

Resolución adoptada por el Defensor del Pueblo (e.f.), el 16 de marzo de 2021, con motivo de la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la 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

(Boletín Oficial del Estado, núm. 11, de 13 de enero de 2021)

ANTECEDENTES

PRIMERO. El *Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña* número 8303, de 24 de diciembre, publicó el texto de la 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.

SEGUNDO. El 8 de marzo de 2021 compareció ante esta institución Doña (...), presentando escrito firmado por ella misma, en representación de la Plataforma de feminismo radical de Galicia. Se adjuntan al citado documento escritos firmados por 13 personas, en apoyo de la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad.

Solicitan la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 23, que modifica el artículo 70 de la Ley 5/2008, concretando sus rasgos de inconstitucionalidad en los siguientes motivos:

- a) Alegan en primer lugar que el artículo 23 de la Ley 17/2020, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 5/2008, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista, es inconstitucional ya que modifica el artículo 70 de la Ley 5/2008, ampliando subjetivamente el ámbito de sujetos que entran dentro de la regulación de la norma.
- b) Los preceptos constitucionales que se consideran infringidos son el artículo 10.1, al considerar que dicha ampliación desprotege a las mujeres; el artículo 14, al considerar que la regulación impide la lucha antidiscriminatoria contra la mujer; el artículo 15, al considerar que esa desprotección pone en peligro la vida de las mujeres y permitiría excluirlas de la propia ley frente a ataques protagonizados por «mujeres transexuales» que en realidad son hombres; el artículo 17, al considerar que se pone en peligro su seguridad; y el artículo 18, porque se las obligaría a compartir espacios seguros con hombres que se autoidentifican como mujeres.

TERCERO. La invocación de todos estos preceptos se concreta en dos cuestiones principales:

- a. la vulneración del derecho a la igualdad, por incluir dentro de la protección positiva contra la violencia de género a personas que son de sexo masculino,

que solo se autoidentifican como mujeres, al margen de cualquier consideración médica o profesional.

- b. la vulneración que, en concreto, puede derivarse para su integridad, seguridad e intimidad derivada del hecho de que estas personas de sexo masculino puedan ser los potenciales agresores o deban compartir espacios de seguridad con mujeres.

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 las STC 112/1989 y 117/1987.

SEGUNDO. 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 éste 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 antes 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).

Sin embargo, 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 redacción dada al artículo 70 de la Ley 5/2008, por el artículo 23 de la Ley 17/2020 vulnere el derecho fundamental recogido en el artículo 14 de la Constitución española.

TERCERO. 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.

Pues bien, 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. Por último, el artículo 70.2, cuya inconstitucionalidad se alega, establece que

Las mujeres transgénero que no tienen la mención de sexo registrada como mujer en la documentación oficial se equiparan, a los efectos de la presente ley, a las demás mujeres que han sufrido violencia machista en la medida que se reconocen como mujeres.

La interpretación que realizan las recurrentes se centra en que la norma toma la definición de mujeres transgénero a partir de la autoidentificación. Sin embargo, existe otra interpretación posible ya que la ley conecta ese criterio con aquellas que no tienen la mención de sexo como mujer en la documentación oficial, lo que también puede ser interpretado, por ejemplo, en relación con mujeres transgénero que ya hayan comenzado la transición, pero que no haya podido concluirse o culminarse con la modificación registral, como una forma de evitar su desprotección en un proceso en que incluso puede hasta existir una situación de disforia de género.

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 el artículo 23 de la Ley 17/2020, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 5/2008, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista.