

Capítulo VIII. LA LEY 8/2017, DE 28 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LOS DERECHOS, LA IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS LGTBI Y SUS FAMILIARES EN ANDALUCÍA

Manuel Rodríguez Portugués

1. DESCRIPCIÓN GENERAL DE LA LEY 8/2017

Este trabajo tiene por objeto el estudio de la Ley 8/2017, de 28 de diciembre de 2017, de garantía de los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares en Andalucía. Como se señala en las páginas que siguen, la regulación abordada por el legislador andaluz está marcada por su adhesión más o menos explícita a determinadas corrientes filosóficas sobre sexo y género. Este hecho determina que la legislación objeto de estudio se encuentre, en muchos puntos, virtualmente enfrentada al principio o deber de neutralidad ideológica que la Constitución impone a los poderes públicos. De ahí que, de los múltiples problemas que una ley horizontal y tan amplia como esta plantea, nos hayamos centrado aquí en los más importantes, que son los que se refieren al posible conflicto de la Ley con determinados derechos fundamentales, sobre todo con los más estrechamente vinculados a aquella garantía constitucional. No se abordan, por tanto, algunos otros problemas igualmente relevantes, pero que requerirían un acercamiento

parcialmente distinto⁴³⁰. Así pues, lo primero que se hace es una exposición de los fines, estructura y contenidos de la ley, para después afrontar determinados problemas en materia de derechos fundamentales, como los relativos a la igualdad de trato de las mujeres, a la intimidad, a las libertades de opinión y expresión, a la libertad de enseñanza o a la libre elección de profesión u oficio.

El artículo 35 de la LO 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (en adelante, EAA), dispone: “Toda persona tiene derecho a que se respete su orientación sexual y su identidad de género. Los poderes públicos promoverán políticas para garantizar el ejercicio de este derecho”. A su vez, el artículo 37 EAA establece que los “poderes de la Comunidad Autónoma orientarán sus políticas públicas a garantizar y asegurar el ejercicio de los derechos reconocidos en el Capítulo anterior [entre ellos, el del citado artículo 35 EAA] y alcanzar los objetivos básicos establecidos en el artículo 10, mediante la aplicación efectiva de los siguientes principios rectores: (...) 2º La lucha contra el sexismo, la xenofobia, la homofobia y el belicismo, especialmente mediante la educación en valores que fomente la igualdad, la tolerancia, la libertad y la solidaridad.” A su vez, el artículo 10 EAA al que se remite este precepto establece como objetivo básico de la Comunidad Autónoma la promoción de las condiciones para que la igualdad y libertad de los individuos y colectivos sean reales y efectivas, removiendo para ello los obstáculos que lo impidan y adoptando las “medidas de acción positiva” que resulten necesarias.

Tanto el artículo 35 como el 37 se encuentran en el Título I del EAA, rotulado “Derechos sociales, deberes y políticas públicas”. Pero mientras que el primero se halla en su Capítulo II, titulado “Derechos y deberes”, el segundo forma parte del Capítulo III, titulado “Principios rectores de las políticas públicas”. Lo que parece que esto quiere decir es que, mientras que lo establecido en el artículo 35 EAA tiene formalmente el carácter de “derecho”, lo enunciado en el artículo 37 EAA está configurado como “principio rector”. Y, a tenor de lo establecido en el propio Estatuto de Autonomía, la diferencia entre uno y otro es grande. Así, los “derechos” tienen dos características fundamentales: que vinculan a todos los poderes públicos e incluso, dependiendo de su naturaleza, a los particulares (art. 38 EAA); y que, en coherencia con ello, los afectados pueden alegarlos directamente “mediante recurso ante la jurisdicción correspondiente” en caso de vulneración (art. 39 EAA). En cambio, los “principios rectores”, aunque deben informar la actividad de los poderes públicos, sólo pueden ser “alegados ante los jueces y tribunales de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen” (art. 40 EAA). Pese a todo, y en conexión con la idea de que ambos preceptos –como otros muchos del Estatuto– rebasan ampliamente lo que puede entenderse como propio de un Estatuto de Autonomía, parece que los “derechos” que consagra el Estatuto deben interpretarse también como mandatos a los

⁴³⁰ Como los problemas que plantea, por ejemplo, el otorgamiento de un derecho de los menores a los tratamientos dirigidos a cambiar los caracteres sexuales.

poderes públicos autonómicos semejantes a los principios rectores y no como auténticos derechos subjetivos de los ciudadanos⁴³¹.

En cualquier caso, los artículos 35 y 37 EAA hacen una llamada a los poderes públicos para adoptar medidas que garanticen tanto el ejercicio del citado “derecho” como el efectivo cumplimiento del “principio rector”, incluyendo, en relación con este último, “el impulso de la legislación pertinente”. Por eso el Parlamento andaluz, invocando expresamente estas determinaciones estatutarias en su Preámbulo, aprobó la Ley 8/2017, de 28 de diciembre, titulada “para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares en Andalucía”. La Ley se suma así al conjunto de leyes que sobre esta materia han ido aprobando diversas Comunidades Autónomas en los últimos años⁴³².

Como señala en su propio título, la Ley pretende garantizar los derechos y, dentro de estos, en especial a la igualdad de trato, de las personas que pertenecen al colectivo denominado “LGTBI”, es decir, personas con orientación homosexual, personas transexuales y personas intersexuales. Se trata de personas que, por las características citadas, han sido tradicionalmente objeto de un trato social injusto y más o menos hostil.

Con independencia de las definiciones legales que luego examinaremos, la Ley aborda a los efectos de esa finalidad, los fenómenos de la homosexualidad, la bisexualidad, la transexualidad y la intersexualidad, que son, a tenor del *Diccionario de la Real Academia Española* fenómenos muy distintos entre sí. Mientras que la homosexualidad es la “inclinación erótica hacia individuos del mismo sexo”, la bisexualidad lo es hacia individuos de ambos sexos. Por su parte, la transexualidad no se refiere a la inclinación erótica, sino a algo conceptualmente bien distinto, como es la identidad sexual del propio sujeto. En efecto, la transexualidad consiste, más bien, en el “sentimiento de que se es del sexo contrario, y por el que se adoptan sus atuendos, comportamientos, y, eventualmente, sus caracteres sexuales mediante cirugía o tratamientos hormonales”. La intersexualidad, en cambio, inhiere en la fisiología del individuo, pues se define, también por el DRAE, como la “cualidad por la que el individuo muestra, en grados variables, caracteres sexuales de ambos sexos”.

Por tanto, la Ley tiene como centro de atención tres fenómenos que tienen por objeto, respectivamente, tres cosas muy distintas: la *inclinación* erótica, el *sentimiento* sobre la propia identidad sexual, y los *caracteres fisiológicos* de ambos sexos. Antes de pasar

⁴³¹ Así parece deducirse de las SSTC 247/2007 y 31/2010. Vid., en este sentido, REBOLLO PUIG, M., “Lección 3: Las fuentes del Derecho administrativo”, en *Derecho Administrativo. Tomo I. Conceptos fundamentales, fuentes y organización*, REBOLLO PUIG, M. (coord.), 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2019, p. 105.

⁴³² Para una visión general y crítica de esta legislación, vid. PRIETO ÁLVAREZ, T, y SÁNCHEZ SÁEZ, A. J., “Ideología de género y libertad ideológica: estudio crítico de las recientes leyes autonómicas sobre orientación e identidad sexual”, en *Acoso a la familia. Del individualismo a la ideología de género*, PRIETO ÁLVAREZ, T. (ed.), Comares, Granada, 2016, pp. 163-198.

a la descripción y análisis de la Ley, conviene destacar un aspecto de lo que se acaba de señalar: además de la homosexualidad, la transexualidad tiene como punto focal un elemento puramente *interno* de la persona como es el sentimiento, en contraste con la intersexualidad, definida por elementos más o menos *externos* como son los caracteres sexuales. Sin embargo, aunque la definición de transexualidad del DRAE gira en torno a la noción de sentimiento, no está totalmente ausente de ella cierta dimensión externa (atendidos, comportamientos socialmente típicos o tipificados como del otro sexo, caracteres sexuales...). En cambio, y como se verá más adelante, la Ley 8/2017 prescinde totalmente de esta consideración de los elementos externos que acompañan a la transexualidad. En términos jurídicos, esta omisión es grave porque para el Derecho el elemento externo de las relaciones humanas es crucial en casi todos los campos. El Derecho se ocupa, por definición, de cosas externas. Por eso, no es extraño que en esta omisión radiquen, como se verá, algunos de los problemas jurídicos y constitucionales que plantea la Ley.

1.1. La finalidad de la Ley y su colisión con el principio de neutralidad ideológica de los poderes públicos

La finalidad declarada por la Ley figura ya en su propio título: garantizar los derechos y la igualdad de trato hacia determinadas personas que viven o sienten su sexualidad de forma distinta a la mayoría y que incluso, según las épocas, han sido objeto de una mayor o menor represión por parte de los poderes públicos⁴³³. Sin embargo, la Ley no se limita a la interdicción de los correspondientes comportamientos más o menos ofensivos o discriminatorios, sino que, abandonando este plano puramente práctico-jurídico, se adentra por los vericuetos de la filosofía política y antropológica, adoptando de forma explícita una concreta interpretación filosófica sobre la sociedad en general y sobre la sexualidad humana en particular.

Es fácil advertir, por las declaraciones contenidas tanto en el texto legal como en su tramitación en el Parlamento, que dicha interpretación se aproxima, dentro de las distintas filosofías posestructuralistas de género, a la denominada “teoría *queer*”. Se trata de una teoría filosófica en la que se inscriben autores de diversas tendencias que han contribuido decisivamente a su difusión⁴³⁴. El adjetivo en lengua inglesa (*queer*) del que procede su

⁴³³ Por ejemplo, todavía en la Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social, se declaraba como “estado peligroso” a los que, apreciándose “en ellos una peligrosidad social”, “realicen actos de homosexualidad” (art. 2).

⁴³⁴ Entre los más destacados impulsores de esta corriente filosófica pueden citarse varias profesoras, como Judith BUTLER, Jane FLAX y Donna HAREWAY. BUTLER es actualmente profesora de Literatura Comparada en la Universidad de Berkley (California) y se doctoró en Filosofía en la Universidad de Yale. HAREWAY es profesora emérita de los Departamentos de Historia de la Conciencia y de Estudios Feministas. Y Jane FLAX, doctora en Filosofía, ha sido profesora del Departamento de Filosofía y Religión de la American University en Washington D.C. Todas han escrito desde principios de los años 90 diversas obras sobre filosofía de género que han tenido amplia difusión.

nombre, significa “raro, anómalo”. Esta corriente filosófica, que podría incluirse dentro de la antropología y la política filosóficas, se caracteriza por rechazar la clasificación binaria de los individuos de la especie humana en “varón” y “mujer”, o en “heterosexual” y “homosexual”. Por el contrario, sostiene que cualquier identidad social es igual de anómala que cualquier otra, pudiéndose distinguir varios géneros en función de las más variadas consideraciones (heterosexual masculino y femenino, homosexual, lesbiana, bisexual, indiferenciado...). Como la masculinidad y la feminidad no aparecen como los únicos derivados de la dicotomía sexual biológica, y como la heterosexualidad ni siquiera gozaría de preferencia para la reproducción de la especie, la identidad individual de género, adaptable indefinidamente a las más diversas etapas y propósitos de la vida, debería ser objeto de libre elección según los momentos y situaciones.

Esta suerte de “nominalismo” de género –la concepción *queer* de la sexualidad– se percibe claramente, entre otros posibles ejemplos, en la definición contenida en el artículo 3.b) de la Ley 8/2017 sobre la categoría de la “persona trans”: “toda aquella persona que se identifica con un sexo diferente al que le asignaron al nacer, que expresa su identidad sexual de manera diferente al sexo que le asignaron al nacer, así como a quienes definen su género como «otro» o describen su identidad en sus propias palabras”. Para el legislador no hay, por tanto, un número y tipo determinado de géneros, sino tantos como cada individuo defina para sí mismo. También se refleja nítidamente, por ejemplo, en materia educativa, cuando el legislador impone en esta materia una visión de la sexualidad humana “no binaria”: “Los contenidos del material educativo empleado en la formación del alumnado promoverán el respeto y la protección del derecho (...) a una educación no binaria” (artículo 15.1).

El problema, como se verá, es que, rebasando el papel eminentemente práctico que le corresponde, el legislador, al adoptar explícitamente una determinada filosofía, genera inevitables tensiones con algunos derechos fundamentales, sobre todo con los que tienen que ver con el pensamiento y la opinión (libertades de pensamiento, expresión, educación, etc.). Esto se produce, especialmente, cuando la formulación de estos postulados filosóficos se combina o se refuerza con el establecimiento de ciertos mecanismos coactivos dirigidos a la consecución de los objetivos de la Ley. Como se verá más adelante, en algunos casos el resultado práctico que se deriva de ello es que dichos postulados no son simplemente expuestos por el legislador como si de un ensayo filosófico se tratara, sino que su asunción por parte de los ciudadanos se convierte poco menos que en objeto de un deber legal. Se incurre con todo ello en lo que la Constitución, con el reconocimiento a la libertad ideológica en su artículo 16.1, ha pretendido siempre y pretende evitar: la imposición por los poderes públicos de cualquier convicción moral, filosófica o dogmática, tal y como dejó claro tempranamente el Tribunal Constitucional (STC 5/1981, y ATC 359/1985). Téngase en cuenta, además, que la limitación a dichas libertades se admite por la Constitución de forma muy restrictiva: concretamente sólo “la necesaria para el mantenimiento del orden público” (art. 16.1 CE). En definitiva, puede sostenerse que, en muchos puntos, la Ley infringe el *principio o deber de neutralidad ideológica de los poderes públicos* que nuestro ordenamiento constitucional comparte con el de otros muchos países y que se infiere de

las libertades de pensamiento o ideología y religión y de la cláusula de aconfesionalidad del Estado (art. 16 CE), y según el cual los poderes públicos no pueden hacer suya ideología o creencia alguna, y menos aún pueden imponer alguna de ellas a los ciudadanos⁴³⁵.

Por otra parte, no es extraño que la adopción por el legislador de una perspectiva filosófica con presupuestos tan individualistas provoque paradójicamente efectos negativos en relación con el derecho fundamental a la igualdad de trato y a la no discriminación por razón de sexo. En efecto, si la condición legal de hombre o mujer depende exclusivamente de la voluntad del individuo, la aplicación de dicho criterio puede conducir a resultados gravemente inequitativos para las mujeres en aquellos ámbitos en los que –como sucede en el deportivo, por ejemplo, y según veremos– la condición fisiológica de hombre o mujer resulta determinante en aras a tratar con igualdad a estas últimas. En tales casos, con la Ley 8/2017 el legislador entra en contradicción consigo mismo y con las previsiones antidiscriminatorias presentes en otros sectores del ordenamiento.

1.2. Estructura de la Ley

En cuanto a la estructura, se trata de una Ley extensa, con 71 artículos y 4 disposiciones finales. Su finalidad está resumida en el título: garantizar los derechos, la igualdad y la no discriminación de las personas LGBTI, “siglas”, como aclara el propio artículo 3, “que designan a las personas que se definen a sí mismas como lesbianas, gays, trans, bisexuales y/o intersexuales”. A su vez, el propio artículo 3 aclara qué se entiende por “trans” e “intersexual”, dando por sentado que el resto de conceptos son suficientemente conocidos. La “persona trans” –como ya se ha señalado– es la “que se identifica con un sexo diferente al que le asignaron al nacer, así como a quienes definen su género como «otro» o describen su identidad en sus propias palabras”. La “intersexualidad”, por su parte, alude a la “variedad de situaciones en las cuales una persona ha nacido con una configuración anatómica (genitales externos e internos), hormonal o genética que no responde a las definiciones binarias de hombre y mujer”. En el artículo 3 se incluye la definición de muchos otros conceptos sobre los que pivota la aplicación de los diversos preceptos de la Ley, tales como “identidad sexual y/o de género”, “LGTBIfobia”, “discriminación directa”, “discriminación indirecta”, “discriminación múltiple”, “discriminación por asociación”, “victimización secundaria”, “violencia intragénero entre miembros de parejas del mismo sexo”, “diversidad sexogenérica”, etc.

De entre ellas, merece la pena destacarse ahora, por su centralidad, la de “*identidad sexual y/o de género*”, que es “la vivencia interna e individual del sexo y/o género tal y como cada persona la siente y autodetermina, sin que deba ser definida por terceras personas, pudiendo corresponder o no con el sexo asignado en el momento del nacimiento y pu-

⁴³⁵ Sobre este deber de neutralidad, vid. Díez-Picazo Giménez, L. M^a, *Sistema de derechos fundamentales*, 4^a ed., Civitas, Cizur-Menor (Navarra), 2013, p. 190, pp. 314 y 315.

diendo involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido”. Como se ha apuntado arriba, en las definiciones legales de la condición de persona LGTBI y de identidad de género es determinante la interioridad y no-alteridad que las caracteriza: es siempre el sujeto en cuestión el que “se define a sí mismo”, el que “se identifica”, el que “autodetermina” su género según “su vivencia interna e individual”, etc., con absoluta exclusión de los terceros.

Otra característica de la Ley es que se trata de una norma marcadamente *horizontal*, es decir, que sus previsiones se proyectan hacia una gran variedad de ámbitos sociales: bajo el rótulo de “políticas públicas”, el extenso Título II de la Ley desgrana por capítulos las diversas medidas contempladas en ella en relación con la educación, los servicios sociales, la familia, la salud, la cultura, el ocio, el turismo, el deporte, la cooperación internacional al desarrollo, los medios de comunicación, la publicidad, la Administración de Justicia y las relaciones con las fuerzas y cuerpos de seguridad.

1.3. Principales deberes y prohibiciones. Referencia a los modos de actividad administrativa establecidos o considerados por el legislador en esta materia

La Ley establece numerosos deberes y prohibiciones en el ejercicio de las más variadas actividades sociales, culturales, económicas o profesionales. Entre las *prohibiciones* se pueden destacar las siguientes:

- La cláusula general de respeto a la identidad sexual contenida en el artículo 6.1: “Ninguna persona podrá ser presionada, coaccionada u obligada a ocultar, suprimir o negar su orientación sexual e identidad de género, así como a someterse a tratamientos hormonales, quirúrgicos, psiquiátricos o de cualquier otro tipo con la finalidad de modificar su identidad u orientación sexual”.
- La prohibición absoluta de cualquier acción dirigida a cambiar la proyección sexual o la identidad de género: “No se usarán terapias aversivas o cualquier otro procedimiento que suponga un intento de conversión, anulación o supresión de la orientación sexual o de la identidad de género autopercibida” (art. 6.2).
- La prohibición de pruebas o exámenes para determinar la proyección sexual o la identidad de género: “Ninguna persona podrá ser requerida, en ningún ámbito de la vida, a someterse a pruebas o exámenes para determinar su orientación sexual e identidad o expresión de género y de cuyo resultado pretenda determinarse su acceso al empleo, a prestaciones o a cualquier otro derecho, ya sea en el ámbito público o privado” (art. 6.4).
- La prohibición de limitar el acceso a establecimientos abiertos al público: “Las condiciones de acceso y permanencia en los establecimientos abiertos al público, así como el uso y disfrute de los servicios que en ellos se prestan, no se podrán limitar, en ningún caso, por razones de orientación sexual e identidad de género o pertenencia a familia LGTBI” (art. 49.1).

Por lo que se refiere a los *deberes*, que también alcanzan ámbitos muy diversos, pueden citarse los siguientes:

- En relación con el material educativo: “Los contenidos del material educativo empleado en la formación del alumnado promoverán el respeto y la protección del derecho a la diversidad sexogenérica y a la expresión de género, así como a una educación no binaria, que visibilice la diversidad corporal y sexual, y la diversidad familiar” (art. 15.1).
- En relación con las competiciones deportivas: “En los eventos y competiciones deportivas que se realicen en la Comunidad Autónoma de Andalucía se considerará a las personas transexuales que participen atendiendo a su identidad sexual a todos los efectos” (art. 39.1).

Por otro lado, y a fin de alcanzar los objetivos trazados por el legislador, la Ley se sirve de distintas técnicas propias de los principales modos de la actividad administrativa: *limitación*, *servicio público* y *fomento*. Entre las medidas de limitación, la Ley atribuye a la Administración, con mayor o menor precisión, numerosas potestades para controlar los deberes establecidos por el texto legal en los distintos campos a los que se refiere la norma. Por ejemplo, el artículo 27.5, además de proclamar que las “personas menores de edad tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad conforme a su orientación e identidad sexual”, habilita a la Administración pública a velar “para que las personas progenitoras, tutoras, guardadoras o acogedoras desarrollen adecuadamente sus responsabilidades y deberá garantizar, en todo caso, el interés superior del menor, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”.

En cuanto a los servicios públicos, las previsiones de la Ley recaen sobre todo en tres ámbitos de la actividad prestacional de la Administración: la educación, la sanidad y los medios de comunicación. En cuanto a la educación, pueden destacarse las previsiones relativas a los planes y los conciertos educativos:

- “Los planes educativos deberán contemplar pedagogías adecuadas para el reconocimiento y respeto de los derechos de las personas que se reconocen LGTBI, así como dar cabida a proyectos curriculares que contemplen o permitan la educación afectiva y sexogenérica y eviten e impidan la discriminación. Para ello dispondrán de herramientas, recursos y estrategias para educar en la diversidad sexual, de género y familiar, prevenir el acoso escolar y educar en el respeto y la igualdad, tanto desde la educación formal como desde la no formal, incorporando al currículum los contenidos de igualdad” (art. 15.2).
- “La Consejería competente en materia de educación no suscribirá conciertos administrativos con aquellos centros que en su ideario planteen algún tipo de discriminación al alumnado por razón de orientación sexual, identidad de género o pertenencia a familia homoparental” (art. 15.4)⁴³⁶.

⁴³⁶ En otro plano de menor relevancia, y más bien en el ámbito cultural, dispone el artículo 35.3 que todas “las bibliotecas propiedad de la Junta de Andalucía deberán contar con fondo bibliográfico de temática LGTBI, y di-

Por lo que se refiere a la sanidad, destaca, sobre todo, lo contenido en el artículo 28.6 en relación con tratamientos hormonales a menores transexuales: “Los menores transexuales tendrán derecho: a) A recibir tratamiento para el bloqueo hormonal al inicio de la pubertad, atendiendo a criterios clínicos establecidos por el mejor conocimiento disponible y recogidos en el proceso asistencial integrado, que se mantendrá pertinentemente actualizado, de manera que se evite el desarrollo de caracteres sexuales secundarios no deseados. b) A recibir tratamiento hormonal cruzado en el momento adecuado de la pubertad para favorecer que su desarrollo corporal se corresponda con el de las personas de su edad, a fin de propiciar el desarrollo de los caracteres sexuales secundarios deseados” (art. 28.6)⁴³⁷.

Y en relación con los medios de comunicación social se establece que las Administraciones públicas andaluzas “fomentarán, a través de los medios de comunicación social de carácter público, los valores de igualdad, diversidad y no discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género” (art. 5.5).

Pero la Ley, además de medidas administrativas de limitación y la prestación de los servicios a que se ha aludido, también recoge la posibilidad de que la Administración utilice diferentes técnicas propias de la actividad administrativa de fomento. Como ejemplo puede citarse la siguiente previsión: “Las Administraciones públicas de Andalucía prestarán respaldo a la celebración, en fechas conmemorativas, de actos y eventos que, como formas de visibilización, constituyen instrumentos de normalización y consolidación de la igualdad social plena y efectiva en la vida de las personas LGTBI y sus familiares. En particular se respaldarán y apoyarán las acciones que el movimiento social y activista LGTBI realice el día 28 de junio, Día Internacional del Orgullo LGTBI o Día Internacional de Lesbianas, Gais, Bisexuales, Transexuales, Transgénero e Intersexuales, el 17 de mayo, el Día Internacional contra la Homofobia y la Transfobia, o el 20 de noviembre, el Día Internacional de la Memoria Transexual” (art. 5.3).

Para la ejecución de todas estas medidas administrativas, la Ley contiene también unas previsiones de carácter planificador y organizativo, de tal forma que, por un lado, la Junta de Andalucía “elaborará un Plan de acción interdepartamental para la igualdad y no discriminación LGTBI, donde se incluirán las medidas para alcanzar el objetivo de la igualdad de trato y para eliminar la discriminación por razón de orientación e identidad sexual y de género” (art. 10), y –por otro– se prevé la creación del “Consejo Andaluz LGTBI, adscrito a la Consejería

versidad familiar, en cualquier caso, respetuoso con los derechos humanos y nunca contrario al reconocimiento a la diversidad sexual y de identidad de género y de su realidad familiar. Asimismo, se impulsará la creación de un fondo bibliográfico de temática LGTBI en las bibliotecas provinciales y municipales” (35.3).

⁴³⁷ También hay alguna otra en relación con centros residenciales y de día para personas mayores: “Los centros residenciales y los centros de día para personas mayores, tanto públicos como privados, así como los centros de participación activa, garantizarán el derecho a la no discriminación de personas LGTBI, ya sea tanto en su individualidad como en su relación sentimental. Los centros, residencias y servicios de atención a estas personas, públicos o privados, adoptarán las medidas necesarias para que los espacios puedan utilizarse sin que se produzca ningún tipo de discriminación” (art. 21).

competente en materia LGTBI, como órgano participativo y consultivo en materia de derechos y políticas públicas del colectivo LGTBI y contra la LGTBIfobia” (art. 11)⁴³⁸.

1.4. Aparato sancionador

Para respaldar el cumplimiento de muchas de las previsiones contenidas en la norma, la Ley contempla también, en su Título IV y último, un completo cuadro de infracciones y sanciones administrativas. Como es habitual, las infracciones se clasifican en tres categorías: *leves*, *graves* y *muy graves*. Las infracciones tienen por objeto conductas muy variadas, normalmente la transgresión de deberes o prohibiciones establecidos a lo largo de la Ley. Desde este punto de vista, un grupo muy importante de infracciones se refieren a la emisión de expresiones o mensajes contrarios a los objetivos de la Ley. Sin embargo, dentro de este grupo, entre las infracciones leves y graves, por un lado, y las muy graves, por otro, existe una diferencia significativa: mientras que aquellas tienen por objeto expresiones o mensajes dirigidos a la *colectividad*, las muy graves contemplan algunas infracciones consistentes en expresiones o comportamientos agresivos *contra personas determinadas*.

En efecto, así se desprende de la redacción de los distintos tipos infractores. Es infracción leve: “Utilizar o emitir expresiones vejatorias por razón de orientación sexual, identidad o expresión de género o que inciten a la violencia contra las personas LGTBI o sus familiares, en la prestación de servicios públicos, en cualquier medio de comunicación, en discursos o intervenciones públicas o a través de las redes sociales” [art. 60.a)]. Y son infracciones graves (art. 61):

- “a) Utilizar o emitir, de forma reiterada, expresiones vejatorias por razón de orientación sexual, identidad sexual o expresión de género o que inciten a la violencia contra las personas LGTBI o sus familias, en la prestación de servicios públicos, en cualquier medio de comunicación, en discursos o intervenciones públicas o a través de las redes sociales. (...)
- e) Realizar actos que impliquen aislamiento, rechazo o menosprecio público y notorio de personas por causa de orientación sexual, identidad sexual o expresión de género.
- f) La realización de campañas de publicidad o anuncios que utilicen la imagen de miembros del colectivo LGTBI o sus familiares de manera discriminatoria o vejatoria o justifiquen o inciten a la violencia.
- g) La no retirada inmediata por parte del prestador de un servicio de la sociedad de la información de expresiones vejatorias o de incitación a la violencia por razón de identidad sexual o expresión de género contenidas en sitios web o redes sociales de las que sea responsable, una vez tenga conocimiento efectivo del uso de esas expresiones.
- h) La elaboración, utilización o difusión, en centros educativos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de libros de texto y materiales curriculares que presenten a las personas

⁴³⁸ El Consejo todavía no se ha creado. Hay un proyecto de decreto que puede consultarse en el portal de transparencia de la página web de la Junta de Andalucía.

como superiores o inferiores en dignidad humana en función de su orientación sexual e identidad de género (...)

- j) Desarrollar o tolerar el desarrollo de actos culturales, artísticos o lúdicos de marcado carácter discriminatorio o que justifiquen o inciten a la violencia.”

Algunas de estas conductas tienen la consideración de infracciones muy graves cuando los mensajes o expresiones alcanzan una especial sonoridad pública o social. Es el caso de las infracciones consistentes en el “empleo de un lenguaje discriminatorio o la transmisión de mensajes o imágenes discriminatorias u ofensivas en los medios de comunicación públicos de Andalucía, en aquellos otros medios de comunicación que reciban subvenciones públicas o en los medios de comunicación sujetos al ámbito competencial de la Comunidad Autónoma de Andalucía” [art. 62.c)], y en convocar “espectáculos públicos o actividades recreativas que tengan como objeto la incitación al odio, la violencia o la discriminación de las personas LGTBI o sus familias” [art. 62.f)].

Pero, como se ha señalado, las infracciones también se convierten en muy graves cuando las conductas tipificadas se proyectan sobre *personas concretas*. Así, el artículo 62.a) tipifica como muy grave la infracción consistente en adoptar “comportamientos agresivos o constitutivos de acoso, realizados en función de la orientación o identidad sexogenérica de una persona, que tengan el propósito o produzcan el efecto de atentar contra su dignidad, creando un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo *para la misma*.” Este mismo enfoque –de ofensa dirigida a una persona singular– adopta la Ley al tipificar también como muy grave la infracción que consiste en cualquier “represalia o trato adverso que reciba una persona como consecuencia de haber presentado la misma una queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso de cualquier tipo, destinado a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad” [art. 62.b)]⁴³⁹.

Por otro lado, también se sanciona la infracción de algunos de los deberes y prohibiciones que se han mencionado arriba. Así, son infracciones graves “c) La realización de actos o la imposición de cláusulas en los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de orientación sexual y/o identidad de género. (...) i) Desarrollar o tolerar el desarrollo de actos que constituyan discriminación en la celebración de pruebas deportivas y convocatorias de premios deportivos” (art. 61); e infracción muy grave “e) Promover, difundir o ejecutar por cualquier medio cualquier tipo de terapia para modificar la orientación sexual y la identidad de género con el fin de ajustarla a un patrón heterosexual y/o cissexual” (art. 62).

⁴³⁹ Ante la dificultad de abordar la cuestión más detenidamente, apuntamos la posibilidad de que estas infracciones consistentes en ataques *individuales* a determinados bienes jurídicos pertenezcan al núcleo indisponible de lo que pertenece al poder judicial perseguir punitivamente. De esta forma, la atribución a la Administración de la potestad para que las sancione vulnera la reserva de jurisdicción penal que se contiene en el artículo 117.3 CE. Para más detalles sobre este argumento, que puede aplicarse aquí, *vid.* RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M., “Reserva de jurisdicción y libertad del legislador para optar entre penas y sanciones administrativas”, *Revista de Administración Pública* núm. 208 (2019).

Finalmente, también hay que reseñar que las potestades de control atribuidas a la Junta de Andalucía se encuentran respaldadas por la tipificación de las infracciones leves y graves contenidas en los artículos 60 y 61:

- “Son infracciones administrativas leves: (...) b) No facilitar la labor o negarse parcialmente a colaborar con la acción investigadora de los servicios de inspección de la Junta de Andalucía”.
- “Son infracciones administrativas graves: (...) b) La obstrucción o negativa absoluta a la actuación inspectora de la Administración de la Junta de Andalucía”.

Como también es habitual en materia sancionadora administrativa, el artículo 65 de la Ley contempla varios tipos de sanción en función de las distintas categorías de infracciones. Las sanciones previstas para las infracciones leves son el apercibimiento o la multa de hasta 6.000 euros. Las infracciones graves y muy graves, además de multa como sanción principal de hasta 120.000 euros, pueden ser castigadas con las siguientes sanciones accesorias temporales: prohibición de acceder a cualquier tipo de ayuda pública de la Comunidad Autónoma, prohibición de contratar con la Administración de la Junta de Andalucía, inhabilitación de la persona física o jurídica para ser titular de centros o servicios dedicados a la prestación de servicios públicos, y cierre o suspensión temporal del servicio, actividad o instalación. La duración de estas sanciones accesorias, dependiendo del tipo de infracción sancionada, es de hasta cinco años.

2. LA “AUTOPERCEPCIÓN DEL GÉNERO” Y LA DIFICULTAD DE AFIRMAR UN DERECHO SOBRE UN SENTIMIENTO

Como se ha señalado ya, uno de los principios fundamentales de los que parte la Ley es que el género propio depende *únicamente de la percepción subjetiva* de la persona en cuestión. De esta forma, no es sólo que el género carezca de ciertas determinaciones biológicas, sino que se pretende que carezca incluso de cualquier determinación social. Por eso prohíbe el artículo 3.c) de la Ley que la identidad de género sea “definida por terceras personas”. Es fácil advertir que con esto lo que se establece, en materia de género, es una *autodeterminación* que pretende ser *ilimitada*, es decir, un derecho irrestricto a decidir el propio género *en cualquier terreno y frente a cualquiera*. Con ello se pretende configurar una especie de derecho a que los demás perciban, piensen y se comporten, en cualquier terreno de la vida y con todas sus consecuencias, conforme al género con que el individuo en cuestión se percibe a sí mismo, aunque no coincida con el sexo que realmente tiene. Como señalamos arriba, a este fenómeno el DRAE lo califica como un “sentimiento” y sobre los sentimientos, tan individuales y subjetivos, es difícil, por no decir imposible, afirmar algo que por definición es un fenómeno intersubjetivo, como es el derecho⁴⁴⁰.

⁴⁴⁰ En sentido semejante, *vid.* PRIETO ÁLVAREZ, T, y SÁNCHEZ SÁEZ, A. J., “Ideología de género y libertad ideológica...”, *cit.*, pp. 190-193.

En efecto, un derecho así es enormemente problemático desde el punto de vista jurídico. No existe en ninguna materia ni un derecho ilimitado ni fundado en un simple sentimiento. Así lo ha afirmado, por ejemplo, en múltiples ocasiones el Tribunal Constitucional en relación con los derechos fundamentales. Todo derecho es, precisamente, lo que resulta de armonizar la libertad de los distintos individuos según un cierto criterio de igualdad, lo que, por definición, entraña poner medida (es decir, límite) a dichas libertades. Por eso, un derecho ilimitado no es en realidad derecho alguno. Cuando se configura un derecho ilimitado, sin ninguna consideración *al otro*, realmente no se está configurando un derecho, sino un poder arbitrario, contrario a la *igual dignidad* de los individuos que quedan sometidos a dicho poder. En el caso que aquí nos ocupa, de la misma manera que las personas transexuales tienen derecho a que las traten con igualdad, las demás personas –sean transexuales o no– tienen también derecho, por ejemplo, a la intimidad, a la libertad de pensamiento o a ser tratadas también con igualdad. Por eso, al configurar el derecho de aquellas, debe hacerse teniendo en cuenta –armonizando o “acomodando”, como dicen los juristas norteamericanos– el derecho de estas. Y muy poco de esto se hace en la Ley 8/2017.

Lo que se acaba de señalar queda bien patente cuando la Ley se refiere a dos ámbitos diversos: el deporte y el uso de las instalaciones comunes separadas por sexos (baños, vestuarios...). Cuando se reconoce el derecho a la autodeterminación de género en relación con estas materias, no es que se omita cualquier referencia a los derechos de terceros más probablemente afectados por dicha autodeterminación a fin de armonizarlos, sino que se excluye de raíz toda posible armonización. Es lo que hace la Ley cuando señala que en “los eventos y competiciones deportivas que se realicen en la Comunidad Autónoma de Andalucía se considerará a las personas transexuales que participen atendiendo a su identidad sexual *a todos los efectos*” (art. 39.1). En vez de acomodar y armonizar, lo que mayormente hace la Ley es armar de poderes a una pretensión, que luego va avanzando y aplastando todo lo que encuentra a su paso.

2.1. La “autopercepción de género” en el deporte. Las enseñanzas del caso Caster Semenya.

El ejercicio de esta especie de poder de autodeterminación de género en el deporte puede resultar enormemente problemática. Aún no existen resoluciones judiciales de referencia que aborden directamente esta cuestión. Pero para analizar el problema que subyace en este artículo de la Ley, puede ser muy ilustrativo el caso todavía no resuelto definitivamente en relación con Mokgadi Caster Semenya, atleta internacional que ha sido medalla de oro en la carrera de velocidad de 800 metros lisos en los campeonatos mundiales de 2009, 2011 y 2017 y en los juegos olímpicos de 2012 y 2016, todos ellos en la categoría femenina.

2.1.1. Las “Normas de Elegibilidad para la Clasificación Femenina de Atletas con Diferencias de Desarrollo Sexual” de 2018, aprobadas por la IAAF.

Desde la primera de las victorias citadas, en 2009, se suscitaron dudas acerca del sexo biológico de Semenya. La Asociación Internacional de Federaciones de Atletismo (en inglés, *International Association of Athletics Federations*, o IAAF) pidió en agosto de ese año que la atleta se sometiera a una “prueba de género”. Aunque los resultados no se hicieron oficialmente públicos, se filtró a la prensa que Semenya podría poseer estructura cromosómica masculina y algunas de las características fisiológicas generalmente asociadas a ella, como altos niveles de testosterona en sangre y una mayor masa muscular. En ese año y durante unos meses, la IAAF prohibió cautelarmente a Semenya participar en competiciones oficiales. El caso generó una gran polémica en el ámbito del deporte profesional y en los medios de comunicación de todo el mundo. En los años siguientes, la IAAF se enfrentó a casos parecidos, algunos de los cuales acabaron en el Tribunal Arbitral del Deporte⁴⁴¹. Conforme ha ido pasando el tiempo, los casos y las tensiones han ido en aumento⁴⁴².

Así las cosas, la IAAF aprobó en abril de 2018 unas “Normas de Elegibilidad para la Clasificación Femenina de Atletas con Diferencias de Desarrollo Sexual”. Básicamente, estas normas exigían que, para participar en las categorías femeninas internacionales de las carreras de 400 m a una milla, la atleta con diferencias de desarrollo sexual (DDS), niveles de testosterona en sangre iguales o superiores a los 5 nanomoles por litro (nmol/L) y suficiente sensibilidad a los andrógenos como para que esos niveles de testosterona tengan un efecto androgenizante (es decir, que causen una mayor masa muscular y cantidad de hemoglobina en sangre), debían reducir su nivel de testosterona en sangre a menos de 5 nmol/L durante un período continuo mínimo de seis meses (por ejemplo, mediante el uso de anticonceptivos hormonales).

La aprobación de estas normas fue acompañada de la publicación de una amplia nota explicativa de la IAAF, en la que trataba de adelantarse y dar respuesta a la polémica con que previsiblemente se iban a recibir las nuevas normas. La nota explicativa, que puede consultarse en la página web de la propia organización⁴⁴³, está estructurada en varias partes en las que se abordan diferentes aspectos de las normas aprobadas. Una de las partes más importantes es la que sintetiza las evidencias en las que se apoya la norma adoptada, con cita de numerosas publicaciones científicas recientes. Ese apartado comienza seña-

⁴⁴¹ Por ejemplo, *vid.* el caso de la atleta Dutee Chand, resuelto finalmente por el Tribunal de Arbitraje Deportivo mediante laudo de julio de 2015 (CAS 2014/A/3759).

⁴⁴² Por ejemplo, al parecer, en el podio de la carrera de 800 metros lisos de los Juegos Olímpicos de 2016 estaban, además de la propia Semenya, otras dos atletas con hiperandrogenismo, según declaraciones de José María Odriozola Lino, miembro del Consejo de la IAAF, en *Marca* de 15 de agosto de 2019: “El podio del 800 en los Juegos Olímpicos de Río eran tres hiperandrogénicas y había que ver a las otras finalistas poco menos que llorando en la línea de meta porque veían que era imposible luchar contra ellas”.

⁴⁴³ Puede consultarse en <https://www.iaaf.org/> [última consulta: 28-08-2019].

lando que la mayoría de las mujeres, incluyendo las atletas de élite, tienen bajos niveles naturales de testosterona circulante, en concreto, entre 0,12 y 1,79 nanomoles por litro de sangre (nmol/L). En contraste con ello, los hombres tienen entre 7,7 y 29,4. En el caso de mujeres con diferencias de desarrollo sexual (DDS), la persona puede alcanzar altos niveles de testosterona natural, incluso dentro o más allá del intervalo masculino normal. Si esa persona, además, es sensible a los andrógenos (por tener receptores funcionales de andrógenos), esos altos niveles de testosterona natural pueden incrementar su masa muscular y fuerza, así como sus niveles de hemoglobina circulante, y mejorar significativamente su potencial deportivo. Según los estudios citados por la IAAF, el aumento del nivel de testosterona circulante desde el intervalo femenino normal al intervalo masculino normal produce un aumento de la masa muscular, de la fuerza y de los niveles de hemoglobina. Los incrementos reflejados en el documento son muy significativos: en particular, aumentar los niveles de testosterona en mujeres de 0,9 nmol/L a solo 7,3 nmol/L aumenta la masa muscular en un 4% y la fuerza muscular en un 12–26%; y aumentarlo a 5, 7, 10 y 19 nmol/L, aumenta la hemoglobina circulante en 6,5%, 7,8%, 8,9% y 11% respectivamente. Teniendo en cuenta dichos datos, los expertos citados por la nota estiman que la ventaja ergogénica de tener niveles circulantes de testosterona en el intervalo masculino normal en lugar del femenino es más del 9%. También se citaba un estudio en el que la reducción de los niveles de testosterona circulante de tres atletas con DDS desde 21-25 nmol/L a menos de 2 nmol/L coincidió con actuaciones en los que su rendimiento fue menor en un 5,7% de media. La conclusión de la IAAF es que, al menos en ciertas pruebas deportivas, los atletas con DDS y niveles de testosterona circulante en el parámetro masculino normal tienen una ventaja competitiva muy significativa sobre las atletas femeninas con niveles de testosterona en el parámetro femenino habitual. Para la IAAF esto justificaba la exigencia, contenida en la nueva norma, de que las atletas con DDS redujesen los niveles de testosterona hasta dicho parámetro femenino habitual para competir en la categoría femenina de tales pruebas, concretamente a menos de 5 nmol/L durante los seis meses consecutivos previos a la competición.

Tras estas explicaciones de carácter empírico, la nota concluía abordando de antemano las objeciones que podría plantear la nueva norma desde el punto de vista jurídico, concretamente, desde la perspectiva del principio de igualdad y no discriminación. Y afrontaba la cuestión en estos términos: si todos los atletas de élite tienen ventajas genéticas o biológicas *naturales* (por ejemplo, altura, capacidad pulmonar, etc.), y la IAAF no les impide aprovechar los beneficios de esas ventajas, entonces, ¿cómo se justifica que se niegue a los atletas con DDS el beneficio de sus niveles, igualmente *naturales*, de testosterona circulante?

La respuesta proporcionada por la propia IAAF en la nota informativa tenía dos partes: una relativa a la exigencia general de igualdad de trato, y otra sobre el objeto de la medida prevista por la norma para reestablecer y cumplir aquella exigencia general de igualdad. En cuanto a la primera, la argumentación utilizada comenzaba explicando porqué la IAAF divide las competiciones en categorías masculina y femenina: porque los atletas masculinos tienen claras ventajas de rendimiento en términos de tamaño, fuerza y potencia, como

resultado (en particular) del aumento de la masa corporal no grasa y el aumento de la hemoglobina en sangre, lo que a su vez se debe principalmente al hecho de que, a partir de la pubertad, los hombres producen 10-30 veces más testosterona que las mujeres. De ello se deduce que, cuando una atleta femenina tiene un DDS que le da niveles de testosterona circulante en el espectro masculino, y, además, su organismo es lo suficientemente sensible a los andrógenos como para que esos niveles tengan un efecto material de androgenización (es decir, aumento de masa corporal no grasa o de hemoglobina en sangre), la *igualdad de trato de casos similares* implica exigir a esa atleta que reduzca sus niveles de testosterona a menos de 5 nmol/L para participar en la categoría femenina de las modalidades de competición afectadas de forma evidente por esas ventajas.

El razonamiento se cerraba, además, con una reflexión sobre el rasgo genético o biológico seleccionado como objeto de la exigencia específica de la norma: ¿y por qué, entre todos los demás rasgos naturales (altura, peso, etc.), dicha exigencia recae exclusivamente sobre la cantidad de testosterona en sangre, y no sobre otras diferencias (estatura, peso, etc.)? Porque –proseguía la nota informativa–, hasta donde es conocido, no existe otro rasgo genético o biológico en el atletismo femenino que confiera una ventaja de rendimiento tan grande. Ciertamente, esta modalidad deportiva siempre ha considerado justo competir contra un atleta que tenga cualquier otro tipo de ventaja genética o biológica, de modo que no se ve la necesidad de establecer distintas categorías, por ejemplo, por peso o estatura (o por cualquier otra que no sea la edad) para *preservar una competición justa y significativa*. Por el contrario, se consideran dichos factores como parte de la combinación de *talento natural, sacrificio y determinación que el atletismo busca celebrar*. Si eso cambiara en el futuro, si –por ejemplo– se considerara que la altura confiere una ventaja injusta en una modalidad particular, entonces –señalaba la IAAF– podría ser apropiado introducir categorías de altura. Hasta ese momento, sin embargo, es apropiado tratar tales ventajas “naturales” de manera diferente a la ventaja que una atleta femenina con DDS obtiene de sus niveles elevados de testosterona circulante. La conclusión de la IAAF se podría también expresar de otra forma: entre mujeres atletas, determinadas ventajas “naturales” de unas sobre otras pueden ser compensadas con otras ventajas o con una mayor potenciación de las que ya se tienen; pero existen otras cualidades (como la edad o los niveles masculinos de testosterona en sangre), que nunca (o casi nunca) pueden ser compensadas con ninguna otra ventaja y que impiden, de por sí, la competición porque eliminan o reducen significativamente la incertidumbre acerca de quién resultará vencedor, incertidumbre que es un ingrediente esencial al concepto de competición deportiva.

2.1.2. El laudo del Tribunal de Arbitraje Deportivo de 30 de abril de 2019.

Como la norma afectaba de lleno a Semenya, en junio de 2018 la corredora sudafricana decidió recurrirla ante el Tribunal de Arbitraje Deportivo, con sede en Lausana (Suiza). A los pocos días se adhirió al recurso la *Athletics South Africa*, el organismo sudafricano nacional de atletismo reconocido por la IAAF. Pero el laudo arbitral, dictado el 30 de abril

de 2019⁴⁴⁴, ha resultado favorable a la IAAF. En él se hace una relación de los argumentos alegados por Semenya, entre los que pueden destacarse los siguientes: las normas de la IAAF sobre atletas con DDS son discriminatorias; no es necesario distinguir la DDS de otros factores genéticos variantes en orden a preservar la competición, pues el mundo del deporte celebra también las diferencias genéticas que hacen grandes a diversos deportistas; los estudios en los que se basa la decisión de la IAAF son defectuosos y no fiables; y la aplicación de las nuevas reglas generará diversos daños en las atletas, como exámenes intrusivos en su intimidad (incluyendo las partes más íntimas del cuerpo), estigmatización social causante de riesgos serios para la salud mental y riesgos adversos para la salud derivados de los tratamientos médicos exigidos (párs. 50-72).

Por la novedad y ausencia de otros pronunciamientos sobre este tipo de cuestiones, resulta útil detenerse con cierto detalle en su motivación. Antes de entrar en la parte más directamente jurídica, el laudo considera en particular las intervenciones de los diferentes expertos en endocrinología y fisiología propuestos por las partes, y constata el acuerdo entre ellos sobre cierto número de evidencias científicas, acuerdo que puede resumirse en los siguientes puntos (pár. 491):

- 1) Los principales atributos que contribuyen al rendimiento atlético de élite son: velocidad y fuerza, que se basan en masa muscular, tipo de fibra muscular y biomecánica; capacidad aeróbica, que se apoya –entre otros factores– en la concentración de hemoglobina; composición corporal (por ejemplo, la proporción entre masa corporal y masa grasa); la utilización de combustible energético (por ejemplo, glucógeno y capacidad anaeróbica); y la economía de movimiento.
- 2) Los hombres y las mujeres, en términos biológicos, son materialmente diferentes en relación con los anteriores atributos. Los hombres tienen mayor masa corporal magra (menos grasa en proporción a la masa muscular), corazones más grandes (tanto en absoluto como en relación con su masa corporal magra), frecuencia cardíaca más alta y mayor cantidad de hemoglobina, mayor capacidad aeróbica (tanto en absoluto como en proporción a su masa corporal magra) y de utilización de glucógeno, capacidad anaeróbica más alta y diferente economía de movimiento.
- 3) La principal razón de estas diferencias –que contribuyen al rendimiento atlético de élite en más de un 99%– es la exposición de los individuos con gónadas masculinas y receptores de andrógenos funcionales a niveles mucho más altos de testosterona durante el crecimiento y la pubertad, y durante toda la carrera deportiva. No se ha identificado ningún otro factor endógeno físico o fisiológico que contribuya tan sustancial y predominantemente a estas diferencias.
- 4) Por tanto, el primer factor de diferencia sexual en el rendimiento atlético de élite es la exposición de los hombres biológicos a niveles mucho más altos de testosterona durante el crecimiento, el desarrollo y la carrera deportiva.

⁴⁴⁴ Se trata de un largo documento de 163 páginas. Su publicación se acompañó también de un resumen de 6 páginas. Ambos documentos pueden descargarse en la página web del Tribunal de Arbitraje Deportivo.

Y por lo que respecta a las atletas con DDS, el laudo señala que el Tribunal, habiendo considerado cuidadosamente todas las evidencias, acepta la preponderancia de aquella según la cual dichas atletas tienen niveles de testosterona circulante en el intervalo masculino y que de esto resulta para ellas una habilidad de rendimiento deportivo significativamente mejorada, incrementando, por ejemplo, la masa muscular, la talla y los niveles de circulación de hemoglobina (pár. 535). A continuación, el laudo se centra en el análisis de si, a la luz de todos estos datos, se encuentran justificadas las diferencias de trato establecidas por la norma controvertida en relación con estas atletas en el acceso a categorías femeninas de determinadas carreras. Y para ello, el laudo sigue el esquema metodológico más extendido en las jurisdicciones nacionales e internacionales en materia de igualdad de derechos. Ese esquema consiste en examinar si la medida controvertida es “sospechosa” de vulnerar el principio de igualdad⁴⁴⁵, es decir, si es –en expresión discutible utilizada por el laudo– “discriminatoria *prima facie*”, y, en caso de que lo sea, si se encuentra justificada por ser necesaria, razonable y proporcionada. Este parece ser el sentido de la desconcertante –y a veces no bien comprendida– expresión utilizada por el laudo en las conclusiones de su motivación: la norma es “discriminatoria, pero, ante las evidencias actuales, dicha discriminación constituye una medida necesaria, razonable y proporcionada para lograr el objetivo de lo que se describe como la integridad del atletismo femenino y la defensa de la «clase protegida» de atletas femeninas en ciertos eventos” (pár. 626).

En primer lugar, el Tribunal comienza señalando que una medida es discriminatoria *prima facie* si la diferencia de trato se basa o recae sobre determinadas características protegidas. Y efectivamente considera que la norma de la IAAF es, desde este punto de vista, discriminatoria por dos razones. Lo es, en primer lugar, porque impone a un subconjunto de la población atlética femenina/intersexual unas restricciones que no tienen equivalente en los atletas masculinos; de ahí que se considera *prima facie* discriminatoria “desde el punto de vista del sexo legal”. Y lo es también, de forma similar, porque crea restricciones dirigidas a un grupo de individuos que tienen ciertas características biológicas inmutables (cromosomas 46XY y DDS con efectos materialmente androgenizantes), pero no se aplican a los que carecen de algunas de dichas características, de lo que se sigue que las normas discutidas son también discriminatorias *prima facie* desde el punto de vista de las características biológicas innatas (pár. 547).

Una vez declarada la discriminación *prima facie* de las normas objeto de controversia, el Tribunal se centra en analizar si, pese a ello, dichas normas resultan admisibles por ser necesarias, proporcionadas y razonables. En cuanto al juicio de necesidad y razonabilidad, lo primero que hace el laudo es determinar para qué puede resultar necesaria la medida establecida por la norma y si dicho objetivo es legítimo. A estos efectos, al Tribunal le parece evidente que dicho objetivo legítimo es la garantía por parte de la IAAF de una competencia leal en la categoría femenina del atletismo de élite. Y, además, el Tribunal deja claro,

⁴⁴⁵ Así, en la jurisprudencia norteamericana, por ejemplo. Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M^a, *Sistema...*, cit., p. 190.

en la línea de laudos anteriores sobre casos parecidos, que este es un objetivo importante y legítimo de la IAAF y que el caso aquí enjuiciado consiste, en gran medida, en dilucidar si las normas sobre DDS de la IAAF son necesarias para la consecución de dicho objetivo (pár. 556). Y, en este sentido, sobre la base, según lo probado en el procedimiento, de que los niveles de testosterona de atletas con cromosomas 46 XY y DDS pueden crear una ventaja insuperable sobre otras atletas femeninas que no tienen tal condición (pár. 579), el Tribunal concluye que la normativa controvertida resulta necesaria para el mantenimiento de una competencia equitativa en el atletismo femenino. La razón estriba en que es la única manera de asegurar que los atletas de sexo femenino que no disfrutaban de la ventaja de rendimiento significativo causada por la exposición a niveles de testosterona circulante en el nivel de los hombres adultos no tengan que competir contra atletas femeninas que sí disfrutaban de esa ventaja (pár. 580).

Y por lo que al juicio de proporcionalidad se refiere, el Tribunal se detiene especialmente en el impacto de los efectos secundarios derivados del tratamiento exigido a las atletas 46 XY con DDS para reducir sus niveles de testosterona. En este sentido, afirma que dicho tratamiento, basado en anticonceptivos hormonales, no es excesivamente invasivo, ya que es el mismo que el que comúnmente utilizan mujeres de todo el mundo para evitar el embarazo (pár. 584). De ahí que el Tribunal estime que “los efectos secundarios que pueden experimentar algunas atletas como resultado de tomar dichas sustancias no son superiores a la necesidad de aplicar la normativa aprobada para alcanzar el objetivo legítimo de proteger y facilitar la competencia leal en la categoría femenina” (pár. 599).

El laudo ya es firme. El 28 de mayo de 2019 fue recurrido por Caster Semenya ante el Tribunal Federal de Suiza, que es el órgano judicial competente para conocer sobre este tipo de decisiones de la IAAF. El recurso ya se ha resuelto, confirmando la compatibilidad del laudo con el orden público y los principios constitucionales suizos, todo ello sobre la base de argumentos similares a los del laudo⁴⁴⁶.

2.1.3. Problemas de carácter competencial y en relación con el derecho de las mujeres a practicar el deporte en condiciones de igualdad

Volviendo al artículo 39.1 de la Ley 8/2017, ¿qué enseñanzas pueden extraerse del caso de Caster Semenya? La primera es que, a la luz de cuanto se ha expuesto, parece evidente que un precepto, como el citado, en el que sin matiz ni excepción alguna se establece que la identidad sexual autodeclarada se tendrá en cuenta “a todos los efectos” en los “eventos y competiciones deportivas que se realicen” en Andalucía, es enormemente problemático. El acceso de personas transexuales de sexo masculino a las categorías femeninas en muchas disciplinas deportivas plantearía las mismas dificultades insalvables que se han

⁴⁴⁶ Vid. Sentencia de 25 de agosto de 2020 (referencia 4A_248/2019), disponible en el motor de búsquedas de la página del Tribunal Federal de Suiza (<https://www.bger.ch/it/index/federal.htm>).

puesto de relieve con ocasión del caso de la atleta sudafricana, si dicho acceso careciera –como parece preconizar el precepto legal andaluz– de todo control y condicionamiento. Y esas dificultades, planteadas en el contexto de nuestro ordenamiento, tienen en concreto alcance constitucional.

En efecto, un acceso de tales características, irrestricto e incondicionado, equivaldría *de facto* a suprimir, en los casos mencionados, la categoría femenina en dichos deportes, o –al menos– la garantía de competir en ellos en condiciones de igualdad, es decir, de competir contra otras mujeres que tengan sólo las ventajas necesarias, en el deporte de que se trate, para que exista la suficiente incertidumbre sobre el resultado como para que pueda hablarse de auténtica competición. Y es que, desde este punto de vista, la categoría femenina, en la mayor parte de los deportes en los que existe, está concebida como una garantía, pues lo que se pretende con ella consiste en posibilitar que las mujeres practiquen y disfruten de la actividad y la competición deportivas en la misma medida que los hombres.

De estas consideraciones puede deducirse una primera conclusión: que un precepto como el artículo 39.1 de la Ley 8/2017 escapa totalmente a las competencias del legislador andaluz, y ello tanto desde un punto de vista territorial como sustantivo. Desde el punto de vista territorial podría seguramente afirmarse que el precepto citado, al “abolir” de esta suerte las categorías femeninas en muchas disciplinas deportivas, está redefiniendo los derechos básicos de la mitad de la población andaluza en relación con la práctica del deporte, vulnerándose –con ello– el artículo 149.1.1ª CE, que reserva al Estado la competencia exclusiva para establecer la “regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”. No debe olvidarse, desde este punto de vista, que la práctica del deporte es un derecho constitucional, si bien formalmente configurado como principio rector de las políticas públicas en el artículo 43.3 CE: “Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo, facilitarán la adecuada utilización del ocio”.

Pero, por similares razones, puede afirmarse que el artículo 39.1 de la Ley 8/2017 es inconstitucional también por vulnerar el derecho fundamental reconocido en el artículo 14 CE a las mujeres deportistas, al menos cuando da pie a la siguiente situación: cuando, a su amparo, se permita competir de forma irrestricta (es decir, sin ningún requisito o control adicional) contra mujeres, a quienes se definen a sí mismos como mujeres siendo desde el punto de vista biológico hombres o teniendo las características biológicas de tales que son determinantes en el rendimiento deportivo. Aunque el objetivo del precepto, declarado por el legislador, es favorecer la igualdad de trato de los individuos transgénero e intersexuales, al menos en el caso aludido tal objetivo sencillamente no se realiza, sino que más bien se les otorga un privilegio injustificado en detrimento de los demás sujetos (las mujeres) con los que se relacionan en ese contexto (la competición deportiva), lesionando –por ello mismo– la igualdad de trato que se les debe a estas.

Por eso, también podría explicarse la inconstitucionalidad de este artículo 39.1 señalando que la norma incurre aquí en el defecto por el que la jurisprudencia constitucional ha rechazado en muchas ocasiones ciertas pretensiones de igualdad de trato: la utilización de un “término de comparación” erróneo. Efectivamente, para que cualquier pretensión de igualdad de trato sea coherente y prospere, ha de tener como referencia un término de comparación concreto y homogéneo⁴⁴⁷. Es decir: 1) debe darse en relación con el disfrute de un derecho concreto (o la carga de un deber igualmente concreto); y 2) las situaciones afectadas por el diferente trato en relación con ese derecho o deber han de ser iguales. En el caso que nos ocupa, la situación de mujeres y de hombres que piensan que son mujeres no es, por los motivos ya expuestos, la misma *en relación con el concreto derecho de que aquí se trata*, que es el derecho de participar en competiciones deportivas *para mujeres*. Ni siquiera puede justificarse esta restricción del derecho de igualdad de las mujeres alegando que se trata de una medida proporcional para la consecución de un fin legítimo, porque el primer requisito del principio de proporcionalidad es que la medida sea idónea para la consecución del objetivo, y aquí esa idoneidad no se da: la medida, en lugar de dispensar un trato igualitario de los hombres que se sienten mujeres, les da un privilegio injustificado por el contexto y las circunstancias en las que opera la medida.

Pero, bien mirado, no puede sorprender este extraño resultado final, por el que el legislador, tratando de asegurar la igualdad de trato de unos sujetos, termina configurando un privilegio a favor de estos que resulta lesivo para la igualdad de otros. Es el precio que se termina pagando por violentar la naturaleza del derecho, es decir, de tratar de configurar como tal una pretensión incondicionada e irrestricta basada exclusivamente en un sentimiento individual y subjetivo.

Pero aun desde el punto de vista sustantivo podría argüirse otro motivo de inconstitucionalidad: la *garantía institucional* comprendida en el citado artículo 43.3 CE en relación con el deporte. En efecto, puede entenderse que en este precepto de la Constitución se contiene indirectamente, a la par que un mandato a los poderes públicos sobre la promoción del deporte, una *garantía institucional* sobre dicha práctica social⁴⁴⁸. En efecto, si esta no se encontrara constitucionalmente protegida como tal práctica por la Constitución, el mismo mandato contenido en el artículo 43.3 CE quedaría vacío de contenido. Por tanto, en la medida en que impide que la mitad de la población practique muchas de las modalidades deportivas en condiciones de “campo de juego nivelado” (*level-playing field*), el legislador andaluz está desfigurando uno de los elementos clave del deporte –la competición– como práctica socialmente tipificada y reconocible.

⁴⁴⁷ Un ejemplo en el que una misma sentencia utiliza estas dos características del término de comparación es la STC 40/1989, FJ 4.

⁴⁴⁸ Sobre la consideración del deporte como objeto de una garantía institucional, vid. MANIATIS, A., “El derecho al deporte”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* vol. 21 (2017), pp. 189 y 190.

Con todo ello, evidentemente, no se está negando el derecho de las personas transexuales a hacer deporte o a participar en competiciones deportivas. Pero sí el de hacerlo en *condiciones que impidan armonizar ese derecho con el de los demás*, en particular con el de las mujeres. El precepto citado evita cualquier referencia a dichas condiciones, ni siquiera a través, por ejemplo, de alguna cláusula general del tipo “conforme a las normas de desarrollo de esta ley y las reglamentaciones deportivas aplicables”. La rotundidad con que se expresa (“a todos los efectos”), pretende dejar claro, más bien, lo contrario. De ahí la inconstitucionalidad en que incurre el artículo 39.1 de la Ley andaluza.

2.2. La “autopercepción de género” y la utilización de instalaciones separadas por sexos. Su impacto en determinados derechos fundamentales, en especial, a la intimidad

Otro ámbito en el que ese pretendido “derecho irrestricto a la identidad de género” revela su imposibilidad jurídica y su incompatibilidad con los principios constitucionales es el del uso de las instalaciones y espacios íntimos separados por sexos. Dispone el artículo 13.3 de la Ley 8/2017: “Se garantizará el derecho de las personas transexuales a poder desarrollar libremente su personalidad durante su infancia y adolescencia conforme a su identidad sexual, de conformidad con las medidas contempladas en la Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía”. El problema aludido se plantea porque la norma a la que se remite este precepto, la Ley 2/2014, en su artículo 15.2, confiere a los “estudiantes, el personal y los docentes que acudan a todos los centros educativos de Andalucía” el “derecho a (...) el acceso y uso de las instalaciones del centro conforme a su género elegido”.

Más en concreto, y también en aplicación de la citada Ley 2/2014, el “Protocolo de actuación sobre identidad de género en el sistema educativo andaluz”, aprobado por Orden de 28 de abril de 2015⁴⁴⁹, establece: “Teniendo siempre presente el interés del alumno o la alumna, escuchados los y las profesionales que se precisen para garantizarlo, y de acuerdo con el padre, la madre o representantes legales, en caso de tratarse de menores de edad, la dirección del centro procederá a establecer las siguientes medidas, que se contemplarán en todo caso en el plan de igualdad del centro: (...) 5) Se garantizará que el alumnado transexual tenga acceso a los aseos y vestuarios que le corresponda de acuerdo con su identidad de género”.

La cuestión del acceso de las personas transexuales a los aseos, duchas y vestuarios propios del sexo con el que se identifican ha sido, y continúa siendo, polémica. En España apenas existen todavía pronunciamientos judiciales en torno a ella. El TSJ de la Comunidad Valenciana ha desestimado recientemente un recurso contencioso-administrativo contra el

⁴⁴⁹ BOJA núm. 96, de 21 de mayo de 2015, pp. 12 ss.

precepto del Decreto de la Generalidad que obliga a los centros concertados a cumplir un protocolo semejante al andaluz en el que, entre otras medidas, se incluye este derecho de acceso⁴⁵⁰. Pero la variedad de las medidas contempladas en el protocolo no permitió a las entidades recurrentes concentrar sus esfuerzos impugnatorios en el citado derecho, por lo que esta cuestión ha quedado en gran medida sin respuesta por el momento.

2.2.1. La “batalla de los cuartos de baño” en Estados Unidos.

Sin embargo, en otras jurisdicciones ha sido un tema recurrente en los últimos años. En concreto, existe ya en Estados Unidos una serie de decisiones judiciales sobre este conflicto, que se ha producido sobre todo en el ámbito de los establecimientos educativos. El sentido de estas decisiones es muy variado. Al principio hubo varias que denegaron al peticionario el acceso a los aseos o vestuarios del sexo biológico opuesto apoyándose implícitamente en el derecho a la privacidad de los demás usuarios⁴⁵¹. Poco después se dieron algunas que fallaron a favor del acceso, sobre todo en respuesta a recursos presentados por varios Estados contra la Administración federal, que impuso para todo el país ese derecho de acceso en función de la identidad género, interpretando en esta clave la legislación federal vigente en materia de igualdad educativa⁴⁵². El Tribunal Supremo norteamericano no ha querido pronunciarse al respecto sobre este espinoso “asunto de los cuartos de baño”, habiendo rechazado hasta ahora al menos una petición de *certiorari* al efecto⁴⁵³. La polémica se ha amortiguado en buena parte desde que, después de las elecciones que dieron la presidencia a Trump en 2017, la nueva Administración federal revocó la polémica guía de Educación y Justicia de 2016, devolviendo en gran medida la responsabilidad sobre la cuestión a cada Estado⁴⁵⁴.

⁴⁵⁰ STSJ de la Comunidad Valenciana nº 200/2019, de 15 mayo, recurso contencioso-administrativo 371/2018.

⁴⁵¹ Vid. *Johnston v. University of Pittsburgh of the Commonwealth System of Higher Education*, 97 F.Supp.3d 657 (WDPa.2015); y *G.G. v. Gloucester County School Board* 132 F.Supp.3d 736 (EDVa.2015).

⁴⁵² La interpretación se materializó en una guía conjunta de los Departamentos de Justicia y de Educación. Se conoce con el nombre “Carta Querido Colega sobre Estudiantes Transgénero”. Puede consultarse en <https://www.justice.gov/opa/pr/us-departments-justice-and-education-release-joint-guidance-help-schools-ensure-civil-rights> [última consulta: 22-09-2019]. Esta guía despertó también controversia doctrinal. Entre los trabajos contrarios a ella, puede verse el de ANDERSON, R. T., “A Brave New World of Transgender Policy”, *Harvard Journal of Law & Public Policy* vol. 41, núm 1 (2018), pp. 309-354. En cambio, en defensa de la guía puede consultarse el trabajo de ARCHIVALD, C. J., “Transgender bathroom rights in the time of Trump”, *Tennessee Journal of Race, Gender, & Social Justice* vol. 6:2 (2017), pp. 241-274.

⁴⁵³ Vid. 137 S.Ct. 1239 (2017), en relación con el caso *G. G. v. Gloucester County School Board*.

⁴⁵⁴ El nuevo documento conjunto de los Departamentos de Justicia y Educación por el que se decide “retirar y rescindir” el documento anterior de orientación lleva por fecha 22 de febrero de 2017 y se puede consultar en <https://www2.ed.gov/about/offices/list/ocr/letters/colleague-201702-title-ix.pdf> [última consulta: 23-09-2019].

Aunque en los tribunales norteamericanos había terminado por prevalecer la corriente que reconoce la pretensión de acceso conforme a la propia identidad de género como un derecho⁴⁵⁵, también es verdad que en estos pronunciamientos ese derecho de acceso –y es muy importante subrayar esto– se reconoce implícitamente no de forma ilimitada o irrestricta, basada únicamente en la autodeterminación individual, sino sólo cuando la condición transexual de quien lo ejerce es una condición más o menos estable y reconocida por el entorno, o bien el individuo presenta rasgos externos alineados con el sexo con el que se identifica. Además, en los casos concretos analizados por estas sentencias parece que existían medios alternativos de garantizar la privacidad de los estudiantes del otro sexo.

En cualquier caso, esta batalla judicial, si bien perteneciente a una jurisdicción extranjera, contiene una enseñanza útil: la de que esta cuestión del acceso a este tipo de instalaciones no puede depender únicamente, sin más, de la manifestación individual de voluntad de quien está interesado en dicho acceso. Puesto que se trata de *compartir* un determinado bien que, en este caso, consiste en un espacio específicamente concebido para salvaguardar la privacidad *corporal* de los usuarios, lo lógico es que también se cuente, de alguna forma, con la voluntad de dichos usuarios o con sus intereses. Porque, como se desprende de esa jurisprudencia norteamericana, de esto es de lo que se trata fundamentalmente aquí: de la intimidad o privacidad de quienes utilizan unas instalaciones destinadas a personas de su mismo sexo.

2.2.2. Conflicto aparente de derechos fundamentales: igualdad versus intimidad.

En esta cuestión la clave reside en dos factores fundamentales a tener en cuenta: la finalidad de estas instalaciones, que es preservar el sentimiento de pudor de quienes las utilizan frente a la presencia de personas del otro sexo, y, estrechamente conectado con lo anterior, la dimensión específicamente corporal que también posee el derecho a la intimidad. En este sentido, de la jurisprudencia del TEDH se desprende que la desnudez corporal es objeto del derecho a la vida privada reconocido en el artículo 8 CEDH⁴⁵⁶, y varias sentencias de nuestro TC han establecido expresamente que el propio “sentimiento de pudor” es objeto de protección del derecho fundamental a la intimidad reconocido en el artículo 18 CE⁴⁵⁷. Por lo tanto, una medida destinada a alterar significativamente las

⁴⁵⁵ Vid. *Board of Education of the Highland Local School District v. United States Department of Education*, 208 F.Supp.3d 850 (S.D.Ohio 2016); *Carcano v. McCrory*, 203 F.Supp.3d 615 (M.D.N.C. 2016); *G. G. v. Gloucester County School Board*, 822 F.3d 709 (4th Cir. 2016); *Grimm v. Gloucester County School Board*, 302 F.Supp.3d 730 (E.D.Va. 2018); y *Doe v. Boyertown Area School District* 897 F.3d 518 (3rd Cir. 2018).

⁴⁵⁶ Así se desprende de la STEDH *Söderman c. Suecia*, de 12 de noviembre de 2013.

⁴⁵⁷ “En estos términos, basta con recoger la doctrina de la STC 218/2002, de 25 de noviembre, FJ 4, la cual puede sintetizarse en los siguientes apartados: «(...) *De la intimidad personal forma parte, según tiene declarado este Tribunal, la intimidad corporal*, de principio inmune en las relaciones jurídico-públicas que aquí importan, frente a toda indagación o pesquisa que sobre el propio cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la per-

prácticas socialmente vigentes en torno a la protección de esa esfera de privacidad tiene que disponer de razones lo suficientemente sólidas como para poderse considerar compatibles con las garantías iusfundamentales contenidas en la Constitución.

El problema de la medida andaluza (“Protocolo de actuación sobre identidad de género en el sistema educativo andaluz” en conexión con las Leyes 2/2014 y 8/2017) es que, a diferencia de la situación norteamericana, la norma parece prescindir de toda consideración hacia la intimidad o privacidad de los demás usuarios de esas instalaciones. Y ello no sólo porque el Protocolo andaluz tenga en cuenta sólo a los estudiantes o a los padres de los estudiantes interesados en acceder a las dependencias del otro sexo, y no a los estudiantes del otro sexo o a los padres de estos otros estudiantes, sino también porque configura un derecho que parece *depende* –como se ha señalado– *de la exclusiva voluntad del interesado como único factor determinante* del supuesto derecho.

Parece claro que las normas que establecen esta medida restrictiva de la intimidad pretenden apoyarse de nuevo en el derecho a la igualdad de trato de los estudiantes transgénero, en la garantía a estos estudiantes de un trato no discriminatorio en el uso de esas instalaciones. Se apunta implícitamente, con ello, otra vez al derecho fundamental a la igualdad reconocido en el artículo 14 CE. Pero, ¿es esto así? ¿Está la pretensión de una persona transgénero a acceder a un vestuario del otro sexo cubierta por el derecho fundamental reconocido en el artículo 14 CE?

El artículo 14 CE prohíbe las distinciones de trato basadas en el “nacimiento”, la “raza”, el “sexo”, la “religión” y la “opinión”. Como es sabido, el TC ha interpretado la prohibición basada en estos criterios concretos de forma bastante rígida, pero no como totalmente absoluta: de forma excepcional se pueden admitir distinciones basadas en uno de esos criterios, siempre y cuando superen un test especialmente riguroso que no se reduce al mero juicio de razonabilidad (entendiendo por razonable lo opuesto a caprichoso, arbitrario, insensato o falta de realismo)⁴⁵⁸. Pero el artículo 14 CE también prohíbe las distinciones normativas basadas en “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, prohibición que tampoco es absoluta y que, por la amplitud de este criterio residual, ha sido interpretada de forma mucho más flexible por el TC, de forma que en estos casos la admisibilidad de la distinción sí está condicionada a un simple test de razonabilidad. Por tanto, no hay ningún obstáculo en considerar que la identidad de género, siendo algo diferente al sexo, se entienda incluida en este último criterio residual del artículo 14 CE, de forma que, efectivamente, están proscritas en general las distinciones normativas basadas en dicho criterio –la identidad de género–, a menos que dichas distinciones resulten razonables, o no arbitrarias ni caprichosas, a la luz de las circunstancias del caso.

sona. Con lo que *queda así protegido por el ordenamiento el sentimiento de pudor personal*, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad (SSTC 37/1989, FJ 7; 120/1990, FJ 12, y 137/1990, FJ 10)» (STC 171/2013 de 7 octubre, FJ 1; énfasis añadido).

⁴⁵⁸ Vid. DÍEZ-PICAZO, *Sistema...*, cit., p. 190.

Pero, ¿es este derecho, así *generalmente* reconocido, una razón de suficiente peso como para desplazar *en concreto* el derecho fundamental a la intimidad en el uso de aseos y vestuarios? La cuestión se presenta, en el fondo, como un problema de conflicto *aparente* entre derechos fundamentales, el cual se produce cuando el disfrute simultáneo de dos o más bienes protegidos por derechos fundamentales deviene imposible porque el disfrute de uno de ellos por parte de un sujeto (aquí el trato no discriminatorio) desplaza o descarta el disfrute de otro (la intimidad). O, dicho con otras palabras: que el disfrute de un bien por uno, se hace *a costa del otro*. ¿Cómo solucionar el dilema? ¿A quién dar preferencia?

2.2.3. Dimensión corporal del derecho fundamental a la intimidad.

La respuesta se asienta sobre dos órdenes de consideraciones: la ya aludida conexión entre la finalidad de las instalaciones separadas por sexos y el objeto protegido por el derecho fundamental a la intimidad, por un lado, y la teoría del doble efecto o voluntario indirecto como método de resolución de conflictos aparentes entre derechos fundamentales.

Por lo que se refiere a lo primero, si –como se ha señalado arriba– el objeto del derecho a la intimidad posee una dimensión que abarca tanto la desnudez corporal como el sentimiento de pudor que la protege, parece claro que este derecho fundamental, según las prácticas socialmente vigentes, confiere o incluye la facultad de desarrollar actividades más o menos íntimas con exclusión de extraños que *corporalmente* pertenezcan a otro sexo. Y no basta con que la ley “declare” que es de sexo femenino alguien que *corporalmente* parece (o reúne las características corporales) del sexo masculino, o viceversa. Ni esa ni ninguna declaración normativa cambia ese *hecho corporal*, que es el relevante aquí –insistimos– a los efectos del derecho a la intimidad en el uso de *espacios físicos compartidos y diferenciados por sexos*. Entender que dicha declaración es suficiente para obligar a alguien a desnudarse con otro que corporalmente es (o parece ser) de otro sexo, equivaldría a admitir que el legislador puede vaciar de contenido cualquier derecho fundamental (en este caso, a la intimidad corporal) con sólo designar de otra forma la realidad a que aluden los derechos, pese a que la realidad misma evidencie lo contrario.

En cualquier caso, los derechos fundamentales no son ilimitados. No sólo es que tienen límites inmanentes, como cualquier derecho; es que el legislador puede imponerles condiciones y requisitos al regular su ejercicio a fin de armonizarlos con otros bienes y derechos, siempre y cuando se respete su contenido esencial (art. 53.1 CE). En este sentido, y en el caso que nos ocupa, a fin de armonizar el ejercicio del derecho a la intimidad con el derecho a la igualdad de trato de los alumnos transexuales, ¿no podrá acaso el legislador obligar a los estudiantes de un determinado sexo a desnudarse con alguien que se siente de ese sexo pero que *externa* o *corporalmente* no pertenece a él? ¿No estaría justificada la limitación de esta dimensión corporal del derecho fundamental a la intimidad en virtud de la finalidad perseguida y el principio de proporcionalidad, más cuando lo perseguido es la tutela de otro derecho fundamental, como es la igualdad de trato? La respuesta debe ser negativa en este caso a la luz del principio o de la teoría del doble efecto o voluntario

indirecto, según el cual el principio de proporcionalidad sólo justifica aquellas medidas que, aunque impacten negativamente en el bien protegido por el derecho fundamental restringido, no buscan directamente ese impacto negativo, sino que lo admiten o lo prevén como un efecto más o menos posible en aras de otro bien jurídico protegido⁴⁵⁹. Por ejemplo, en esta materia, parece fácilmente justificable que, declarado un incendio, un grupo de bomberos, sin importar cuál fuera su sexo, irrumpiera sin mayores miramientos en un vestuario de hombres o de mujeres amenazado por las llamas y con el objetivo de desalojarlo. El efecto *querido* o *buscado* (el rescate de las personas en peligro) es distinto en este caso del efecto simplemente *previsto* como posible, pero no *querido* (la eventual exposición de la desnudez corporal de los usuarios del vestuario ante personas de otro sexo). En la medida controvertida aquí, en cambio, sucede que el *efecto querido* o *buscado* por la norma, y no sólo previsto como posible, es precisamente la exposición corporal íntima entre personas que corporalmente no son del mismo sexo, es decir, un impacto negativo en la dimensión corporal del bien jurídico protegido por el derecho a la intimidad.

Por decirlo con otras palabras, y visto desde el otro lado, la eventual exclusión del alumno transexual de los aseos o vestuarios propios del sexo con el que se identifica no sería en puridad una discriminación normativa *por razón de género*: la medida recae sobre alguien que, efectivamente, se identifica con un determinado género, pero no se adopta *porque* se identifica con un determinado género (es decir, no es una medida contra una persona transgénero por el hecho de ser transgénero), sino que se realiza en relación con alguien que *corporal o externamente no es (o no parece) del sexo* al que están destinadas las instalaciones en cuestión. Porque precisamente esa apariencia física o corporal, en contraste con la propia corporalidad y en un contexto de intimidad, es la que genera ese sentimiento de incomodidad frente al cual protege la faceta corporal del derecho a la intimidad de los demás usuarios. Por las mismas razones, en cambio, esa distinción no estaría justificada si recayese sobre alguien que *corporal y externamente sí fuera (o pareciera ser) del sexo* al que se destinan esas instalaciones (aunque no lo fuera, pongamos por caso, desde el punto de vista genético o cromosómico). Vuelven a ser aplicables aquí las consideraciones hechas más arriba acerca de la necesidad de utilizar un término de comparación que sea concreto y homogéneo, características que están ausentes aquí también.

En definitiva, lo que está en juego en vestuarios y baños es la dimensión *corporal-externa* de la intimidad, y a esta dimensión o faceta hay que estar hasta sus últimas consecuen-

⁴⁵⁹ Sobre la importancia de la teoría del doble efecto para la interpretación de los derechos fundamentales y la evaluación de sus restricciones legislativas pueden consultarse los trabajos de MIRANDA MONTECINOS, A., “El principio de doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico”, *Revista Chilena de Derecho* vol. 35, núm. 3 (2008), y “Consequentialism, the Action/Omission Distinction, and the Principle of Double Effect: Three Rival Criteria to Solve Vital Conflicts in Cases of Necessity”, *The American Journal of Jurisprudence*, Vol. 62, No. 2 (2017); y CIANCIARDO, J., “Proporcionalidad en la ley y razonabilidad en la interpretación de la ley: tensiones y relaciones”, *Estudios de Deusto*, vol. 66/2 (2018). La teoría del doble efecto ha comenzado a ser explícita en la jurisprudencia norteamericana de derechos fundamentales, como puede verse en el voto particular del juez J. Gorsuch a la decisión *Masterpiece Cakeshop c. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. (2018).

cias, si es que el sentimiento del pudor corporal está efectivamente protegido por el derecho fundamental a la intimidad. Por eso, la medida aquí cuestionada, no sólo es que no constituye una exigencia del derecho a la igualdad de trato (art. 14 CE), sino que puede entrañar una violación del derecho a la intimidad de los demás usuarios de las instalaciones (art. 18 CE).

3. “INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS DE ODIO”, RESERVA DE JURISDICCIÓN Y LIBERTADES IDEOLÓGICA Y DE EXPRESIÓN

En la actualidad es frecuente en los ordenamientos de nuestro entorno cultural que el legislador reprima punitivamente algunas de las principales manifestaciones del denominado “discurso del odio”, sobre todo por influencia de la categoría anglosajona del “*hate speech*”. Lo normal es que esta represión punitiva se valga de la técnica penal, hablándose –por ello– de “delitos de odio”. Concretamente, en nuestro Derecho estos delitos se encuentran tipificados en los artículos 510 y siguientes del CP. Sin embargo, de un tiempo a esta parte los delitos de odio han abandonado su hábitat penal originario y se han expandido hacia el Derecho administrativo sancionador, pudiéndose hablar en tales casos, no ya de “delitos”, sino de “infracciones administrativas de odio”.

Un ejemplo de este fenómeno lo constituye precisamente la Ley 8/2017, en la que –como se ha señalado– se tipifican diversas infracciones administrativas cuyo rasgo común estriba en tener por objeto conductas consistentes en la emisión, más o menos pública, de expresiones o mensajes de menosprecio, vejación, odio o incitación a la violencia contra personas LGBTI o sus familiares. Al menos ocho de las infracciones tipificadas en los artículos 60 a 62, entre leves, graves y muy graves, responden a esta tipología⁴⁶⁰. No se trata del único caso: como también se ha señalado, otras Comunidades Autónomas han aprobado leyes semejantes. Entre ellas destaca la Ley madrileña 3/2016, de 22 de julio,

⁴⁶⁰ “Artículo 60. Infracciones leves

Son infracciones administrativas leves:

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

Artículo 61. Infracciones graves

Son infracciones administrativas graves:

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

- e) Realizar actos que impliquen aislamiento, rechazo o menosprecio público y notorio de personas por causa de orientación sexual, identidad sexual o expresión de género.

- f) La realización de campañas de publicidad o anuncios que utilicen la imagen de miembros del colectivo LGTBI o sus familiares de manera discriminatoria o vejatoria o justifiquen o inciten a la violencia.

titulada de protección contra la “LGTBIfobia”. El sufijo “fobia”, del griego “fobos”, significa justamente miedo y aversión u odio hacia algo o alguien.

Con todo, una parte importante de la doctrina se muestra crítica con la criminalización del discurso del odio, por el riesgo que ello entraña de sofocar opiniones “políticamente incorrectas”, no dejar espacio al disidente, al heterodoxo, y propiciar así la creación de una sociedad ideológicamente uniforme y cerrada. En este sentido, se ha subrayado cómo la libertad de expresión está reconocida, precisamente, para proteger no sólo las ideas establecidas o predominantes, sino también aquellas que chocan con el ambiente o que perturban⁴⁶¹. Justamente por eso la jurisprudencia norteamericana siempre ha exigido, a la represión del discurso del odio, que este entrañe un “peligro claro e inminente” para el bien jurídico protegido. Nuestro TC no ha establecido todavía criterios claros, pero la jurisprudencia del TEDH se muestra por lo general exigente en cuanto a su admisibilidad. Por ejemplo, cuando se castiga la negación de hechos históricos, exige una especial claridad en relación con los mismos, o la excluye, por ejemplo, cuando la misma se contiene en escritos de carácter académico o científico⁴⁶².

No es extraño, por eso, que estas específicas “infracciones de odio” de la Ley andaluza planteen diversos problemas de constitucionalidad, sobre todo desde el punto de vista de

g) La no retirada inmediata por parte del prestador de un servicio de la sociedad de la información de expresiones vejatorias o de incitación a la violencia por razón de identidad sexual o expresión de género contenidas en sitios web o redes sociales de las que sea responsable, una vez tenga conocimiento efectivo del uso de esas expresiones.

(...)

j) Desarrollar o tolerar el desarrollo de actos culturales, artísticos o lúdicos de marcado carácter discriminatorio o que justifiquen o inciten a la violencia.

(...)

Artículo 62. Infracciones muy graves

Son infracciones administrativas muy graves:

(...)

c) El empleo de un lenguaje discriminatorio o la transmisión de mensajes o imágenes discriminatorias u ofensivas en los medios de comunicación públicos de Andalucía, en aquellos otros medios de comunicación que reciban subvenciones públicas o en los medios de comunicación sujetos al ámbito competencial de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

d) Promover, justificar u ocultar por cualquier medio la discriminación hacia las personas LGBTI o sus familiares, negando la naturaleza de la diversidad sexual e identidad de género.

(...)

f) Convocar espectáculos públicos o actividades recreativas que tengan como objeto la incitación al odio, la violencia o la discriminación de las personas LGBTI o sus familias.

(...)”.

⁴⁶¹ Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M^a, *Sistema...*, cit., pp. 330-332.

⁴⁶² Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M^a, *Sistema...*, cit., p. 331, y la jurisprudencia ahí citada. En particular, la STEDH *Vejdeland c. Suecia*, de 9 febrero 2012, sienta la doctrina según la cual es discurso de odio aquel que incite al odio o la violencia, o las que constituyan acusaciones graves prejuiciosas, y no las opiniones que simplemente ofendan o causen disgusto por no estar de acuerdo con ellas (nn. 53 y 55).

la libertad de expresión. Esos problemas son diversos y afectan a la constitucionalidad de la norma por diversos títulos:

- 1) En primer lugar, abordaremos la posible inconstitucionalidad de todas estas infracciones por violación de la reserva especial implícita de jurisdicción que, según autores y alguna jurisprudencia, se contiene en el artículo 20 CE.
- 2) En segundo lugar, afrontaremos la más que posible inconstitucionalidad de la infracción muy grave consistente en discrepar de la filosofía de género, contenida en el artículo 62.d) de la Ley.
- 3) Por último, nos referiremos a la posibilidad de que las “infracciones de odio” tipificadas en la Ley 8/2017 sean contrarias a las libertades ideológica y de expresión por causar un desproporcionado “efecto desaliento” en el ejercicio de esos derechos fundamentales.

3.1. Naturaleza y alcance de las libertades ideológica y de expresión

Sin embargo, para afrontar adecuadamente cada uno de estos problemas es necesario primero recordar un aspecto básico de las libertades ideológica y de expresión como derechos fundamentales. Ambos son susceptibles de ser afectados negativamente por la aplicación de estos preceptos, atendida la estrecha relación existente entre ambos, por más que se encuentren reconocidos en artículos distintos de la Constitución. Por eso es importante distinguir con precisión los bienes jurídicos protegidos por estos derechos reconocidos, respectivamente, en los artículos 16 y 20 CE.

Como señala DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, el bien jurídico protegido con el reconocimiento de la libertad ideológica es el rechazo a toda forma de coerción por razón de creencias, ya sean éstas de carácter religioso o no. Es un derecho estrechamente conectado con la dignidad humana, puesto que históricamente ha servido como medio para tutelar la libertad de pensamiento y de conciencia, de forma que, con el tiempo, se ha ido ampliando hasta abarcar convicciones de todo tipo (políticas, filosóficas, morales, etc.). Por eso, además, la libertad ideológica ha de conectarse estrechamente con el pluralismo político, que es uno de los valores superiores del ordenamiento del Estado social y democrático de Derecho, a tenor del artículo 1 CE⁴⁶³.

Por lo demás, el artículo 16.1 CE distingue entre una dimensión interna y externa de esta libertad, de modo que sólo en sus manifestaciones externas pueden los poderes públicos imponer limitaciones, si bien sólo las necesarias “para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”. Se trata de una habilitación constitucional que ha de interpretarse de forma rigurosamente restrictiva. El orden público es el único motivo que puede justificar limitaciones, *que no pueden ser preventivas* sino en casos absolutamente excepcionales, tal y como señaló la STC 46/2001, de 15 de febrero: “ha de tenerse presente que la libertad religiosa y de culto, como así lo declaramos en relación con la libertad ideológica re-

⁴⁶³ Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M^a, *Sistema...*, cit., p. 227.

conocida en el mismo precepto constitucional, «por ser esencial, como hemos visto, para la efectividad de los valores superiores ..., hace necesario que el ámbito de este derecho no se recorte ni tenga ‘más limitación (en singular utiliza esta palabra el art. 16.1 C.E.) en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley’» (STC 20/1990, de 15 de febrero, FJ 3) (FJ 9)⁴⁶⁴.

Por su parte, la libertad de expresión reconocida en el artículo 20 CE tiene un bien jurídico protegido menos personal, ya que, según ha señalado siempre la jurisprudencia constitucional, lo que con ella se protege es la formación de la opinión pública necesaria para el funcionamiento correcto del sistema democrático. De todas formas, también suele ponerse de relieve su conexión con las necesidades humanas de buscar la verdad y de comunicarse con los demás, condiciones, a su vez, de una sociedad abierta en la que la difusión de las ideas no quede al servicio de los gobernantes⁴⁶⁵. La admisión de limitaciones por el artículo 20.4 CE es más amplia que en el caso de la libertad ideológica, ya que pueden justificarse en el respeto a los demás derechos fundamentales, los preceptos de las leyes de desarrollo, la protección de la infancia y la juventud, etc. Pero –como contrapeso– la jurisprudencia constitucional y ordinaria ha exigido en numerosas sentencias que dichas limitaciones respeten escrupulosamente el principio de proporcionalidad en su triple exigencia de necesidad, idoneidad y ponderación⁴⁶⁶.

3.2. Vulneración de la reserva especial de jurisdicción implícita en materia de libertades ideológica y de expresión

Hechas estas consideraciones introductorias, ¿son las “infracciones de odio” tipificadas en la Ley 8/2017 compatibles con las libertades ideológica y de expresión? Hay que empezar señalando que casi todas estas infracciones afectan a conductas que podrían ser objeto no tanto de la libertad ideológica en sentido estricto, como de la libertad de expresión, en la medida en que exigen cierto grado de difusión y publicidad. La única excepción la constituye –como veremos más despacio– la infracción muy grave prevista en la letra d) del artículo 62 consistente en “[p]romover, justificar u ocultar por cualquier medio la discriminación hacia las personas LGTBI o sus familiares, *negando la naturaleza de la diversidad sexual e identidad de género*”, y que está relacionada, más bien, con la libertad ideológica.

⁴⁶⁴ La jurisprudencia constitucional, no obstante, ha admitido también limitaciones a la manifestación de creencias que repugnan (no simplemente que desagradan) a la amplia mayoría de la sociedad, pero sólo cuando se consideran contrarias a los principios morales o políticos más básicos del cuerpo social y en los que no estaba en peligro el pluralismo. Estos supuestos son, de todas formas, calificados por la doctrina como problemáticos y de resultados inquietantes caso de generalizarse. *Vid.* DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M^a, *Sistema...*, cit., p. 231.

⁴⁶⁵ *Vid.* DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M^a, *Sistema...*, cit., p. 314.

⁴⁶⁶ Así, entre las últimas que lo exigen y aplican, puede verse la STC 58/2018, de 4 junio, en relación con el denominado “derecho al olvido”.

En cualquier caso, es posible sostener que todas estas “infracciones de odio” tipificadas en la Ley 8/2017 son contrarias en bloque a la libertad de expresión. La razón radica precisamente en que se trata de “infracciones administrativas”, no de delitos, es decir, de ilícitos cuya represión se encomienda a la Administración, al poder ejecutivo, y no al poder judicial.

En efecto, como ha explicado DOMÉNECH PASCUAL⁴⁶⁷, se está asistiendo en los últimos años, tanto “por la derecha” como “por la izquierda”, a la extensión de un fenómeno legislativo más o menos nuevo y al que, sin dudas, habría que poner coto: la aprobación en número creciente de leyes, tanto estatales como autonómicas, y en materias muy diversas, en las que se contempla la imposición de sanciones administrativas (no de penas) por la realización material de actos de expresión o de comunicación y en razón precisamente de sus contenidos, todo lo cual es susceptible de afectar negativamente las libertades ideológicas y de expresión. Es lo que este autor denomina la “policía administrativa de la libertad de expresión” y de la que son ejemplos la LO 4/2015, de 4 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, o la Ley andaluza 2/2017, de 28 de marzo, de Memoria Histórica y Democrática de Andalucía.

La conclusión del autor citado es que la atribución de potestad sancionadora en estas materias debe considerarse reservada constitucionalmente a los jueces y tribunales del poder judicial⁴⁶⁸. Y que, por lo tanto, su atribución a la Administración resulta inconstitucional.

La explicación parte de considerar que, al igual que sucede en otros casos declarados por el TC, existe en el artículo 20 CE una reserva *implícita* de jurisdicción. Dicha reserva es una exigencia del principio de proporcionalidad, que en materia de derechos fundamentales prohíbe –entre otras cosas– que el legislador atribuya el poder de adoptar determinadas decisiones sobre el ejercicio de tales derechos en unas *condiciones organizativas y procedimentales que pongan en riesgo inútil, innecesario o desproporcionado el ejercicio de tales derechos*. Y el caso es que atribuir a la Administración la potestad de castigar la realización de determinadas expresiones e informaciones supone un riesgo innecesario para la libertad de expresión y es, por eso, desproporcionado e inconstitucional. En efecto, parece evidente que el peligro de que las autoridades administrativas controlen sesgada o discriminatoriamente la libertad de expresión es bastante más elevado que el riesgo de que lo hagan los jueces. Y ello porque las autoridades administrativas tienen unos estímulos muy intensos para silenciar o desalentar las expresiones o informaciones que desagraden o contraríen a sus electores, y para favorecer o tolerar las de estos últimos.

⁴⁶⁷ Vid. DOMÉNECH PASCUAL, G., “La policía administrativa de la libertad de expresión (y su disconformidad con la Constitución)”, en prensa, pp. 1-3. El texto puede consultarse en https://www.academia.edu/38391193/La_policia_administrativa_de_la_libertad_de_expresion_y_su_disconformidad_con_la_Constitucion. [última consulta: 19/07/2019].

⁴⁶⁸ Lo que se expone a continuación resume los interesantes argumentos desarrollados por DOMÉNECH PASCUAL, G., “La policía administrativa...”, cit., pp. 7-10.

En cambio, los jueces están en general más alejados de este tipo de influencias, tanto por la inamovilidad de su puesto de trabajo, como por las características de su carrera profesional, aparte de otras muchas consideraciones (procedimientos más garantistas que los administrativos, menor posibilidad de actuar de oficio, etc.). Y, por otro lado, ese mayor riesgo para la libertad de expresión que supone dar el poder sancionador a la Administración no está justificado en el logro de ningún fin legítimo determinado. Por ejemplo, en algunos ámbitos (medio ambiente, urbanismo...), la necesidad de contar con conocimientos técnicos o recursos materiales especializados para imponer las correspondientes sanciones justifica la atribución de la potestad sancionadora a la Administración. Pero en el caso que aquí estamos considerando, las autoridades administrativas no poseen mejores conocimientos ni medios que los tribunales para determinar cuándo han rebasado los ciudadanos los límites de la libertad de expresión. En estas materias sucede más bien lo contrario: son los jueces los que tienen una mayor formación jurídica especializada y una experiencia profesional más adecuada que los funcionarios públicos al servicio de las autoridades administrativas para adoptar una decisión acertada en estas materias. A mayor abundamiento, una interpretación analógica y teleológica de la reserva expresa del artículo 20.5 CE para el secuestro de publicaciones abona la misma conclusión: las medidas sancionadoras en estas materias, impensables para el constituyente de 1978, podrían tener un efecto equivalente e, incluso, más eficaz que el propio secuestro.

Si trasladamos estos razonamientos a la Ley 8/2017, es cierto que el legislador no accedió a lo que pedían algunos de los comparecientes en la tramitación de la proposición de ley, que era atribuir la potestad sancionadora al “Consejo LGTBI de Andalucía”. La Ley 8/2017 no incurrió en lo que hubiera sido una grave irregularidad, atendido el carácter de dicho Consejo como órgano de representación. Pero sí que atribuye, como se ha visto, una vasta potestad sancionadora sobre actos materialmente expresivos e informativos, y por razón de su contenido, a la Administración de la Junta de Andalucía, concretamente al Consejo de Gobierno en el caso de infracciones muy graves y, en el caso de las demás, al titular de la Consejería “competente en materia de LGTBI”. Todas estas infracciones deben reputarse, por las razones señaladas, inconstitucionales e incompatibles con las exigencias organizativas y procedimentales del principio de proporcionalidad. Este vicio no afecta, lógicamente, a todas las infracciones tipificadas por la Ley 8/2017, pero sí a un buen grupo de ellas, en concreto las que tienen por objeto actos de expresión o comunicación⁴⁶⁹.

⁴⁶⁹ Letra a) del artículo 60; letras a), e), f), g) y j) del artículo 61; y c), d) y f) del artículo 62, ya citadas en una nota anterior, con la excepción, quizá, de la relativa a las campañas o anuncios publicitarios, actividad esta más bien reconducible a la libertad de empresa (art. 38 CE) que a la libertad de expresión (art. 30 CE). *Vid.*, sobre el encaje iusfundamental de la publicidad, RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M., “Ordenación del comercio y libertad de empresa”, en *Derecho de la regulación económica, IX. Comercio interior. Tomo I*, REBOLLO PUIG, M. (dir.), Iustel, Madrid, 2013, pp. 105 y 106, y la bibliografía allí citada.

3.3. La tipificación de la mera discrepancia filosófica como infracción muy grave en el artículo 62.d)

Por otra parte, el artículo 62.d) de la Ley 8/2017 tipifica como infracción muy grave “[p]romover, justificar u ocultar por cualquier medio la discriminación hacia las personas LGTBI o sus familiares, negando la naturaleza de la diversidad sexual e identidad de género”. El precepto describe la conducta infractora con términos excesivamente vagos y ambiguos, de forma que no se sabe muy bien a qué se refiere en concreto. Es muy posible, por ello, que vulnere el principio de tipicidad, exigido por el derecho fundamental a la legalidad sancionadora (art. 25 CE).

Pero lo que sí parece claro es que veda, o al menos dificulta sobremanera, cualquier discrepancia con la filosofía de género postulada por el legislador. Repárese, en efecto, que proscribe la negación o el mero desacuerdo con “la naturaleza de la diversidad sexual e identidad de género”. De esta forma, lo que se tipifica es:

- 1) Primero, una conducta consistente en el mero intercambio de opiniones, sin que se exija una especial publicidad o difusión: “justificar por cualquier medio...”. Así descrita, la conducta incluiría no sólo la emisión de un mensaje a través de un medio de radiodifusión, por ejemplo, sino también una simple conversación entre amigos. Es prácticamente el puro pensamiento el que se tipifica como infracción.
- 2) Y segundo, una conducta consistente en negar “la naturaleza de la diversidad sexual y de género”, esto es, en apartarse o discrepar de las corrientes filosóficas de género, pensando, por ejemplo, que la especie humana posee, en común con otros muchos animales, una sexualidad esencialmente binaria⁴⁷⁰.

Estas son las dos únicas características de la conducta tipificada. Propiamente, no se tipifica la “discriminación hacia las personas LGTBI o sus familiares” como tal; esta expresión es utilizada solamente para realizar una presunción gratuita e injustificable: la de que discrepar de la filosofía de género entraña ya una suerte de discriminación hacia determinadas personas. En definitiva, ni se advierte cuál puede ser la conexión de esta prohibición con el mantenimiento del orden público –que es el único límite admitido por el artículo 16.1 CE a la libertad ideológica– ni esta prohibición recae en una creencia contraria a los prin-

⁴⁷⁰ ¿Sería infracción, por ejemplo, pensar y compartir la siguiente afirmación sobre la estructura binaria de la sexualidad humana?: “En biología, un organismo es masculino o femenino si está estructurado para desempeñar una de las funciones respectivas en la reproducción. Esta definición no requiere ninguna característica física o comportamiento arbitrario medible o cuantificable; requiere comprender el sistema reproductivo y el proceso de reproducción. Diferentes animales tienen diferentes sistemas reproductivos, pero la reproducción sexual ocurre cuando las células sexuales del macho y la hembra de la especie se unen para formar embriones recién fertilizados. Son estos roles reproductivos los que proporcionan la base conceptual para la diferenciación de los animales en las categorías biológicas de machos y hembras. No existe otra clasificación biológica ampliamente aceptada para los sexos” [MAYER, L. S., y MCHUGH, P. R., “Sexuality and Gender Findings from the Biological, Psychological, and Social Sciences” *New Atlantis* núm. 50 (2016), p. 89; los autores citados son profesores de medicina en Johns Hopkins University (USA)].

cipios más básicos del cuerpo social y peligrosa para el pluralismo. Más bien sucede que el legislador ejerce aquí una forma constitucionalmente inadmisibles de coerción por razón de creencias, ya sean éstas de carácter religioso o no, en la medida en que se amenaza con la imposición de una o varias sanciones el mero desacuerdo con una determinada filosofía sobre la sexualidad. Debe reputarse que esta restricción es, en suma, contraria a la libertad ideológica reconocida en el artículo 16 CE.

3.4. Libertad ideológica y conductas de suyo no comunicativas tipificadas como infracción. Las enseñanzas del caso *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*

La libertad ideológica también puede verse afectada por otras infracciones de la Ley 8/2017 que tipifican conductas que de suyo no son comunicativas o no consisten directamente en la transmisión de un mensaje o del propio pensamiento, pero que, en las circunstancias concretas del caso, sí pueden serlo. En estos casos la conducta, aunque no materialmente verbal, se convierte en vehículo idóneo del propio pensamiento, y su sanción puede, por tanto, afectar negativamente al ejercicio de las libertades ideológicas. Esto es, precisamente, lo que puso de manifiesto el caso *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. (2018), al que nos referiremos a continuación.

Dos hombres que planean casarse entre sí encargan a los dueños de la pastelería “*Masterpiece*” el pastel de su boda. Los pasteleros declinan realizar el encargo porque sus creencias religiosas, según las cuales el matrimonio es entre hombre y mujer, se lo impiden. Los clientes denuncian a la pastelería ante una agencia estatal, la Comisión de Derechos Civiles de Colorado, que termina condenando a los pasteleros a modificar la política de su empresa y a informar periódicamente a la Comisión. Las razones aducidas por el organismo sancionador radicaban fundamentalmente en que a los pasteleros no se les pedía que aprobaran verbalmente ese tipo de unión, sino simplemente un pastel, además de que las propias convicciones de los pasteleros en este punto eran detestables e indignas de protección. Tras fracasar en el Tribunal de Apelaciones de Colorado, los pasteleros solicitan un *certiorari* al Tribunal Supremo, que, finalmente, les da la razón.

Los argumentos del Tribunal Supremo profundizan en lo que es un pastel de bodas y en cuál es *su significado*. Para el Tribunal Supremo (y normalmente para todo el mundo), un pastel de bodas no es un simple pedazo de huevos y harina (un pastel), sino un pedazo de huevos y harina *que celebra una boda*. Se trata de un objeto que, aunque carezca de palabras, no es mudo: porta un mensaje, una forma de discurso y, como tal, susceptible de ser protegido por las libertades de la Primera Enmienda. El Tribunal Supremo echa en cara, además, a la Comisión de Colorado la utilización de un doble rasero en la aplicación del principio de neutralidad. Y ello porque con anterioridad al caso de “*Masterpiece*”, la Comisión había amparado a varios pasteleros que habían rehusado la realización de pasteles con mensajes contrarios a las bodas entre personas del mismo sexo. El Tribunal Supremo afirmó que de esta misma neutralidad debía haber usado la Comisión con “*Masterpiece*”,

y ello porque la Comisión de Derechos de Colorado (ni ninguna otra autoridad pública) es quien para decidir qué creencias son valiosas y cuáles no, ni si son erróneas o no.

El voto particular concurrente del juez Gorsuch desarrolló de forma interesante algunos argumentos más. En primer lugar, llamaba la atención sobre la utilización acertada por la Comisión de la teoría del doble efecto. Y así es: la Comisión había distinguido en el caso de los pasteleros proclives al matrimonio entre personas del mismo sexo, entre efecto directamente querido (no emitir un mensaje contrario a las propias convicciones) y efecto previsto como posible (que el cliente se quedara sin pastel). Pero la Comisión abandona este método cuando su aplicación puede resultar favorable a quien propugna una teoría que no es del gusto de la Comisión. El juez, además, subraya cómo la distinción de trato dispensada por los pasteleros de “Masterpiece” no recae en las personas (que es lo que busca proteger el derecho a la igualdad) sino en los pasteles, y en la medida en que estos son relevantes para sus convicciones. De hecho, si la pareja hubiera pedido un pastel para cualquier otro evento, los pasteleros no se lo hubieran denegado. La atención (la intención) de los pasteleros no tenía como objeto a los clientes en cuanto que homosexuales, sino al pastel y al significado o mensaje que en el contexto del caso (una boda entre personas del mismo sexo) dicho pastel asumiría o portaría.

Poco tiempo después de la decisión *Masterpiece*, el Tribunal Supremo de Reino Unido falló en el mismo sentido en *Lee v Ashers Baking Company Ltd & Ors (Northern Ireland) [2018] UKSC 49*, sobre un caso prácticamente idéntico acerca de unos pasteleros de Irlanda del Norte. Aunque, a diferencia de *Masterpiece*, en el caso británico el pastel debía llevar el mensaje explícito “Estoy a favor del matrimonio gay”, el Tribunal británico falla también a favor del pastelero, insistiendo en que el rechazo de este no se dirigía a la persona homosexual, sino al mensaje. Un dato relevante del caso británico es que la sanción que se imponía a los pasteleros lo era en aplicación de una Ley de Irlanda del Norte que prohibía la discriminación por motivos de orientación sexual (entre otros) en relación con la prestación de bienes y servicios, algo que también prohíbe la Ley andaluza en su artículo 61.c). El Tribunal Supremo no declaró que la ley norirlandesa fuese contraria a la libertad de pensamiento, sino que no podía interpretarse en el sentido en el que lo había hecho el organismo sancionador, obligando a manifestar mensajes contrarios a las propias convicciones.

Las enseñanzas de *Masterpiece* y *Lee* son también claras para lo que aquí nos interesa. Hay infracciones en la Ley 8/2017 que no tipifican conductas que directamente impliquen la asunción o el rechazo de un determinado modo de pensar, pero que, dependiendo del contexto o de las circunstancias del caso, pueden ser portadoras de un mensaje y estar protegidas, entonces, por las libertades ideológica o de expresión. En tales supuestos no resulta procedente la aplicación de la correspondiente sanción. Los argumentos utilizados por las decisiones norteamericana y británica son virtualmente aplicables también aquí, aunque en nuestro caso se deben articular técnicamente a través de la figura de la causa de justificación, que es la que, por el ejercicio de derechos o deberes (en este caso, liber-

tades ideológicas o de expresión), excluye la antijuridicidad en la realización de la conducta típica infractora⁴⁷¹.

Son varias las infracciones tipificadas en la Ley 8/2017 en relación con las que esto puede suceder. Una de ellas, la más clara, quizá, es que se encuentra en el artículo 61.c): “La realización de actos o la imposición de cláusulas en los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de orientación sexual y/o identidad de género”. No puede interpretarse que la negativa a prestar un servicio que implique la emisión de un mensaje contrario a las propias convicciones en este terreno equivalga a discriminación. Se trata de algo que, lógicamente, dependerá del tipo de circunstancias que concurran en el caso concreto y de las que pueden servir como ejemplo las contempladas en las decisiones americana y británica expuestas arriba.

4. PLANIFICACIÓN EDUCATIVA Y DERECHO FUNDAMENTAL A LA EDUCACIÓN MORAL POR LOS PADRES

Como se ha visto más arriba, la Ley 8/2017 contiene, dentro de su título II, un capítulo dedicado por entero al ámbito educativo como una de las políticas para promover la igualdad de las personas LGTBI. Los colectivos comparecientes en el procedimiento de elaboración de la Ley lo dejaron muy claro: para ellos es muy importante incidir en la educación desde las más tempranas etapas de la infancia, para producir un verdadero cambio de mentalidad en la sociedad⁴⁷². El problema es: ¿puede hacerse esto? ¿Cabe algo así dentro de los límites establecidos por nuestra Constitución y los derechos fundamentales reconocidos en ella, sobre todo los que tienen que ver con las libertades ideológicas?

Los preceptos más controvertidos, desde este punto de vista, se contienen en los artículos 13 y 15 de la Ley. El artículo 13.2 establece que se “garantizará la educación *en valores de igualdad, diversidad y respeto desde la educación infantil, explicando la diversidad afectivo-sexual sin estereotipos a fin de facilitar un conocimiento objetivo y sin prejuicios, con absoluto respeto a los derechos humanos, utilizando para ello los recursos pedagógicos necesarios*”.

⁴⁷¹ “Están exentos de responsabilidad criminal (...) 7º El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo” (art. 20 CP). Esta causa de justificación se aplica también con normalidad por la jurisprudencia en el Derecho administrativo sancionador.

⁴⁷² “Lo nuestro es desde la base, lo nuestro es en los colegios y en los institutos. El 90% de Arco Iris lo componen profesores, son profesores y docentes. Cuando nosotros representamos un proyecto como el último que se ha presentado, contra las reglas, cuando nos ponemos en marcha, creedme que lo hacemos con proyectos muy trabajados.” (comparecencia del presidente de “Arco Iris Federación Andaluza LGTBI, *Diario de Sesiones del Parlamento de Andalucía*, núm. 409, de 2 de octubre de 2017, p. 37).

Por su parte, el artículo 15 dispone:

- “1. Los contenidos del material educativo empleado en la formación del alumnado *promoverán* el respeto y la protección del *derecho a la diversidad sexogenérica* y a la expresión de género, así como a una *educación no binaria*, que visibilice la diversidad corporal y sexual, y la diversidad familiar.
2. Los planes educativos deberán contemplar pedagogías adecuadas para el reconocimiento y respeto de los derechos de las personas que se reconocen LGTBI, así como dar cabida a proyectos curriculares que contemplen o permitan la *educación afectiva y sexogenérica* y eviten e impidan la discriminación. Para ello dispondrán de herramientas, recursos y estrategias para *educar en la diversidad sexual, de género y familiar*, prevenir el acoso escolar y educar en el respeto y la igualdad, tanto desde la educación formal como desde la no formal, incorporando al currículum los contenidos de igualdad. (...)
4. La Consejería competente en materia de educación no suscribirá conciertos administrativos con aquellos centros que *en su ideario* planteen algún tipo de discriminación al alumnado por razón de orientación sexual, identidad de género o pertenencia a familia homoparental”.

4.1. Derechos fundamentales educativos e interdicción del “adoctrinamiento”

A tenor de los preceptos citados, parece claro que la Ley no se conforma con que la acción educativa se limite a exponer de forma neutral y con objetividad las diversas interpretaciones filosóficas o, al menos, las más extendidas, sobre el significado de la sexualidad humana, sino que, optando por una de ellas, impone su exposición en las aulas como la única válida o existente. Y parece claro que esa única filosofía por la que opta el legislador es la filosofía de género. Así se deduce de las expresiones y conceptos que utiliza, tales como “derecho a la diversidad sexogenérica”, “educación no binaria”, “educación sexogenérica”, “diversidad sexual, de género y familiar”, etc.

A diferencia de los ciudadanos, que tenemos el derecho a promover y buscar la adhesión hacia una concreta filosofía –la que sea– a través de cualquier medio que respete las libertades ideológicas de los demás (periódicos, tertulias, conferencias...), los poderes públicos, en cambio, carecen por definición de ese derecho por exigencia del ya citado principio de neutralidad ideológica. Si esto es así, con mayor motivo les está vedada la capacidad de perseguir esa adhesión por medios coactivos. Cuando los poderes públicos realizan esta última conducta por utilizar, para el logro de esa adhesión, el sistema educativo obligatorio –que lo es desde los seis hasta los dieciséis años (art. 4 de la LO 2/2006, de Educación–, incurren en lo que la jurisprudencia sobre derechos humanos denomina “adoctrinamiento”. Y esto es, precisamente, lo que la Ley 8/2017 hace en más de un punto.

En el ámbito europeo, tanto el concepto de adoctrinamiento como la precisión de los límites a la acción educativa de los poderes públicos derivados de los derechos humanos, se remonta, al menos, a la STEDH de 7 de diciembre de 1976 (*Kjeldsen c. Dinamarca*). Pero es, sobre todo, con las SSTEDH de 29 de junio de 2007 (*Folgero c. Noruega*) y de 9 de octubre de 2007 (*Zengin c. Turquía*) con las que esta jurisprudencia ha alcanzado un mayor nivel de precisión. Conviene detenerse en ellas porque el supuesto que resuelven es particularmente próximo al que aquí tratamos. En efecto, estas sentencias –a diferencia de otras dictadas por el mismo TEDH en este campo– no se enfrentan a la forma concreta de exponer determinadas asignaturas por la Administración educativa (a través, por ejemplo, de sus planes, normas o actos de aplicación). El interés de estos pronunciamientos estriba precisamente en que se referían en exclusiva a la forma en que estas materias aparecían ya configuradas *por el propio legislador*, como sucede con la Ley 8/2017.

En *Folgero* el Tribunal se enfrentó a una ley que reformaba la legislación educativa noruega. La reforma consistió en suprimir una asignatura de doctrina cristiana luterana, que hasta entonces era voluntaria, por otra de religión, que pasaba a ser obligatoria. La nueva asignatura de religión no tenía por objeto únicamente la religión cristiana, sino también otras religiones e incluso corrientes humanistas ateas. La idea de la reforma, según los antecedentes legislativos manejados por el Tribunal, era conforme con los objetivos del mismo Convenio Europeo de Derechos Humanos, pues no en vano lo que se pretendía con ella era favorecer el valor del respeto mutuo a través de un mayor conocimiento de las distintas tradiciones religiosas. Sin embargo, la reforma controvertida fue declarada por el TEDH contraria al artículo 2 del Protocolo núm. 1º del CEDH, que dispone que el “Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”.

El rechazo de la nueva asignatura por parte del Tribunal no se basaba en el peso cuantitativo notablemente superior que la religión cristiana tenía en el contenido de estas enseñanzas en relación con las demás religiones, algo que el Tribunal justificaba en el predominio sociológico del cristianismo en Noruega. Lo que el Tribunal le reprochó al legislador nacional fue que, *a la luz de las expresiones utilizadas por este*, el mismo diseño de la materia a impartir presentara a la confesión cristiana luterana como digna de credibilidad y estima, en abierto contraste con las demás religiones y cosmovisiones seculares, que eran tratadas con cierta displicencia. En la medida en que era el propio legislador, y no eventualmente la Administración educativa, el que de esta forma establecía una enseñanza obligatoria carente de la neutralidad ideológica exigible a los poderes públicos, el Tribunal estimó las pretensiones de los demandantes y apreció la concurrencia de adoctrinamiento⁴⁷³.

⁴⁷³ La citada Sentencia *Zengin* de 9 de octubre de 2007 también declaró violado el derecho del artículo 2 del Protocolo núm. 1 del CEDH, en este caso en relación con una planificación educativa de Turquía. En este supuesto, sin embargo, la violación derivaba, al revés que en *Folgero*, de la presencia desproporcionadamente mayor en los planes educativos de la confesión sunita en comparación con la variante islámica alevi, también muy extendida en la sociedad turca, y no tanto de las expresiones valorativas de la norma, que, como tales, parece que estaban ausentes en el caso.

En el caso que aquí nos ocupa, no es que la Ley 8/2017 prime valorativamente la filosofía de género entre otras posibles concepciones interpretativas de la sexualidad humana; es que es la única a la que se refiere y da por válida para promover el respeto de las personas y su no discriminación. Por tanto, la legislación andaluza controvertida resulta, a la luz de estas consideraciones y de la jurisprudencia citada, contraria al derecho fundamental reconocido en el artículo 27.3 CE según el cual los “poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”. Recuérdese que este precepto hay que interpretarlo, por mandato del artículo 10.2 CE, a la luz de los convenios y tratados ratificados por España sobre derechos fundamentales, entre ellos –por lo que aquí importa– el citado artículo 2 del Protocolo núm. 1 del CEDH, y conforme a la citada jurisprudencia del TEDH, tal y como se ha impuesto en la praxis del TC en general en relación con la doctrina procedente de los órganos encargados de velar por el cumplimiento de aquellos tratados y convenios⁴⁷⁴.

4.2. Internalización de la filosofía de género y derecho fundamental a la intimidad personal

Hay, además, otro aspecto problemático en las disposiciones educativas de la Ley 8/2017 citadas arriba. Se trata de su incompatibilidad con el derecho fundamental a la intimidad, en este caso en relación con los propios sentimientos y emociones. En efecto, repárese en que el legislador, para conseguir sus objetivos, no se limita a la exposición o transmisión de un mensaje o de unos conocimientos, sino que exige de alguna forma indagar en la esfera afectiva de los alumnos con el fin de orientarles en ese terreno según las pautas filosóficas de género. Es paradigmático a estos efectos lo que dispone el artículo 15.2 sobre la previsión de “proyectos curriculares que contemplen o permitan la educación afectiva”. Esto se ve más claro, quizá, en los documentos de desarrollo y aplicación de la norma y de la Ley 2/2014, como es el caso del ya citado “Protocolo de Actuación sobre Identidad de Género en el Sistema Educativo Andaluz”, en el que se dispone: “Con carácter orientativo y en función de las necesidades detectadas, se proponen las siguientes actuaciones dirigidas a la comunidad educativa: 1. Actuaciones de información y sensibilización sobre diversidad sexual y de género dirigidas al alumnado, con especial atención al reconocimiento y normalización de la realidad transexual, *incluyendo actividades de autoconocimiento, conocimiento mutuo, empatía, aprecio y comunicación para favorecer la cohesión del grupo*”.

Toda esta proyección directa sobre la esfera de la afectividad personal puede decirse que irrumpe claramente en la intimidad del alumno, ya que se abre la puerta a que no se le evalúe por sus conocimientos, sino por la interiorización de determinadas actitudes, enfoques y planteamientos de la vida personal. De nuevo nos encontramos con una medida remotamente relacionada con los fines de prevención de la desigualdad de trato y de la

⁴⁷⁴ Vid. RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M., “Derechos fundamentales en la Unión Europea y Derechos Fundamentales”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 28 (2015), p. 79.

violencia de género, pero que se proyecta negativamente de forma directa y deliberada sobre el bien jurídico protegido por la intimidad en su esfera afectiva.

4.3. Prohibición de conciertos y libertad de ideario

Otra previsión potencialmente incompatible con nuestro sistema de derechos fundamentales es la contenida en el artículo 15.4 de la Ley en relación con los conciertos educativos, y que prohíbe a la Administración andaluza la suscripción de “conciertos administrativos con aquellos centros que *en su ideario* planteen *algún tipo de discriminación* al alumnado por razón de orientación sexual, identidad de género o pertenencia a familia homoparental”.

4.3.1. Libertades educativas y discriminación de idearios que no se amolden, no concuerden o sean críticos con la filosofía de género.

La finalidad que se adivina en el precepto es ciertamente loable: impedir cualquier diferencia de trato teniendo por único fundamento las cualidades personales citadas. Pero el supuesto de hecho prohibido (la discriminación) no se conecta, como sería de esperar, con una conducta efectivamente discriminatoria, sino con el simple ideario del centro. Y aquí residen los problemas.

El derecho a obtener conciertos educativos es un derecho fundamental, si bien de configuración legal. Así se desprende del artículo 27.9 CE: “Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes *que reúnan los requisitos que la ley establezca*”. El derecho a la ayuda (en este caso, al concierto) debe ejercerse, por tanto, tal y como ese derecho esté legalmente configurado. Pero el legislador no es completamente libre para realizar esa configuración: debe respetar, entre otras muchas cosas, los demás derechos fundamentales. Así lo ha recordado la STC 74/2018, citando jurisprudencia anterior: “En este sentido, el legislador no es «enteramente libre» «para habilitar de cualquier modo este necesario marco normativo», al establecer las condiciones y precisar los requisitos para la obtención de la ayuda pública. No podrá «contrariar los derechos y libertades educativas presentes en el mismo artículo»; deberá «configurar el régimen de ayudas en el respeto al principio de igualdad» y habrá de atenerse «a las pautas constitucionales orientadoras del gasto público» (STC 86/1985, FJ 3)”.

Además, esta misma Sentencia recuerda no sólo que la libertad de enseñanza (art. 27.1 CE) es una proyección de la libertad ideológica y religiosa (art. 16 CE) y del derecho a la libertad de expresión (art. 20 CE). También reitera la doctrina constitucional según la cual, a su vez, aquella libertad y los derechos reconocidos en los apartados 3 (derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones religiosas y morales) y 6 (libertad de creación de centros educativos) del artículo 27 CE están inextricablemente vinculados, formando una especie de sistema. En efecto, en la medida en que la libertad de creación de centros educativos esté presidida por la adopción de un ideario o modelo educativo propio como expresión de la liber-

tad de enseñanza (en cuanto que proyección de las libertades ideológicas), los padres educan a sus hijos conforme a sus convicciones escogiendo para estos los centros cuyo ideario sea más acorde con dichas convicciones (cfr. STC 74/2018, de 5 de julio, FJ 4).

En el caso de la Sentencia citada, la Administración había denegado el concierto a un centro educativo de educación diferenciada sobre la base del carácter discriminatorio de ese modelo educativo. Tras razonar, con remisión a sentencias anteriores, que dicho modelo educativo no dispone del carácter discriminatorio que le achacaba la Administración, sino que forma parte legítimamente del ideario educativo del centro, declaró que la denegación del concierto había vulnerado, por las razones apuntadas, tanto la libertad de enseñanza (art. 27.1 CE), como el derecho de los progenitores a educar a sus vástagos en las propias convicciones (art. 27.3 CE)⁴⁷⁵.

En consecuencia, todo legislador debe asegurar que este derecho de configuración legal a los conciertos se ejerza en condiciones de igualdad (tanto ante la ley como en aplicación de la ley; art. 14 CE), y sin que pueda exigir como requisito de su ejercicio la renuncia al propio ideario por cuanto que este constituye uno de los objetos esenciales de la libertad de enseñanza e, indirectamente también, del derecho de los padres a educar a sus hijos según las propias convicciones (apartados 1 y 3 del artículo 27 CE). Lo que esto significa, por lo que aquí interesa ahora, es que ni el legislador andaluz, ni ningún otro, pueden negarse a suscribir conciertos por el hecho de que el ideario del centro educativo no se amolde o no concuerde con algunas de las filosofías de género en boga, tal y como, sin embargo, podría interpretarse conectando el artículo 15.4 que estamos comentando con otros apartados del mismo artículo en los que se alude a conceptos que sólo tienen sentido en el marco de las citadas filosofías, tales como son los de “diversidad sexogenérica” o “educación sexual no binaria”, por citar sólo algunos ejemplos.

En suma, supeditar la suscripción de los conciertos educativos a la renuncia del propio ideario simplemente porque este sea incompatible con la antropología y política filosóficas de género, equivaldría, como deja claro la jurisprudencia constitucional, a obstaculizar injustificadamente –mediante la pérdida o denegación de una ventaja objeto de un derecho– el ejercicio de la libertad de enseñanza y del derecho a educar a los hijos conforme a las propias convicciones.

4.3.2. Posible violación por el artículo 15.4 de las libertades educativas por “efecto desaliento” de su legítimo ejercicio plasmado en la adopción de un ideario

Pero, incluso si se entendiera que la vulneración de los citados derechos fundamentales deriva, no tanto del propio artículo 15.4 de la Ley 8/2017, como de su eventual interpretación errónea por parte de la Administración, sería posible cuestionar también la consti-

⁴⁷⁵ Vid. STC 74/2018, FJ 5.

tucionalidad del propio precepto, teniendo en cuenta que es la propia redacción de este artículo 15.4 la que fácilmente da pie a interpretaciones de ese tipo. En efecto, la misma dicción empleada por la norma constituye ya un obstáculo injustificado y desproporcionado para el ejercicio de las citadas libertades y derechos educativos. En concreto, se produce aquí lo que la jurisprudencia constitucional española, por influencia de la norteamericana, ha denominado un “efecto desaliento” en el ejercicio de los derechos fundamentales.

Ciertamente, los derechos fundamentales sufren una restricción ilegítima por parte del legislador no sólo cuando este establece una prohibición directa o cercena alguna de las facultades esenciales del derecho fundamental en cuestión, sino también cuando, al regular el ejercicio del derecho fundamental, el legislador lo hace de forma tan ambigua que sus titulares son incapaces de distinguir entre el ejercicio legítimo de ese derecho y lo que no lo es. En tales casos, si del ejercicio ilegítimo se deriva, además, la pérdida de una ventaja o derecho o el padecimiento de un castigo o sanción, la inseguridad resultante provoca en los titulares del derecho, por el miedo a sufrir esas consecuencias, la abstención incluso de conductas que en realidad son ejercicio legítimo del derecho fundamental en cuestión. Es este “efecto desaliento” el que la jurisprudencia constitucional ha identificado ya en varias sentencias como una de las múltiples formas en que los poderes públicos –en especial el legislador– pueden violar los derechos fundamentales⁴⁷⁶.

A la luz de estas consideraciones, parece claro que la legislación andaluza, al vincular la prohibición de suscribir conciertos, no con conductas efectivamente discriminatorias, sino con el simple ideario del centro educativo, y al utilizar para ello –además– una fórmula especialmente genérica e indeterminada (“algún tipo de...”), el precepto produce a todas luces un “efecto desaliento” en el ejercicio de los derechos fundamentales a la libertad de enseñanza y a la educación de los hijos. La incertidumbre acerca del supuesto prohibido (un ideario capaz de producir “algún tipo de” discriminación), combinada con la exactitud y gravedad de la consecuencia derivada de incurrir en él (imposibilidad de suscribir o renovar convenios administrativos), determinan sin dudas la generación de un poderoso “efecto desaliento” en relación con la adopción de cualquier ideario educativo que de lejos pudiera parecer contrario a los principios de los que parte la Ley, aunque en realidad supusiera el ejercicio legítimo de las libertades de enseñanza, ideológica o religiosa y del derecho de los padres a educar a sus hijos según sus propias convicciones.

⁴⁷⁶ La doctrina del “efecto desaliento”, procedente de la jurisprudencia norteamericana (*chilling effect*), comenzó a utilizarse por el TC en el ámbito del Derecho penal [vid. DOMINGO PÉREZ, T., “La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado «chilling effect» o «efecto desaliento»”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 122 (2003)], pero últimamente se ha trasladado también al campo sancionador administrativo, como puede verse en la STC 12/2018, de 8 de febrero, y precisamente en relación con la libertad de expresión.

5. PROHIBICIÓN DE ORIENTACIÓN PERSONAL EN MATERIA DE GÉNERO Y DERECHOS FUNDAMENTALES A LA INTIMIDAD Y AL TRABAJO U OFICIO

Finalmente, la Ley contiene otra prohibición que ya ha sido apuntada más arriba. Se trata de la prohibición contenida en el artículo 6.2, complementada con la tipificación de su incumplimiento como infracción administrativa muy grave en el artículo 62.e).

Dispone el primero: “No se usarán terapias aversivas o cualquier otro procedimiento que suponga un intento de conversión, anulación o supresión de la orientación sexual o de la identidad de género autopercibida”. En cuanto al segundo, se considera infracción muy grave “promover, difundir o ejecutar por cualquier medio cualquier tipo de terapia para modificar la orientación sexual y la identidad de género con el fin de ajustarla a un patrón heterosexual y/o cissexual”.

De entrada, la previsión destaca por su extraordinaria amplitud y ausencia de matices:

- 1) Se trata de una prohibición absoluta, en la medida en que la conducta prohibida no puede realizarse ni mediando autorización previa ni ningún otro control, ni mediando consentimiento del propio sujeto pasivo.
- 2) El sujeto pasivo de la conducta prohibida es cualquier persona, ya sean menores o mayores de edad.
- 3) El objeto de la conducta prohibida se refiere a características sexuales y fenómenos muy distintos, como son la homosexualidad y bisexualidad, por un lado, y la transexualidad, por otro.

5.1. De California a la Comunidad de Madrid

Indudablemente, la prohibición entronca con lo dispuesto en muchas normas estatales norteamericanas y en las de otras Comunidades Autónomas⁴⁷⁷. Sin embargo, casi todas las normas autonómicas españolas, incluyendo la andaluza, son más radicales que las nor-

⁴⁷⁷ En efecto, son los casos de la Ley murciana 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género, en cuyo artículo 8.3 se dispone: “Quedan prohibidas en los servicios sanitarios de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia las terapias de aversión o de conversión de las manifestaciones de identidad de género libremente manifestadas por las personas, así como las cirugías genitales de las personas intersexuales que no obedezcan a la decisión de la propia persona afectada a la necesidad de asegurar una funcionalidad biológica por motivos de salud”. También es el caso de la Ley madrileña 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra la LGTBifobia en la Comunidad de Madrid, en cuyo artículo 70.c) se tipifica como infracción muy grave la “promoción y realización de terapias de aversión o conversión con la finalidad de modificar la orientación sexual o identidad de género de una persona. Para la comisión de esta infracción será irrelevante el consentimiento prestado por la persona sometida a tales terapias”. Finalmente, también incluye esta prohibición el artículo 6 de la Ley valenciana 8/2017, de 7 de abril, integral del reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género: “Se prohíbe la práctica de terapias de aversión, conversión o contracondicionamiento destinadas a modificar la identidad o expresión de género de las personas trans”.

teamericanas, porque en estas últimas la prohibición recae exclusivamente sobre terapias que tienen por sujetos pasivos a menores, y no a mayores de edad, que pueden por tanto someterse libremente a esas “terapias”. De hecho, sólo California se ha planteado legislativamente por el momento ampliar su prohibición de terapias a la población adulta, pero ni siquiera dicha iniciativa ha prosperado. El responsable de la iniciativa la retiró cuando ya estaba avanzada su tramitación, por el “efecto desaliento” que previsiblemente generaría dicha prohibición absoluta sobre el ejercicio de derechos como la libertad ideológica o religiosa por parte de líderes de comunidades religiosas y consejeros espirituales⁴⁷⁸. Las disposiciones norteamericanas no han estado exentas tampoco de polémica en el terreno judicial. Han sido objeto de recursos y existen ya diversas decisiones al respecto, aunque tampoco aquí ha intervenido el Tribunal Supremo federal por el momento. En general, las decisiones judiciales han sido hasta ahora favorables a la prohibición, pero teniendo en cuenta que se refiere sólo a menores⁴⁷⁹.

En cualquier caso, la prohibición absoluta que rige en algunas Comunidades Autónomas españolas se ha hecho valer ya al menos en un caso, en la Comunidad de Madrid. Al parecer, en torno al mes de abril de 2019, y tras la denuncia de una asociación alineada con los postulados de la filosofía de género, la Administración del Gobierno autonómico incoó un procedimiento sancionador contra una persona física por infracción de la citada prohibición. Según las informaciones disponibles públicamente, que se reducen por ahora a lo manifestado por la propia expedientada a los medios de comunicación, se trata de una persona que, con sede en el territorio de esa Comunidad Autónoma, se dedica profesionalmente al “coach en el ámbito de la identidad personal”, trabajando tanto con personas heterosexuales como con personas homosexuales. La expedientada ha insistido en que ella no considera que la homosexualidad sea una enfermedad, ni que, por tanto, su actividad consista en “curar”, sino en una labor de “acompañamiento” de personas que experimentan atracción hacia personas de su mismo sexo, conduciéndolas hacia lo que cada cliente quiera conseguir, ya sea “encontrar su identidad heterosexual o, desde

⁴⁷⁸ Se trataba del Proyecto de Ley de la Asamblea de California nº 2943. Sobre los motivos de la retirada puede verse el comunicado del asambleísta Evan Low de 31 de agosto de 2018 en <https://a28.asmdc.org/press-release/assemblymember-low-statement-assembly-bill-2943> [última consulta: 26/09/2019].

⁴⁷⁹ Alguna ha aclarado que la prohibición no se refiere, en cualquier caso, a la actividad pastoral de las organizaciones religiosas. Otras han precisado que, como la prohibición no obedece a motivos religiosos, sino sanitarios (estos tribunales presumen que cualquier intento de modificar la orientación sexual es dañina para la salud), no se vulneran con ella ni las libertades religiosa y de expresión, ni los derechos a la intimidad o el de los padres a educar a sus hijos. Lo mismo otra en relación con esta misma Ley sobre los derechos de libre expresión, libertad religiosa y derecho de los padres a educar a sus hijos. Vid. *Welch v. Brown*, 907 F.Supp.2d 1102 (E.D.Cal. 2012); *King v. Christie*, 981 F.Supp.2d 296 (D.N.J. 2013); *King v. Governor of New Jersey*, 767 F.3d 216 (3rd Cir. 2014); *Doe v. Governor of New Jersey*, 783 F.3d 150 (3rd Cir. 2015). Especialmente polémico fue el caso *Pickup v. Brown*, 728 F.3d 1042 (9th Cir. 2013) y 740 F.3d 1208 (9th Cir. 2013), en el que se incluyó como voto particular una enérgica crítica a la decisión de la mayoría por calificar como “conducta” el mensaje del terapeuta a efectos de dejarlo fuera del “habla” protegido por la Primera Enmienda.

su homosexualidad, crecer como personas y sacar todo su potencial”⁴⁸⁰. El expediente sancionador ha concluido mediante Acuerdo de 17 de septiembre de 2019 del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid⁴⁸¹, imponiendo –al parecer– una multa de 20.001 euros⁴⁸², la mínima prevista por la Ley para infracciones muy graves.

5.2. Sus problemas con el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio (art. 35 CE)

El caso es ilustrativo porque pone de manifiesto los problemas y equívocos que contiene un precepto, como el de la Ley andaluza, que también establece esta prohibición. Parece claro que lo que persigue la norma al introducir esta prohibición, al menos en lo que se refiere a la orientación sexual, es un triple objetivo: erradicar de la sociedad una visión patológica de la atracción erótica hacia las personas del mismo sexo (homosexualidad); garantizar los intereses legítimos de los ciudadanos en cuanto potenciales consumidores de unos servicios que se presentan como “terapéuticos” cuando en realidad no son tales; y también, seguramente, proteger a los potenciales consumidores de esas “terapias” de eventuales efectos secundarios perjudiciales⁴⁸³.

Prescindiendo ahora de los problemas que podría presentar este precepto autonómico en relación con las competencias del Estado sobre ordenación de las profesiones tituladas y las bases de la sanidad (arts. 36 CE y reglas 1ª, 16ª, 30ª del art. 149.1 CE), la medida restringe una conducta que podría estar protegida por al menos dos derechos fundamen-

⁴⁸⁰ Vid. <http://elenalorenzo.com/?p=1537> [consulta última: 20-09-2019].

⁴⁸¹ “Acuerdo por el que se resuelve el procedimiento sancionador incoado a E.L.R., por vulneración del artículo 70.4 de 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”. Disponible en https://www.comunidad.madrid/sites/default/files/cg_190917.pdf [última consulta: 27-09-2019].

⁴⁸² Vid. <https://twitter.com/ComunidadMadrid/status/1173919103909879810> [última consulta: 20-09-2019].

⁴⁸³ Estos objetivos del legislador relacionados con la protección de los consumidores parte de la premisa de que los tratamientos no aversivos son inútiles porque la orientación sexual no puede cambiarse. Se trata de una premisa, sin embargo, que está lejos de ser científicamente probada. El psiquiatra Robert L. Spitzer fue uno de los principales defensores de la supresión, en 1973, de la homosexualidad como trastorno del *Manual de Diagnóstico* de la Asociación Americana de Psiquiatría. Sin considerar de nuevo la homosexualidad un trastorno, Spitzer publicó, sin embargo, años más tarde un estudio del que se desprendía la mutabilidad de la orientación sexual. Vid. SPITZER, R. L., “Can some gay men and lesbians change their sexual orientation? 200 participants reporting a change from homosexual to heterosexual orientation”, *Archives of Sexual Behavior*, núm. 32 (2003). Con ello no estaba diciendo que la homosexualidad fuera una enfermedad, sino que se trata de una condición o cualidad de la persona que, aunque duradera, podía cambiar. No obstante, nueve años más tarde publicó en la misma revista –después de sufrir, al parecer, bastantes presiones por parte de movimientos activistas– una retractación de su estudio de 2003. Vid. SPITZER, R. L., “Spitzer Reassesses His 2003 Study of Reparative Therapy of Homosexuality”, *Archives of Sexual Behavior*, núm. 41 (2012). No obstante, esta rectificación consiste en una breve carta de media página al director de la revista, en la que no ofrece datos o estudios empíricos nuevos, sino que se limita a poner en duda el método que siguió en su trabajo de 2003.

tales: el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio (art. 35 CE), por un lado, y el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), por otro.

El primero garantiza la libertad de dedicarse a la profesión u oficio tal como estén regulados por las leyes y reglamentos que las desarrollen, pero también es verdad que esas leyes y reglamentos han de respetar el contenido esencial del derecho y el principio de no arbitrariedad, que incluye la exigencia de una regulación respetuosa del principio de proporcionalidad (art. 53.1 CE y la copiosa jurisprudencia y abundante doctrina que lo ha interpretado). Y es palmario que existe una multitud de medios igualmente adecuados pero mucho menos restrictivos para conseguir los objetivos de la norma que una prohibición absoluta de tal calibre: prohibiendo –por ejemplo– no que se realice “cualquier procedimiento”, sino que estos se anuncien y presenten como “terapias” que “curan”; prohibiendo no todo procedimiento, sino los que supongan la utilización de terapias aversivas, hormoterapias, electroshocks, etc., y que prescindan de la voluntad informada del cliente o usuario; estableciendo los controles o autorizaciones que, en su caso, pudieran juzgarse necesarios, etc. Además, desde el punto de vista de las libertades económicas y profesionales, esta prohibición absoluta e incondicionada puede resultar problemática también desde la perspectiva de la legislación sobre libre establecimiento (Directiva 2006/123/CE, de Servicios del Mercado Interior, y legislación nacional de trasposición) y la legislación estatal en materia de garantía de la unidad de mercado (Ley 20/2013, de 9 de diciembre).

5.3. La vulneración del derecho fundamental a la intimidad sobre la propia vida sexual (art. 18 CE)

Pero la prohibición absoluta, no ya de “terapias”, sino “de cualquier otro procedimiento” (como *coaching*, consejos, acompañamiento, etc.), se proyecta negativamente también sobre una conducta que puede estar protegida por el derecho fundamental a la intimidad de quien desea acudir a ese servicio para orientar sus inclinaciones sexuales *en la dirección que tenga por más conveniente*. Y es que, en efecto, la privacidad protegida por el derecho fundamental a la intimidad incluye también, como han señalado numerosas sentencias del TEDH y del TC, todo lo relativo a las preferencias y comportamiento sexuales⁴⁸⁴. En efecto, la prohibición absoluta de acudir a quien se tenga por conveniente para tratar (con las garantías señaladas arriba) estas cuestiones de la vida privada personal, con el fin de darles el sentido que cada uno desee, supone no sólo una injerencia desproporcionada en el ámbito protegido por el derecho a la intimidad, sino antes que eso, una vulneración de su mismo contenido esencial. En efecto, se puede considerar que la prohibición de que

⁴⁸⁴ Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M^a, *Sistema...*, cit., pp. 285 y 286; GRABENWARTER, C., *European Convention on Human Rights. Commentary*, Beck – Hart – Nomos – Helbing Lichtenhahn Verlag, Freiburg, 2014, pp. 187 y 188; RAINEY, B, WICKS, E., y OBEY, C., *The European Convention on Human Rights*, 7^a ed., Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 430-435.

tratamos es desproporcionada por los mismos motivos que hemos señalado en relación con el derecho a la libre elección de profesión y oficio.

Pero, antes de esto, puede sostenerse que la prohibición controvertida vulnera el mismo contenido esencial del derecho a la intimidad en relación con la propia vida sexual. Repárese en que los términos de la prohibición general no sólo son extraordinariamente amplios, en la medida en que se refiere “a cualquier procedimiento”. Es que, cuando se tipifica la infracción de aquella, se excluye además que dicho procedimiento “tenga como fin” ajustar la propia orientación sexual “a un patrón heterosexual y/o cissexual”. ¿Quién es el legislador para decidir qué orientación sexual concreta pueden o no tener o perseguir los ciudadanos? En definitiva, con estas previsiones el legislador no sólo restringe desproporcionadamente el derecho fundamental a la intimidad, sino que, antes que eso, quebranta también la garantía del contenido esencial (art. 53.1 CE), puesto que persigue deliberadamente como efecto buscado, y no simplemente previsto como posible, que los ciudadanos no puedan recabar el consejo que estimen oportuno para orientar de modo específicamente no homosexual sus proyecciones afectivas, aspectos todos ellos, como otros muchos, protegidos por el derecho a la intimidad personal.

En definitiva, para terminar, la Ley 8/2017 es una norma parcialmente bienintencionada, en lo que tiene de reacción frente a la discriminación y el trato injusto de determinadas personas. Pero adolece también de un relevante vicio de origen: su adhesión más o menos explícita a un sistema de creencias más o menos sistemático y la utilización de diversos mecanismos coactivos (sobre todo sancionadores) para imponerla a los ciudadanos. Esto se traduce en una vulneración del deber de neutralidad de los poderes públicos y en la violación de diversos derechos fundamentales como la intimidad, la igualdad de trato de las mujeres en los ámbitos en que el sexo (y no simplemente el género) puede ser determinante (por ejemplo, el deporte), etc. Una ciudadanía activa y crítica debe ser consciente de estas quiebras del Estado de Derecho, pese a las parciales buenas intenciones de una Ley, la Ley 8/2017, que se presenta como una norma protectora de la igualdad y no discriminación.