignidad Humana, solicita la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra el texto de esta misma 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. En esta ocasión centra sus alegaciones en “la vulneración de la Constitución en materia competencial ya que regula materias de competencia estatal”:

13 /
A) Vulneración de los derechos a la igualdad (artículo 14 CE), a la integridad física y moral (artículo 15 CE) y a la protección de la salud (artículo 43.1 CE), en relación al 149.1.1 CE). Tacha de inconstitucionalidad el artículo 70.u.c al considerar que la Comunidad de Madrid no es competente para imponer límites a la libertad de elección y decisión personal en una materia tan sensible como la salud. Alegan que la citada intervención invade competencias exclusivas del Estado.

B) Vulneración de la normativa básica estatal en materia laboral, invadiendo competencias exclusivas del Estado (artículo 149.1.7). Considera inconstitucionales los artículos 40 (políticas de fomento de la igualdad y no discriminación en el empleo) y 44 (políticas activas de empleo) alegando que “constituyen una auténtica regulación en materia excluida a la competencia autonómica, imponiendo obligaciones a las empresas e incluso a los representantes de los trabajadores”. Cita en apoyo de su argumentación la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 22 de septiembre de 2016.

C) Vulneración de la normativa básica estatal sobre inspección de trabajo y seguridad social, invadiendo competencias exclusivas del Estado. Tacha de inconstitucionalidad los artículos 68 y 70 al considerar que invaden competencias estatales al entrar dentro del tipo infractor regulado en la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto.

D) Vulneración de la normativa básica estatal en materia de infracciones y sanciones laborales, invadiendo competencias exclusivas del Estado. Considera inconstitucionales los artículos 71, 72, 73 y 76. Alega que contraviene lo previsto el artículo 1.2 de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social.

E) Vulneración de la normativa básica estatal en materia de educación, invadiendo competencias exclusivas del Estado. Alega que el artículo 3.r de la norma cuya inconstitucionalidad reclama, va más allá del término coeducación que define la Ley Orgánica 8/2013, de 3 de mayo de Educación al hacer referencia expresa a la

eliminación de cualquier tipo de discriminación por razón de orientación sexual, identidad de género o expresión de género.

F) Vulneración de la normativa básica estatal en materia de contratación pública y de subvenciones, invadiendo competencias exclusivas del Estado. Tacha de inconstitucionalidad los artículos 18 (considera que contraviene el artículo 150.1 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público que tiene carácter básico) y que el artículo 41.6 (considera que contraviene el artículo 118.1 de la citada Ley de Contratos del Sector Público).

G) Vulneración del artículo 9.3 CE ya que no se recabó ningún tipo de informe en su tramitación parlamentaria. Da cuenta del Acuerdo de la Asamblea de Madrid respondiendo al derecho de petición ejercido por el Centro Jurídico Tomás Moro en el que se confirma que ningún grupo parlamentario formalizó ninguna solicitud de comparecencia ni se recabó ningún informe relativo al mismo.

H) Vulneración del artículo 81 CE ya que considera que “en su preámbulo la ley madrileña afecta a derechos fundamentales y constitucionalmente reconocidos, así como a libertades públicas, invadiendo materias con reserva de Ley Orgánica Estatal”.

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

FUNDAMENTOS

PRIMERO. La Defensora del Pueblo, 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, ya resolvió el 23 de julio de 2014 no interponer recurso de inconstitucionalidad solicitado contra la Ley gallega 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales. Asimismo, previo informe de la Junta de Coordinación de 15 de enero de 2015, resolvió no interponer recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 12 de la Ley 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. Por último, previo informe de la Junta de Coordinación de 29 de agosto de 2016, resolvió no interponer recurso de inconstitucionalidad contra la 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 y la 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.

13

SEGUNDO. Respecto a todas las alegaciones formuladas relativas a una eventual invasión del ámbito competencial del Estado, es preciso señalar que el Defensor del Pueblo viene manteniendo el criterio consolidado a lo largo del tiempo, según ha quedado reflejado en los sucesivos Informes anuales a las Cortes Generales, de no ejercitar su legitimación para iniciar procesos de inconstitucionalidad cuando la solicitud recibida tiene por objeto cuestiones relativas a la defensa del sistema competencial establecido por la Constitución. Entiende esta institución que han de ser en este caso los titulares de la competencia afectada, también legitimados para la interposición del recurso, los que, de considerarlo oportuno, inicien tal acción en defensa de su propia competencia, lo que haría posible además la previa utilización del mecanismo de resolución de conflictos competenciales previsto en el artículo 33.2 de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional.

Tal criterio del Defensor del Pueblo se sustenta principalmente en el interés por preservar la neutralidad interinstitucional que debe caracterizar la actuación de esta institución, pero también en el principio jurídico general de que han de ser los titulares de las competencias presuntamente sustraídas o, más en general, los sujetos legitimados para la defensa de sus derechos o intereses, quienes ejerciten las acciones oportunas. El rango constitucional del Defensor del Pueblo, su carácter de comisionado parlamentario y la autoridad moral de la que gozan sus resoluciones parecen aconsejar su inhibición en cualquier pugna procesal en la que su intervención no resulte imprescindible para cumplir adecuadamente su misión de garantizar los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos.

TERCERO. 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



Defensor del Pueblo



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".

17

Por tanto, 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). En ese mismo sentido, la STC 41/2013, de 14 de febrero, en su fundamento jurídico sexto establece que: "el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. De esta suerte, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato es necesario que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. En suma, el principio de igualdad en la ley no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida (SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3; 49/1982, de 14 de julio, FJ 2; 2/1983, de 24 de enero, FJ 4; 23/1984, de 20 de febrero, FJ 6; 209/1987, de 22 de diciembre, FJ 3; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6; 20/1991, de 31 de enero, FJ 2; 110/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2; 340/1993, de 16 de noviembre, FJ 4; 117/1998, de 2 de junio, FJ 8; 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4; y 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4, por todas)".



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.

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 sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 CE (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 19/1989, de 31 de enero, FJ 4; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2; 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4; 161/2004, de 4 de octubre, FJ 3; 175/2005, de 4 de julio, FJ 3; 214/2006, de 3 de julio, FJ 2; 342/2006, de 11 de diciembre, FJ 3; 3/2007, de 15 de enero, FJ 2; 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 5; y 62/2008, de 26 de mayo, FJ 5, por todas).

También puede citarse, a modo de ejemplo, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), al analizar el alcance del artículo 14 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH), 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, caso Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal, p. 28); insistiéndose expresamente en que en la medida en que la orientación sexual es un concepto amparado por el artículo 14 CEDH, 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, casos L. y V. contra Austria, p. 48, y S.L. contra Austria, p. 37, ó 24 de julio de 2003, caso Karner contra Austria, p. 37, a las que se han remitido numerosas Sentencias posteriores como son las SSTEDH de 10 de febrero de 2004, caso B.B. contra Reino Unido; 21 de octubre de 2004, caso Woditschka y Wilfing contra Austria; 3 de febrero de



2005, caso Ladner contra Austria; 26 de mayo de 2005, caso Wolfmeyer contra Austria; 2 de junio de 2005, caso H.G. y G.B. caso E.B. contra Francia, p. 91.j).

1.B

Así, La STC 75/1983, de 3 de agosto establece que “el artículo 14 de la Constitución configura el principio de igualdad ante la Ley como un derecho subjetivo de los ciudadanos, evitando los privilegios y las desigualdades discriminatorias entre aquéllos, siempre que se encuentren dentro de las propias situaciones de hecho, a las que debe corresponder un tratamiento jurídico igual, pues en tales supuestos la norma debe ser idéntica para todos, comprendiéndolos en sus disposiciones y previsiones con la misma concesión de derechos que eviten las desigualdades, pues de no actuarse legislativamente de tal manera, surgiría un tratamiento diferenciado a causa de una conducta arbitraria, o al menos no debidamente justificada, del poder público legislativo. Sólo le resulta posible al legislador, en adecuada opción legislativa, establecer para los ciudadanos un trato diferenciado, cuando tenga que resolver situaciones diferenciadas fácticamente con mayor o suficiente intensidad, que requieran en su solución por su mismo contenido una decisión distinta, pero a tal fin resulta indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia deba aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente por ello una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, y dejando en definitiva al legislador con carácter general la apreciación de situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente, siempre que su acuerdo no vaya contra los derechos y libertades protegidos en los arts. 53.1 y 9.3 de la Constitución, ni sea irrazonada, según deriva todo ello de la doctrina establecida por este Tribunal Constitucional en las Sentencias de 10 de julio de 1981, 14 de julio de 1982 y 10 de noviembre de este último año, así como de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de julio de 1968 y 27 de octubre de 1975”.

Por otra parte, 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



Defensor del Pueblo



[Firma manuscrita]

13

sexual". En este sentido, deben mencionarse, entre otras, por aludir a la protección que contiene de la orientación sexual, la Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica; la Directiva 2004/114/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado; la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida; la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes; la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración; la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, o la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. 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.

CUARTO.- El artículo 10.2 CE recoge un criterio interpretativo aplicable a la exégesis de los preceptos constitucionales que tutelan los derechos fundamentales. Así, en la STC 303/1993, de 25 de octubre, se establece que: "la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.2 de nuestra Constitución ha de servir de criterio interpretativo en la aplicación de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales". Además, el Alto Tribunal, por STC 91/2000, de 30 de marzo, estableció en su fundamento jurídico



13

séptimo que: “Especial relevancia revisten, en ese proceso de determinación, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, a los que el artículo 10.2 CE remite como criterio interpretativo de los derechos fundamentales. Esa decisión del constituyente expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado. Por eso, desde sus primeras sentencias este Tribunal ha reconocido la importante función hermenéutica que, para determinar el contenido de los derechos fundamentales, tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, 78/1982, de 20 de diciembre y 38/1985, de 8 de marzo) y, muy singularmente, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas, firmado en Roma en 1950, dado que su cumplimiento está sometido al control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a quien corresponde concretar el contenido de los derechos declarados en el Convenio que, en principio, han de reconocer, como contenido mínimo de sus derechos fundamentales, los Estados signatarios del mismo (SSTC 36/1984, de 14 de marzo, 114/1984, de 29 de noviembre, 245/1991, de 16 de diciembre, 85/1994, de 14 de marzo y 49/1999, de 5 de abril)”.

En referencia al matrimonio homosexual, en la STC 198/2012, de 6 de noviembre de 2012, se señaló, en referencia a los tratados internacionales ratificados por España que “esos tratados se van incorporando paulatina y constantemente a nuestro ordenamiento, a medida que, acordados en el seno de la sociedad internacional, la Unión Europea o el Consejo de Europa, España los ratifica, con lo cual la regla hermenéutica del artículo 10.2 CE lleva asociada una regla de interpretación evolutiva, que nos permitirá explicar el artículo 32 CE y el ajuste al mismo de la Ley 13/2005”.

Por tanto, en la medida en que el artículo 10.2 CE obliga a interpretar el título I de la Constitución española de manera evolutiva, tomando en consideración los tratados internacionales que España vaya ratificando, es necesario analizar brevemente la protección a las personas homosexuales, bisexuales, transexuales y transgénero en los numerosos textos y tratados internacionales firmados por España.

El artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) establece que: “todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

13

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha destacado que la prohibición contra la discriminación por motivos de sexo (artículo 26) comprende la discriminación basada en la orientación sexual (Dictamen de 4 de abril de 1994, comunicación número 488/1992, caso Toonen contra Australia, p. 8.7, y Dictamen de 18 de septiembre de 2003, comunicación núm. 94112000, caso Young contra Australia, p. 10.4).

Naciones Unidas y la Unión Europea han establecido principios internacionales con respecto a la homosexualidad, vinculantes para sus Estados Miembros, como son los Principios de Yogyakarta (Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, 2007). En el año 1994, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas dictaminó que la prohibición y consecuente penalización de los comportamientos homosexuales vulneraban los derechos a la privacidad y a la no discriminación. En el año 2011, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas aprobó la primera resolución en la que se reconocen los derechos del colectivo LGTB y una declaración formal de condena de los actos de violencia y discriminación en cualquier lugar del mundo por razón de la orientación sexual e identidad de género. En esa resolución, el Consejo hacía además una petición expresa a la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, con el fin de documentar las leyes discriminatorias y los actos de violencia por razón de orientación sexual e identidad de género en todo el mundo y de proponer las medidas que se deben adoptar y establece una serie de recomendaciones a los Estados Miembros para que, entre otras, promulguen legislación amplia de lucha contra la discriminación que incluya la discriminación por razón de la orientación sexual y la identidad de género entre los motivos prohibidos y reconozca las formas de discriminación concomitantes y que velen por que la lucha contra la discriminación por razón de la orientación sexual y la identidad de género se incluya en los mandatos de las instituciones nacionales de derechos humanos.



España ha incorporado a su ordenamiento las citadas directivas europeas y ha ratificado tratados y protocolos internacionales que prohíben toda discriminación por causa de la orientación sexual. En la legislación nacional se encuentra la Ley 62/2003, de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y de orden social, que adecua la legislación nacional a la Directiva 2000/43/CE y a la Directiva 2000/78/CE y procede su transposición a nuestro derecho. Esta ley busca la aplicación real y efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación y hace mención expresa a la realizada por razón de orientación sexual. Mediante las medidas incluidas en esa ley se estableció un marco legal general para combatir la discriminación en todos los ámbitos, se abordó la definición legal de la discriminación, directa e indirecta, y se modificó la regulación de la igualdad de trato y de la no discriminación en el trabajo; así, la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, o la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

Por tanto, la 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 ha de interpretarse de conformidad con la regla hermenéutica del artículo 10.2 CE, que exige interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas, contenidas en el Título I, de conformidad con la Declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

QUINTO.- La exposición de motivos de la ley, cuya impugnación se solicita, cita como fundamentos constitucionales de la misma la remoción de toda discriminación basada en la orientación sexual y la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos el permitir el libre desarrollo de la personalidad. 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).

Como ha señalado la STC 198/2012, de 6 de noviembre de 2012, la justificación de medidas positivas está justificada "en la promoción de la igualdad efectiva de los



ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (artículos 9.2 y 10.1 CE), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (artículo 1.1 CE) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (artículo 14 CE)".

La 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, sometida a examen se inscribe en la línea del mandato que el constituyente integró en el artículo 9.2 CE, de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, apoyándose en la interpretación que ha hecho el Tribunal Constitucional de la cláusula antidiscriminatoria del artículo 14 CE, en la que se incluye la discriminación por razón de la orientación sexual (STC 41/2006, de 13 de febrero, en la línea de la jurisprudencia de Estrasburgo (entre otras, STEDH en el asunto L. y V. c. Austria de 9 de enero de 2003).

SEXO. Los solicitantes de recurso expresan su desacuerdo con la decisión del legislador de que se transmitan en la enseñanza, de manera imperativa, los valores y actitudes que las pautas contenidas en la ley cuestionada implican.

En España la educación a la que todos tienen derecho y cuya garantía corresponde a los poderes públicos como tarea propia no se contrae a un proceso de mera transmisión de conocimientos [cfr. artº 2.1 h) LOE], sino que aspira a posibilitar el libre desarrollo de la personalidad y de las capacidades de los alumnos [cfr. artº 2.1 a) LOE] y comprende la formación de ciudadanos responsables llamados a participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad plural [cfr. artº 2.1 d) y k) LOE] en condiciones de igualdad y tolerancia, y con pleno respeto a los derechos y libertades fundamentales del resto de sus miembros [cfr. artº 2.1 b), c) LOE]. En una sociedad democrática el objetivo y alcance de la educación no se limita, pues, a la transmisión de conocimientos, sino que también comprende la transmisión de valores comunes y normas de convivencia. Ello ha de ser así porque las sociedades que revisten tal carácter han de compartir una serie de valores ante los cuales los estados y los poderes públicos no permanecen neutrales, so pena de hacer inviable el propio sistema democrático. La transmisión de valores, que tiene como objeto el pleno desarrollo de la personalidad en el respeto a los principios democráticos, delimita por tanto el alcance del derecho de los padres a que sus hijos reciban una educación de acuerdo con sus



convicciones, sin que sea admisible que dichas convicciones puedan condicionar la opción educativa que aspira a formar a los alumnos en los valores a los que se ha hecho referencia. Esta interpretación está avalada por el TEDH, entre otras, en su Sentencia de 7 diciembre 1976, Caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca, en el que se invocaba lo dispuesto en el artículo 2 del Protocolo número 1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Ahora bien, el reconocimiento del derecho de los padres a que sus hijos reciban una educación acorde con sus convicciones implica, en palabras del TEDH en la misma sentencia, que el Estado, al cumplir las funciones por él asumidas en materia de educación y enseñanza, "vela por que las informaciones o conocimientos que figuran en el programa sean difundidas de manera objetiva, crítica y pluralista". Se prohíbe al Estado perseguir una finalidad de adoctrinamiento que pueda ser considerada como no respetuosa de las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. Aquí se encuentra el límite que no debe ser sobrepasado.

En consecuencia, para valorar la viabilidad de recurso de inconstitucionalidad en el presente caso habrá de comprobarse si ese límite se supera o si por el contrario las previsiones de la norma están amparadas por el derecho de todos a la instrucción y pueden incluirse en el marco de las funciones que corresponden a las autoridades públicas en el campo de la educación y la enseñanza.

Los solicitantes del recurso entiende que la creación de programas o medidas para el reconocimiento y respeto de los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgéneros e intersexuales supone una vulneración del ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva que mermaría el libre derecho a la educación. El objetivo general de la ley impone al ámbito educativo el deber de trasladar en la educación los valores y las conductas que se consideran precisos para evitar en el presente y, especialmente, en el futuro conductas discriminatorias o de abuso hacia los integrantes del colectivo protegido. Es a esto a lo que se refiere la norma con la mención a las pedagogías adecuadas que habrá de contemplar la comunidad educativa, es decir, actitudes y conductas respetuosas con la diferencia, como corresponde que sea entre los ciudadanos de una sociedad democrática en la que prima la libertad individual y donde las opciones personales lícitas —y la orientación y la identidad sexual lo son— no pueden dar lugar a discriminación ni pérdida de derechos.



Defensor del Pueblo

Según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional, esta es la interpretación que ha de darse al precepto cuestionado, recalcando al respecto que es deber de las autoridades competentes, en este caso de la Comunidad de Madrid, velar por que las informaciones o conocimientos que figuran en el programa sean difundidas de manera objetiva, crítica y pluralista. Ello implica que si en el futuro, en su aplicación práctica, se diera al precepto el sentido cuestionado de que propone fomentar entre los alumnos una valoración positiva de determinada orientación sexual o de cualquier manifestación o expresión de identidad de género, será deber de las autoridades competentes (con el correspondiente derecho de reacción por parte de los afectados) corregir tal interpretación para que la acción educativa impuesta en este ámbito sirva al fin legítimo y debido que la justifica, es decir, que los alumnos respeten los distintos modelos y formas de expresión de la identidad afectiva, sexual y de género, aunque no compartan la opción libremente elegida por cada uno.

En consecuencia, no puede acogerse la pretensión de los solicitantes de recurso, dado que la norma no reviste tacha o reproche alguno de inconstitucionalidad

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 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.

Madrid, 8 de noviembre de 2016

Soledad Becerril
Defensora del Pueblo

