



VOTO CONCURRENTE DE LOS VOCALES CARMEN LLOMABART PÉREZ, JOSÉ ANTONIO BALLESTERO PASCUAL, JOSÉ MARÍA MACÍAS CASTAÑO Y NURIA DIAZ ABAD AL ACUERDO ADOPTADO POR EL PLENO DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL EN SU REUNIÓN DEL DÍA 20 DE ABRIL DE 2022, EN EL PUNTO I-9º DEL ORDEN DEL DÍA

Los Vocales que suscriben, al amparo de lo dispuesto en el art. 631.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formulan voto concurrente al acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ) en su reunión del día 20 de abril de 2022, en el punto del orden del día I-9º, para que se adjunte al acta.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Aun estando de acuerdo con muchas de las observaciones contenidas en el informe aprobado por el Pleno al anteproyecto de ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (en los sucesivo, APL), consideramos, sin embargo, que hay aspectos que no se han abordado en dicho informe y que hubiera sido necesario poner de manifiesto.

A nuestro juicio el APL, más allá del objetivo declarado en la memoria de análisis de impacto normativo (en adelante, MAIN) que lo acompaña de "establecer un sistema mínimo de protección frente a la discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales en todo el territorio estatal" - objetivo que, en buena medida, puede darse por cumplido en aplicación el artículo 14 de la Constitución interpretado a la luz de la jurisprudencia nacional e internacional en relación con la no discriminación de las personas LGTBI y transexuales - lo que realmente persigue es la imposición de una visión de la persona, invadiendo con ello

Voto particular de los Vocales Carmen Llobart Pérez, José Antonio Ballester Pascual, José María Macías Castaño y Nuria Díaz Abad al Acuerdo I.9 del Pleno de 20 de abril de 2022



otros derechos constitucionalmente consagrados, por lo que entendemos que la norma presenta serias dudas en cuanto a su constitucionalidad.

Tres son las cuestiones que deseamos abordar en este sentido: en primer lugar, la afectación a derechos fundamentales como los consagrados en los artículos 16 (libertad ideológica y religiosa), 20 (libertad de expresión) y 27.3 (derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones); en segundo lugar, la definición que del término "discriminación directa" contiene el APL en su artículo 3 que, al incluir no sólo las situaciones en que una persona, por su orientación sexual, identidad sexual, expresión de género o características sexuales, sea o haya sido tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable, sino también aquellas situaciones en que esta persona "pudiera ser tratada" de manera menos favorable, vulnera el principio de legalidad penal (artículo 25 de la Constitución) y el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3), permitiendo la imposición de las sanciones que el APL contiene a supuestos en que la discriminación no ha llegado a producirse, abocando a un Derecho penal de autor.

Finalmente, hay algunos aspectos del informe que entendemos son criticables, como la mención especialmente favorable que el apartado 49 hace de la prohibición de las terapias de reconversión o la valoración que el apartado 160 del informe hace del régimen relativo a la rectificación registral del sexo, régimen que prescinde de un diagnóstico o de la necesidad de justificar una situación estable, y que el informe considera que "entraña un importante beneficio para los titulares del derecho, al menos en términos de tutela de su derecho a la intimidad y de reconocimiento de un ámbito de libre decisión y desarrollo de su personalidad". Y otros aspectos relevantes, como la creación del Consejo de Participación de la Personas LGTBI, sobre las que nada se dice. Estas cuestiones se abordarán en un último apartado.

1. La afectación a otros derechos fundamentales

La jurisprudencia constitucional tiene declarado que todo derecho fundamental admite restricciones que respondan a un fin constitucionalmente legítimo y que sean necesarias y adecuadas para alcanzar dicho objetivo (sentencias 62/1982, de 15 de octubre, FFJJ 3, 4 y 5; 175/1997, de 27 de octubre, FJ 4; 49/1999, de 5 de abril, FJ 7 y 11/2016, de 1 de febrero, FJ 3). Pues bien, en el caso que nos ocupa las normas que garanticen la igualdad

Voto particular de los Vocales Carmen LLombart Pérez, José Antonio Ballester Pascual, José María Macías Castaño y Nuria Díaz Abad al Acuerdo I.9 del Pleno de 20 de abril de 2022



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Vocalías

real y efectiva de las personas LGTBI y transexuales deben respetar los derechos y libertades garantizados constitucionalmente a los demás ciudadanos, en concreto, su libertad ideológica y religiosa (artículo 16 CE), libertad de expresión (artículo 20 CE) y la libertad de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (artículo 27.3 CE). Lejos de ello, el APL impone una visión de la persona y de las relaciones familiares que hacer prevalecer en todos los ámbitos posibles (administrativo, laboral, salud, educación, cultura, ocio, deporte, publicidad, medios de comunicación social e internet, etc.). La discriminación positiva que el informe aprobado por el Pleno denuncia respecto de las mujeres (ver apartado 25 del informe), no se produce únicamente respecto de ellas, sino también respecto de otros colectivos que por razones ideológicas o religiosas no comparten la visión de la persona que subyace al planteamiento del prelegislador.

En relación con la libertad ideológica o religiosa dicha libertad fundamental abarca no sólo el derecho a profesar una determinada ideología o credo religioso, sino igualmente, el derecho a expresarse libremente en relación con dichas creencias. En cierto modo, a los efectos que aquí interesan, dicha libertad fundamental se solapa con la libertad de expresión.

En el ámbito de la libertad de expresión llaman la atención las medidas que el APL incluye contra los discursos de odio que podrían emplearse para impedir el pluralismo ideológico, cercenando la libertad de expresión de quienes piensan de modo diferente y sustrayendo al resto de ciudadanos de la posibilidad de contrastar ideas y opiniones. También llama la atención que se prevea sancionar conductas entre particulares. En este sentido, ya en el apartado 135 del informe del Pleno de este Consejo General del Poder Judicial de 7 de junio de 2021 al Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática se decía que "en otro orden de consideraciones, desde el punto de vista del principio de necesidad de la iniciativa del prelegislador (art. 129 Ley 39/2015), cabe plantear la oportunidad de acudir a la potestad administrativa sancionadora para tutelar bienes jurídicos de titularidad individual (dignidad) frente a ofensas entre particulares, existiendo ya una específica prohibición penal del denominado discurso del odio lesivo de la dignidad de las personas (art. 510 CP)."

Por lo que hace, por último, al derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones conviene comenzar recordando que, de acuerdo con la

Voto particular de los Vocales Carmen LLombart Pérez, José Antonio Ballesterero Pascual, José María Macías Castaño y Nuria Díaz Abad al Acuerdo 1.9 del Pleno de 20 de abril de 2022



jurisprudencia del Tribunal Constitucional, “la libertad de enseñanza que explícitamente reconoce nuestra Constitución (art. 27.1) puede ser entendida como proyección de la libertad ideológica y religiosa y del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos ideas y opiniones que también garantizan y protegen otros preceptos constitucionales (especialmente art. 16.1 y 20.1 a)” (sentencias 5/1981, de 13 de febrero, FJ 7 y 31/2018, de 10 de abril, FJ 3). Cuando estamos ante una determinada concepción de la vida o cosmovisión con un contenido filosófico, moral o ideológico, nuestro Tribunal Constitucional ha situado el debate en el artículo 27.3 CE (sentencia TC 31/2018, anteriormente citada). Y ahí es precisamente, a nuestro entender, donde ha de situarse el debate respecto de las obligaciones y deberes que impone el APL en el ámbito educativo, vulnerando dicho derecho de los padres, al obligar a incluir en el ámbito escolar contenidos y materiales didácticos relativos al tratamiento de la diversidad sexo-afectiva y familiar de las personas LGTBI (artículos 20 y 23 del APL) que puedan no estar en consonancia con los valores y principios morales y filosóficos que los padres quieran transmitir a sus hijos.

2. La definición de discriminación directa

El TEDH ha tenido ocasión de pronunciarse en asuntos relativos personas LGTBI que alegaban un trato discriminatorio y, a estos efectos, se ha referido, en el marco del artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) a “la diferencia en el trato de las personas en situaciones análogas o relevantemente similares”, pero siempre examinando vulneraciones concretas, no vulneraciones que pueda presumirse que pueden llegar a producirse. Lo cierto es que no se encuentra en la jurisprudencia ejemplo alguno de pretendidas o supuestas discriminaciones.

Como recuerda nuestro Tribunal Constitucional “el juicio de igualdad, siendo relacional, exige como presupuestos obligados, de un lado, que se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas; de otro, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulta arbitrario o caprichoso. Solo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud o ilicitud constitucional de la diferencia de trato” (sentencias 27/2004, de 4 de marzo, FJ 2; 149/2017, de 18 de diciembre, FJ 5; 111/2018, de 17 de octubre, FJ 7; 85/2019, de 19 de junio, FJ 6 y

Voto particular de los Vocales Carmen LLombart Pérez, José Antonio Ballester Pascual, José María Macías Castaño y Nuria Díaz Abad al Acuerdo I.9 del Pleno de 20 de abril de 2022



153/2021, de 13 de septiembre, FJ 3). Pues bien, como se observa, la definición de discriminación directa contenida en el artículo 3 del APL no cumple con estos presupuestos constitucionalmente exigidos en la medida en que incluye situaciones que no han llegado a producirse.

3. Otras cuestiones

Como ha quedado expuesto, el informe realiza un juicio favorable de aspectos que, a nuestro juicio, son criticables, como cuando en el apartado 49 afirma que "merece una mención especialmente favorable de la prohibición de las terapias de reconversión", limitándose a llamar la atención de que dicha prohibición alcanza incluso a aquellas situaciones en las que se cuenta con el consentimiento de la persona interesada o de su representante legal". La MAIN no justifica la introducción de esta prohibición en el artículo 17 del APL. Tampoco el informe se refiere a por qué le parece que dicha prohibición merece una mención "especialmente favorable". Lo cierto es que, a nuestro juicio, dicha prohibición contraviene la libertad de la persona para elegir aquellas medidas o terapias que considere oportunas y atenta al libre desarrollo de la personalidad, que, como junto a la dignidad de la persona, consagra el artículo 10.1 de nuestra Constitución.

En cuanto a la cuestión de la libre determinación del género en el Registro Civil, sin necesidad de un diagnóstico médico o psicológico y sin necesidad de justificar una situación estable, que el informe considera que "entraña un importante beneficio para los titulares del derecho, al menos en términos de tutela de su derecho a la intimidad y de reconocimiento de un ámbito de libre decisión y desarrollo de su personalidad" debe comenzarse señalando que los "Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género", que se citan en el apartado 98 del informe como "documento basilar" del marco jurídico internacional y que pretenden justificar la necesidad de introducir la libre determinación de género, no son un instrumento vinculante de Derecho Internacional, sino un simple documento elaborado por un grupo de expertos de diversos países y presentado el 26 de marzo de 2007 al Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Otros documentos internacionales que se citan en los apartados 102 a 104 del informe, son resoluciones o dictámenes que contienen meras recomendaciones, que carecen de fuerza vinculante.

Voto particular de los Vocales Carmen LLombart Pérez, José Antonio Ballesterero Pascual, José María Macías Castaño y Nuria Díaz Abad al Acuerdo 1.9 del Pleno de 20 de abril de 2022



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Vocalías

En todo caso, al no preverse en el APL mecanismo de control alguno para realizar la rectificación registral de la mención relativa al sexo, su aplicación práctica puede conducir a situaciones de inseguridad jurídica, incentivando a quien quiera beneficiarse de un cambio de sexo con una finalidad espuria, como acceder a cuotas de empleo femenino o participar en categorías deportivas femeninas. En nuestro ordenamiento jurídico la mención al sexo despliega importantes efectos jurídicos en relación, por ejemplo, con las normas de igualdad, con las normas sobre la violencia doméstica y de género, en materia penitenciaria, en relación con espacios reservados a mujeres, y ni la MAIN ni la exposición de motivos del APL aclaran por qué se prescinde de toda justificación en estos casos.

Por último, se echa en falta en el informe una valoración sobre el Consejo de Participación de la Personas LGTBI que crea el artículo 9 del APL, sin que se diga nada sobre su composición y competencias. Recordemos que la letra b) del artículo 5.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público exige que la creación de cualquier órgano administrativo determine sus funciones y competencias.

Madrid, a 20 de abril de 2022

Carmen Llombart Pérez

José Antonio Ballester Pascual

José María Macías Castaño

Nuria Díaz Abad

Voto particular de los Vocales Carmen Llombart Pérez, José Antonio Ballester Pascual, José María Macías Castaño y Nuria Díaz Abad al Acuerdo 1.9 del Pleno de 20 de abril de 2022