

ANÁLISIS DE LA LEY 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares.

Una nueva Ley, de la agenda de los colectivos LGTBI, se cuele en nuestra realidad legislativa, sumando en esta ocasión a la Comunidad Autónoma Andaluza, una cámara de representantes que si por algo se caracteriza no es por su prolífica capacidad legislativa durante la legislatura. No obstante se ha visto en la necesidad de incluir una legislación en defensa de los derechos del colectivo LGTBI que a estas alturas se encuentra con una normativa numerosa en la que amparar sus derechos convirtiéndose en uno de los colectivos con una mayor amalgama de regulaciones con respecto a su situación.

Nos encontramos con un texto anodino que no deja de ser un ejemplo de redundancia normativa que no aporta nada a los ciudadanos LGTBI, hay una reiteración en todo su articulado y no se aporta ninguna novedad legislativa que no estuviera ya regulada y contemplada por nuestro Ordenamiento Jurídico, que si por algo se caracteriza es por ser tremendamente garantista con los derechos de las personas, siendo la igualdad, la no discriminación y el respeto entre los ciudadanos valores superiores de nuestro sistema jurídico.

Dicho lo anterior no debemos olvidar que nuestro sistema legislativo requiere de la necesidad de exponer las motivaciones para que vea la luz una nueva regulación sobre determinada materia, es ahí donde se exponen las razones y los fundamentos de la misma y que explica la razones que han movido al legislador a legislar sobre una determinada materia. Con estos mimbres no tenemos más remedio que indicar la falta de oportunidad de esta ley y de los motivos que alega en su inicio para llevarla a cabo. Se limita la Exposición de Motivos de la Ley a hacer un recordatorio de la persecución del colectivo LGTBI en nuestro país, remontándose a tiempos remotos y aplicando un prisma del pasado a situaciones que afortunadamente ya no se dan en nuestra sociedad. Habría que recordar que no sólo había persecución de los ciudadanos por su orientación sexual si no que la había por muchos motivos, responden estas actitudes a un período histórico superado por el Estado de Derecho actual y por la democracia que no permite la discriminación ni la persecución por ningún motivo y por ende tampoco lo hace con respecto a la orientación sexual de las personas.

Tampoco parece de recibo que se nos presenten en la Exposición de Motivos una estadística de los casos de odio por motivos de orientación sexual en nuestro país y en la Comunidad Autónoma andaluza ya que estos ascienden a 230 a nivel nacional y 30 en Andalucía, aunque uno sólo de estos casos ya sería demasiado, no parece que el número de 30 supuestos sea un número alarmante que provoque el desarrollo de toda una disposición normativa con rango de ley.

También hemos de indicar que el texto normativo que se propone además de inoportuno resulta ineficaz y redundante y eso lo pone de manifiesto toda vez que establece el Objeto de la Ley en su artículo 1 que reza como sigue: ***“ La presente ley tiene por objeto garantizar los derechos y la igualdad de trato por razón de orientación sexual, identidad sexual e identidad de género de las personas homosexuales, bisexuales, transexuales, transgénero y/o intersexuales y de sus familiares, en la Comunidad Autónoma de Andalucía”***. Esto estaba ya regulado en los artículos 14 de la Constitución Española como así mismo en el artículo 14 del Estatuto de Autonomía, no hacía falta esta especialización de esta ley para que los ciudadanos LGTBI estuvieran protegidos de la discriminación y con derecho pleno a la igualdad. Y esto no por el hecho de tener determinada orientación sexual o una específica identidad de género si no por el hecho de que son ciudadanos de este país y gozan de estos derechos con plena autonomía. Mantener lo contrario es reconocer que hasta el momento en este país no había un derecho pleno de igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley.

En la deriva de la Comunidad Autónoma andaluza por producir un elenco de derechos pretendidamente nuevos o de nueva facturación establece en el artículo 5 de esta ley lo que rotula con el título de tutela y apoyo institucional en la que se marca como objetivos la realización de campañas para fomentar la visibilidad del colectivo LGTBI, con respaldo a la celebración de actos de este tipo de colectivos. El legislativo andaluz está haciendo proselitismo en cuanto a una forma de entender la sexualidad en detrimento de otras formas de entenderla así como a establecer políticas que discriminan a otras formas de entender la organización familiar. Con esta forma de legislar no se normaliza la sociedad ni se promueve el respeto, se consigue todo lo contrario se establece la división como norma de vida y se potencia el enfrentamiento al notar una parte de la sociedad como las Administraciones Públicas toman partido por una de las visiones de esta cuestión en detrimento de otras maneras de entender la sociedad, rompiéndose la neutralidad que debe presidir las actuaciones de los poderes públicos.

Hay que señalar, de manera rotunda, que la Administración Pública andaluza, así como cualquier Administración Pública debe promover y fomentar el derecho a la igualdad, el respeto y la no discriminación para todos los ciudadanos y por cualquier motivo, no sólo por causa de la orientación sexual, identidad sexual o de género. Con esta ley la Administración andaluza demuestra una falta de visión de conjunto ante el problema de la discriminación defendiendo una faceta muy reduccionista del derecho a la igualdad. Entiendo que en cualquier otra momento histórico y con cualquier otras circunstancias sociales, el hecho de reducir a una persona a su aspecto sexual, su orientación o su identidad de género sería considerado como reaccionario o reduccionista y sería tildado de políticas ultraconservadoras que no profesan respeto por el individuo tomando la parte como el todo, haciendo que uno sólo de los aspectos del ser humano, la sexualidad, definiera toda su realidad y le hiciera merecedor de determinados beneficios o diferenciaciones legislativas, esto sería considerado como sexista y una pretendida discriminación positiva no justificaría tal comportamiento por parte de los poderes públicos.

No podemos dejarnos engañar, detrás de toda esta normativa no hay conquista de derechos ya que todo el elenco de normas que promueve el escrito normativo no son más que las mismas normas que ya tenemos en defensa del derecho a la igualdad y al desarrollo de la persona en otros ámbitos sólo hay cosificación y reduccionismo de las facetas vitales de un ser humano que me niego a entender que esté reducido a su faceta sexual.

Establezcamos un ejemplo de esta falta de nueva normativa que pueda hacernos ver este texto normativo como una conquista de derechos sociales de esto que decimos: El artículo 27 de la norma en la que se establecen medidas de protección contra la violencia en el ámbito familiar. No se entiende este tipo de medidas que caen en las más absurda de las redundancias al existir ya normativa, de carácter administrativo, civil incluso penal que regula ampliamente, aunque con escasos resultados, la violencia de género. Sería deseable que en lugar de buscar el titular normativo los poderes públicos tuvieran como objetivo el dotar a las políticas de prevención y lucha contra la violencia de género de mayores recursos materiales y humanos que las hicieran realmente efectivas y no producir más instrumentos normativos a los que añadimos adjetivos, en este caso el adjetivo LGTBI, que no añade nada nuevo a nuestro ordenamiento jurídico.

Con la misma escasa eficacia regula este texto normativo andaluz medidas para la no discriminación en el ámbito laboral, estableciendo en su artículo 33 que “***Ninguna persona podrá ser objeto de discriminación alguna en el acceso al mercado de trabajo por su orientación sexual e identidad de género***”. Es obvio que no, pero esto estaba perfectamente regulado en el artículo 14 de la CE y el Estatuto de Autonomía, así como en el artículo 1 del Convenio 111 de junio de 1958 de la Organización Internacional del Trabajo, estos instrumentos normativos protegían que no se produjera este tipo de discriminaciones. Y si descendemos al ámbito nacional nos encontraríamos

con el artículo 314 del Código Penal que señala la discriminación como delito de los derechos de los trabajadores. De la misma forma está reconocida este derecho en el ámbito laboral en el artículo 4.2. C) del Estatuto de los Trabajadores que tienen derecho “ *a no ser discriminados para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, etc.* “. **¿Era realmente necesario otra disposición normativa más con rango de ley para la protección de derechos que ya se encontraban protegidos? ¿o estamos sólo ante una carrera legislativa de las distintas comunidades autónomas por ponerle el adjetivo LGTBI a textos normativos propagandísticos y de escaso contenido normativo?** Al parecer nadie quiere ser el último en otorgar normativa a un aspecto muy particular de entender sólo un aspecto de la personalidad del ser humano, SU SEXUALIDAD, negándose a ver una realidad social, y es que existen otras manera de entender este fenómeno siempre desde el respeto y el entendimiento, maneras distintas que no encuentran el mismo tratamiento en el seno de los poderes públicos, ni siquiera el más mínimo reconocimiento ni en la adopción de medidas en el ámbito social, educativo, sanitario, etc, que si que encuentran los colectivos LGTBI, lo que crea división y enfrentamiento, en lugar de crear convivencia.

En esta línea echamos en falta, dentro de este texto normativo, una regulación específica que conllevara el reconocimiento del Derecho a la Objeción de Conciencia del personal docente y del personal sanitario que pudiera ser alegado en las facetas y las medidas que la ley adopta ya sea en el ámbito de la salud como en el de la educación. En el Capítulo II del Título II de la ley se establecen las **POLÍTICAS PARA PROMOVER LA IGUALDAD EFECTIVA DE LAS PERSONAS EN EL ÁMBITO EDUCATIVO**, actuaciones que son sólo pragmáticas y no prácticas ya que no se dice como se van a implementar esas políticas y no encuentran reflejo en las políticas presupuestarias de la Junta de Andalucía, pero que en todo caso suponen todo un derroche de imaginación para promover y defender la no discriminación por motivos de orientación sexual y que deberían verse ampliados a todo tipo de discriminación por el motivo que fuera. Entendemos que este tipo de medidas deberían adoptarse con carácter amplio, abierto y genérico. Lo que sería verdaderamente novedoso es que se establecieran instrumentos normativos para el reconocimiento del derecho a tener otro tipo de visión con respecto a determinados aspectos que muy bien pudiera afectar a la distinta manera de organizar la sociedad que pueden tener los ciudadanos, ese instrumento sería el reconocimiento del Derecho a la Objeción de conciencia que no obligara a los profesionales que desarrollan su actividad en estos sectores a realizar tareas que entrarían en claro conflicto con sus valores y su moral. Establecer un verdadero derecho a la igualdad debe llevar implícito el ejercicio de los poderes públicos de implementar políticas que establezcan la posibilidad de pensar diferente y no acatar postulados que no respetan el derecho a la libertad de pensamiento o de ideología expresados en una determinada forma de vivir acorde a determinados principios y valores.

De igual forma tampoco se ha reconocido esta posibilidad de objetar en conciencia para los padres de alumnos que tienen el derecho a elegir libremente la educación de sus hijos y que muy bien pudieran no querer tener relación con contenidos que entienden pudieran estar disconforme con su manera de enfrentarse a la orientación sexual , a la organización de la vida familiar y por ende de la sociedad. Educar en el respeto a los demás y la no discriminación por motivo alguno, tampoco por motivos de orientación sexual, debería llevar aparejada la posibilidad de poder decir que no se piensa de igual manera y poder hacerlo de manera reglamentada. Al parecer, en la actual sociedad, determinados derechos tienen preferencia y preeminencia con respecto a otras formas de pensamiento, intentando imponer una determinada manera o visión de la sociedad en perjuicio de otras formas, y esto se hace desde la obligación a conocer contenidos o la obligatoriedad de realizar determinados tratamientos médicos o quirúrgicos, lo cual es establecido en este texto normativo que analizamos. Y cuando se expresa la diferencia de criterio, esto puede ser entendido como una actuación constitutiva de infracción, que sería merecedora de un reproche concretado en la imposición de elevadas sanciones, si no es que se entiende que puede ser merecedora de un reproche penal cuya sanción se eleva hasta la imposición de penas privativas de libertad. No se

educa así en el respeto y en la convivencia sino en la división y el enfrentamiento. Este comportamiento además va en contra de lo establecido en la jurisprudencia del **Tribunal Supremo de 11 de Febrero de 2009, Recurso 905/2008** en la que se fijaban unos límites a esta actuación del Estado que fijaba que aunque la materia *“sea ajustada a Derecho y que el deber jurídico de cursarla sea válido no autoriza a la Administración educativa, ni tampoco a los centros docentes, ni a los profesores en concreto, a imponer o inculcar, ni siquiera de manera indirecta, puntos de vista determinados sobre cuestiones morales que en la sociedad española son controvertidos”*. Esta ley participa de esta suerte de proselitismo y no deja opciones a los profesionales o a los padres de los alumnos, ni a los alumnos si ello fuera posible. Por ello mi recomendación es la misma que establece la sentencia que traigo a colación y es que *“cuando tales propósitos sean desviados el derecho fundamental del artículo 27.3 CE, de contenido fundamental, esto les hace acreedores de la tutela judicial efectiva, preferente y sumaria que han de prestarles los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, los cuales habrán de utilizar decididamente, cuando proceda, las medidas cautelares previstas en la Ley de la Jurisdicción para asegurar que no pierdan su finalidad legítima los recursos que se interpongan”*.

La Ley que ha aprobado la Junta de Andalucía fomenta la desigualdad y la discriminación, haciéndose eco de una pésima manera de defenderla la igualdad. De esta manera en el artículo 45 de la ley se establece que: *“Se podrá establecer, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, desarrollen medidas destinadas a lograr la igualdad de oportunidades y la lucha por la igualdad de trato y no discriminación, y las medidas de igualdad de trato aplicadas permanezcan en el tiempo y mantengan la efectividad, de acuerdo con las condiciones que reglamentariamente se establezcan. Todo ello sin perjuicio de lo establecido en la legislación en materia de contratos de las Administraciones Públicas”*.

Se establecen una serie de preferencias a la hora de contratar con la Administración Pública que carece de legitimidad y no supera ningún control de legalidad ya que supone una quiebra de los principios que deben regir la contratación pública y que son los de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos. Así mismo deben regir para este tipo de contrataciones los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación. Hay que manifestar que favorecer la contratación de personas o colectivos LGTBI por el hecho de serlo supone una quiebra importante de estos principios en detrimento del resto de personas o entidades que no sean LGTBI. No se puede regular la no discriminación y el derecho a la igualdad creando más desigualdad y discriminación.

Como vengo haciendo referencia a lo largo de este informe la Ley se limita a hacer declaración de intenciones sin poner encima de la mesa los instrumentos de cómo va a llevar a cabo esta tarea y así, en su artículo 55, por poner un claro ejemplo de esto que se repite a lo largo de todo el texto normativo, se dice: *“La protección frente a cualquier violación del derecho a la igualdad de las personas LGTBI comprenderá en su caso la adopción de cuantas medidas sean necesarias para el cese inmediato en la conducta discriminatoria, adopción de medidas cautelares, prevención de violaciones inminentes o ulteriores y restablecimiento de la persona perjudicada en el pleno ejercicio de sus derechos”*. No deja de ser esto, como se puede apreciar, una voluntariosa declaración de principios que no nos propone solución alguna ni medida concreta de cómo se van a llevar a cabo estas medidas de tutela, sin poder olvidar, y tener que decir nuevamente, que estas conductas que son del todo merecedoras de un reproche por parte de la Administración y encuentran tutela y protección en otras normas ya establecidas por el poder público de manera más detallada en cuanto a sus fines y procedimientos para llevarlos a cabo.

No podemos dejar de hacer alguna mención al sistema de infracciones y sanciones establecidos en la Ley y es que es digno de resaltar como la manera de formar en el respeto a los demás siempre encuentra su medida en la adopción de sanciones y multas, y además establecidas de una forma muy tendenciosa, tomando partido por una de las visiones de la sociedad en detrimento de otras y así en las clasificación de las infracciones establecidas en el artículo 59 se establece:

Infracciones Leves, graves y muy graves. Art. 60, 61, 62.

En el Art. 62. d) se dice: ***“Promover, 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.”*** Es posible que incluso la emisión de este informe jurídico pueda entenderse como una acción constitutiva de infracción grave a tenor de lo dispuesto en este apartado. Y el Art. 62. e) dice: ***“Promover, difundir o ejecutar por cualquier medio cualquier tipo de terapia para modificar la orientación sexual y al identidad de género con el fin de ajustarla a un patrón heterosexual y/o cissexual”***. Es curioso que no se permita este tipo de terapias si son ejecutadas con expreso consentimiento del interesado, coartando su libre elección a recibir terapias que acomoden su orientación sexual como él estime conveniente y que como hemos dicho antes no se establezca el Derecho a la Objeción de Conciencia del Personal Sanitario que deba intervenir en estos tratamientos y que muy bien pudiera oponerse a los mismos.

Me parece digno de resaltar el contenido del Art. 62. g) ***“Recabar datos de carácter personal en los procesos de selección o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyen discriminaciones para el acceso al empleo por motivo de orientación sexual o identidad de género”***. Esto parece una contradicción ya que anteriormente se han contemplado figuras legislativas tendente al favorecimiento de la contratación de personas pertenecientes al colectivo LGTBI que será difícil que se lleven a cabo si no se incumple este artículo que ahora se analiza como es el recabar datos de carácter personal en los procesos de selección....

Se debe poner de manifiesto la poca relevancia del texto que ha aprobado la Junta de Andalucía por la nula introducción de instrumentos normativos novedosos que luchen de manera efectiva contra la discriminación. Este texto responde más a la voluntad del legislador de satisfacer a un determinado colectivo que a la verdadera tarea que debe presidir la labor legislativa de una Administración que es luchar contra la discriminación sea por el motivo que fuera y que la peor manera de enfrentarse a este problema es produciendo más la desigualdad y más discriminación.

Tengo que finalizar diciendo que es muy retorcido negar que el colectivo LGTBI tiene los mismos derechos que cualquier otro ciudadano pero es igualmente torticero afirmar que tienen esos derechos por el hecho de tener una determinada orientación sexual, identidad sexual o identidad de género, como pretende la normativa que se analiza y otras de contenido similar, tanto autonómico como el Proyecto de Ley del Estado. A estas personas se les debe respeto y son merecedores del derecho de igualdad no porque la sociedad les califique y los encasille en un colectivo determinado como si de un gueto se tratara. Son merecedores de esos derechos porque son ciudadanos, porque son personas, porque son seres humanos. Llegará un momento en el que la historia nos juzgará y nos avergonzaremos por haber clasificado a las personas en función de su condición sexual y que para ello hayamos creado diferencias entre grupos en función del género, pero sobre todo que hayamos otorgado preferencias y prebendas sólo basadas en el sexo o en la idea que se tenga de él y que sea este aspecto de nuestra naturaleza humana lo que haya definido una época. Entiendo que todos los seres humanos son iguales ante la ley y no debe prevalecer discriminación alguna por ningún motivo y que no debe haber ventajas de unos frente a otros, actuar así y justificarlo en motivos de índole sexual o de género como hace esta ley, define nuestro comportamiento como sexista y cosificador, comportamiento que debe de estar erradica de nuestro ordenamiento jurídico.

La igualdad es un principio, un valor fundamental tan solemne que no debe sufrir quiebra alguna bajo ningún pretexto.

Samuel María. One of Us.