



ADF INTERNATIONAL

**De:** Adina Portaru

**Fecha:** 14 de Agosto de 2017

**Asunto:** **Proposición de Ley de Igualdad en España (122/000097)**

---

## Resumen Ejecutivo

La Proposición de Ley 122/000097 (la “Ley de Igualdad”) es una proposición presentada por el Grupo parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea que pretende luchar contra la discriminación por orientación sexual, identidad o expresión de género y características sexuales, y de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales.

Aunque el objetivo declarado de la Ley de Igualdad es loable, este memorándum pone de relieve algunas preocupaciones importantes que se han planteado en un estudio más detallado del texto de la Proposición de Ley, incluyendo:

- Alcance indebidamente amplio, cubriendo áreas que la Unión Europea ha encontrado demasiado controvertidas para legislar sobre ellas (**Párrafos 3 – 11** del informe).
- La vaguedad de la terminología, la subjetividad de los delitos creados, así como la inversión de la carga de la prueba lo que termina resultando en una presunción de culpabilidad (**Párrafos 12 – 21**).
- Riesgo de litigación oportunista (**Párrafos 22 – 26**).
- Importante violación de la libertad de expresión, así como la presencia de delitos de largo alcance y severidad desproporcionada (**Párrafos 27 – 44**).
- Violación del derecho de los padres a ser los primeros educadores de sus hijos (**Párrafos 45 – 53**).

En general, la Proposición de Ley sobre la igualdad en su forma actual legisla mucho más allá de lo necesario para garantizar la igualdad en la sociedad, y a la luz de su vasto alcance y la inseguridad jurídica derivada de la vaguedad de la terminología empleada, es probable que tenga un impacto perjudicial y significativo sobre las libertades fundamentales de los ciudadanos.

Por estas razones, recomendamos encarecidamente al Parlamento español votar en contra de la aprobación de la Ley de Igualdad.

## (a) Introducción

1. ADF International es una organización jurídica, constructora de alianzas, que aboga por el derecho de las personas a vivir su fe en libertad, con un enfoque particular en la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión en el mundo. ADF International tiene carácter consultivo especial con las Naciones Unidas y la acreditación en el Parlamento Europeo, la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa y la Organización de los Estados Americanos y ha argumentado, co-participado e intervenido en más de 50 casos significativos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
2. Este informe jurídico evalúa la proposición de Ley de Igualdad en España, que pretende “garantizar plenamente el derecho a la igualdad real y efectiva de las personas gay, lesbianas, transexuales, transgénero e inter-sexo, así como sus descendientes, a través de la prevención, corrección y eliminación de todas las formas de discriminación...”.<sup>1</sup> En este informe se muestra que, si bien el objetivo declarado de la Ley de Igualdad es loable, los efectos secundarios negativos son numerosos y de gran alcance, a tal punto que la legislación es probable que cause más problemas de los que resolvería. La propuesta de redacción de la legislación resulta en una ampliación sin precedentes del ámbito de aplicación de las leyes contra la discriminación, lo que contribuiría significativamente a inmiscuirse en los derechos fundamentales. La vaga redacción, las penas de gran repercusión, la inversión de la carga de la prueba, y la restricción del derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas hacen de esta proposición de Ley una norma problemática e incompatible con la legislación de la Unión Europea y las normas internacionales de derechos humanos.

## (b) El alcance de la Ley de Igualdad

3. La Proposición de Ley sobre la igualdad tiene un alcance muy amplio. Abarca “cualquier etapa de la vida y en cualquier ámbito, en particular, en las esferas civil, laboral, social, sanitaria, educativa, económica y cultural”<sup>2</sup> (va mucho más allá de la legislación comunitaria en este ámbito). También amplía los motivos “protegidos” a zonas que son inexistentes en virtud de la legislación europea contra la discriminación. El amplio alcance de la Ley de Igualdad no está en consonancia con la actual legislación de la UE, es desproporcionada y no está justificada por una necesidad demostrada. La Proposición de Ley tampoco demuestra si existen otros medios menos restrictivos para alcanzar sus objetivos
4. El principio de igualdad siempre ha desempeñado un papel central en la formulación y aplicación de la legislación en materia de derechos humanos. La igualdad, entendida como *igualdad ante la ley*, y no como el derecho a ser elegido

---

<sup>1</sup> Ley de Igualdad, en el artículo 1.

<sup>2</sup> Ley de Igualdad, artículos 1(2) y 2(1)

de forma igual como un proveedor de servicio o un socio y el principio de no discriminación, como *una garantía para proteger a los ciudadanos contra el abuso de los Estados*, se han incluido en casi todos los tratados que siguieron a las atrocidades de las dos guerras mundiales, tales como, entre otros, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“PIDCP”), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“PIDESC”), y la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH).

5. La antigua Comunidad Económica Europea abordó la cuestión de la no discriminación, pero en situaciones muy específicas y zonas estrictamente definidas, tales como la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres en el trabajo<sup>3</sup> y discriminación únicamente sobre la base del sexo.<sup>4</sup> Después de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam<sup>5</sup>, la UE adoptó una serie de directivas antidiscriminación que regulan el principio de anti-discriminación en áreas específicas y bien definidas (ver tabla a continuación).

	Empleo	Bienes y Servicios
Origen racial o étnico	<b>SI</b> (2000/43/CE)	<b>SI</b> (2000/43/CE)
Sexo	<b>SI</b> (76/207/EEC; 2006/54/CE)	<b>SI</b> (2004/113/CE)

<sup>3</sup> Tratado CEE, artículo 119 TFUE, sustituido por el artículo 157 (antiguo artículo 141 TCEE)

<sup>4</sup> Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos; Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; La Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social; Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social, de la Directiva 86/613/CEE del Consejo, de 11 de diciembre de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad, que aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, derogada por la Directiva 2010/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010 sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma; Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia; Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES; la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en casos de discriminación basada en el sexo.

<sup>5</sup> Con ello se introdujo el artículo 13 (Artículo 19 TFEU), según el cual las competencias de la UE en el ámbito de la no discriminación fueron ampliadas: “Sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”. El artículo no es directamente aplicable y no obliga a los Estados miembros a actuar

Otras características (p.ej.): religión o convicciones, orientación sexual, o discapacidad.	<b>SI</b> (2000/78/CE)	<b>NO</b> (2008/0140 propuesta)
---	------------------------	---------------------------------

6. Por lo tanto, las actuales Directivas comunitarias prohíben la discriminación en las esferas del empleo y en la prestación de bienes y servicios, incluida la vivienda, por motivos de raza y de sexo. Las directivas de la UE también prohíben la discriminación en materia de empleo por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.
7. Sin embargo, es importante señalar que la no discriminación en el ámbito de los bienes y servicios, incluyendo medios de comunicación y publicidad, que la Ley de Igualdad pretende abarcar, entre otras cosas, no está regulada a nivel de la UE. De hecho, las negociaciones de la propuesta de Directiva del Consejo de la Unión Europea en este ámbito, la llamada “Directiva de Igualdad de Trato”<sup>6</sup>, llevan más de seis años estancadas en el Consejo de la UE.
8. La Directiva sobre la igualdad de trato ha demostrado ser tan controvertida en el alcance y problemática en la redacción legal que los Estados Miembros no han podido negociar para acordar un compromiso que asegurase la aprobación unánime<sup>7</sup>. La Directiva sobre Igualdad de Trato, es actualmente la más antigua en negociación en el Consejo de la UE, y tanto ONGs-Organizaciones No Gubernamentales<sup>8</sup> como ex funcionarios de la UE<sup>9</sup> han instado a la Comisión a retirar la propuesta.
9. Además de intentar regular en un área en la cual el Consejo ha encontrado demasiado controversial de convenir en la propuesta de la Ley de Igualdad en realidad iría mucho más allá de la Directiva de igualdad de trato. Esto es evidente en el ámbito de aplicación de la Ley de Igualdad, que abarca “todos los ámbitos de la vida”, incluido todo el contenido en los medios de comunicación y

<sup>6</sup> Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. (COM (2008) 426).

<sup>7</sup> Para un análisis crítico de la Directiva de Igualdad de Trato, véase: Paul Coleman y Roger Kiska, “The Proposed EU “Equal Treatment” Directive: How the UK Gives other EU Member States a Glimpse of the Future” [2012] 5(1) International Journal for Religious Freedom págs. 113-128.

<sup>8</sup> El 2 de diciembre de 2014 más de 50 organizaciones no gubernamentales pidieron al Presidente de la Comisión Europea, Jean-Claude Juncker, que abandonase la directiva de Igualdad de Trato, de conformidad con el principio de “discontinuidad política”.

<sup>9</sup> El 7 de diciembre de 2015, el ex Comisario europeo de Mercado Interior y Servicios, Frits Bolkestein, publicó un editorial en el que criticó duramente la directiva de igualdad de trato, diciendo que es “una absurda propuesta legislativa” que debe ‘desaparecer de la agenda de la Comisión.” Frits Bolkestein, “EU-richtlijn Haal ‘gelijke behandeling’ van de agenda, de Volkskrant’ (De Volkskrant, el 7 de diciembre de 2015) <<http://www.volkskrant.nl/opinie/haal-eu-richtlijn-gelijke-behandeling-van-de-agenda~a4202743/>> visitada el 14 de agosto de 2017. Para la traducción al inglés del artículo, vea “former Commissioner Bolkestein: ETD is an absurd legislative proposal” (respectfreedom, 7 de diciembre de 2015) <<http://www.respectfreedom.eu/former-commissioner-bolkestein-etd-is-an-absurd-legislative-proposal/>> visitada el 14 de agosto de 2017.

publicidad,<sup>10</sup> espectáculos y producciones culturales, certámenes y exposiciones culturales, acontecimientos deportivos, fondos documentales, recursos didácticos en la educación no formal y actividades lúdicas y recreativas.<sup>11</sup>

10. La ampliación del ámbito de aplicación también es evidente por el gran número de características “protegidas” que la Proposición de Ley sobre Igualdad incluye, muchas de las cuales son vagas, parcialmente mutables y subjetivas. La identidad de género, uno de los motivos de no discriminación que la ley protege, se refiere a “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente”,<sup>12</sup> “realidad transgénero” engloba a “personas que se identifican como travestis, cross dressers, queers, gender queers, drag kings, drag queens y agénero entre otras identidades no normativas”<sup>13</sup> de acuerdo a su “identidad sentida”.<sup>14</sup>
11. La amplia y no demostrada naturaleza de esta lista, junto con la problemática de la inversión de la carga de la prueba (véase más abajo), tiene efectos negativos en la seguridad jurídica, la previsibilidad de la legislación, así como en la eliminación, de facto, de la presunción de inocencia.

### **(c) Consideraciones Jurídicas**

#### *Seguridad jurídica, previsibilidad e igualdad jurídica*

12. La legislación debe promover: a) la seguridad jurídica (la legislación debe dar a toda persona sujeta a ella la capacidad de regular su conducta) y b) la previsibilidad (anticipación razonable de los posibles resultados de una acción), así como y c) la igualdad jurídica (casos similares son tratados por igual).<sup>15</sup>
13. La Ley de Igualdad no cumple estos requisitos, ya que emplea términos vagos abiertos a una amplia interpretación, haciendo difícil para los ciudadanos prever las consecuencias jurídicas de sus actos:
14. Por ejemplo, existe lenguaje amplio y poco concreto frecuente en la Proposición de Ley, indica que:

Los hechos o los indicios a partir de los cuales se puede presumir la existencia de discriminación por orientación sexual, expresión o identidad de género o características sexuales, pueden ser probados por cualquier medio admitido en Derecho, sin perjuicio de los procedimientos que se tramiten y de las medidas

---

<sup>10</sup> Ley de Igualdad, artículo 65.

<sup>11</sup> Ley de Igualdad, artículo 58.

<sup>12</sup> Ley de Igualdad, artículo 3(1) b.

<sup>13</sup> Ley de Igualdad, artículo 3(1) h.

<sup>14</sup> Ley de Igualdad, artículo 31(2)

<sup>15</sup> Ver el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Gorzelik y otros c. Polonia*, (44158/98), párr. 64, *Larissis y otros c. Grecia*, (23372/94, 26377/94, 26378/94), párr. 40, y *Hashman y Harrup c. el Reino Unido* [GC], (25594/94), párrafo 31, *Rotaru c. Rumania* [GC], (28341/95), párrafo 52.

adoptadas al amparo de las normas de organización, convivencia o disciplina de las instituciones y de los servicios públicos.<sup>16</sup>

15. La combinación de los términos desplegados, junto con el amplio campo de aplicación y motivos que son en parte subjetivos y, en algunos casos, mutables, hacen que la aplicación de la Ley de Igualdad sea extremadamente problemática.
16. Los sentimientos y percepciones subjetivas de una presunta víctima de discriminación, podrían tener consecuencias que afecten la vida de alguien perseguido públicamente por dichas alegaciones. Esto significa que sería imposible para los ciudadanos tener certeza en cuanto a si sus acciones caen dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Igualdad.
17. En consecuencia, será más difícil para aquellos cuyas acciones sean etiquetadas como discriminatorias demostrar lo contrario. Los términos utilizados implican que lo que puede ser suficiente en un caso, quizá no lo sea en otro. De todas formas, en todos los casos, el punto de partida será problemático al invertir la presunción de inocencia.

#### *La inversión de la presunción de inocencia*

18. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dicho que “En la Unión Europea, los derechos procesales tienen carácter instrumental en el refuerzo de la confianza mutua, algo indispensable para el mutuo reconocimiento de las decisiones judiciales”.<sup>17</sup> La presunción de inocencia es una de las garantías procesales básicas que representan un elemento esencial del derecho a un juicio justo. El principio exige que, al llevar a cabo sus funciones, las autoridades judiciales no comiencen con la presunción de que el acusado es culpable. La presunción está estrechamente relacionada con otros derechos procesales, incluido el derecho a permanecer en silencio; no declarar contra uno mismo; no cooperar; y el derecho a estar presente en el juicio. La presunción de inocencia está consagrada en la Convención Europea de Derechos Humanos,<sup>18</sup> la Carta de Derechos Fundamentales<sup>19</sup> de la UE y reconocido en un gran número de decisiones judiciales.<sup>20</sup>
19. El riesgo creado por la confusa e imprecisa redacción jurídica de la Proposición de Ley se agrava aún más por la inversión de la carga de la prueba:

(C)uando la parte demandante o la persona interesada aleguen discriminación por razón de orientación sexual, expresión o identidad de género o características sexuales y aporten indicios fundamentados, corresponderá a la parte demandada o a quien se impute la situación discriminatoria, la aportación de una

---

<sup>16</sup> El artículo 74(2).

<sup>17</sup> De un vistazo, Refuerzo de la presunción de inocencia en la UE, el Pleno del Parlamento Europeo 14 de enero de 2016

<sup>18</sup> Convención Europea de Derechos Humanos, el artículo 6(2).

<sup>19</sup> La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, artículo 48.

<sup>20</sup> Véase, por ejemplo, *Telfner c. Austria*, (33501/96), sentencia de 20 de marzo de 2001.

justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.<sup>21</sup>

20. Esta inversión de la presunción de inocencia es extremadamente problemática cuando se combina con los vagos y subjetivos motivos de discriminación (“identidad sentida”, “transidentidad”, o “autodeterminación de la identidad de género”) que figuran en la Proposición de Ley de Igualdad.
21. En consecuencia, una persona acusada de “discriminación” se ve obligada a probar su inocencia, mientras que cualquier persona que afirme haber sido víctima de discriminación se presume la existencia de la citada discriminación. Es casi imposible que un demandado pueda demostrar que sus acciones no “degradaron” u “ofendieron” a la presunta víctima, puesto que la única norma para evaluarlo es la propia percepción subjetiva de la presunta víctima. Por lo tanto, la Ley de Igualdad establece lo que puede describirse como una “presunción de culpabilidad”, lo que contradice los derechos procesales establecidos.

### *Riesgo de litigio oportunista*

22. En países donde se ha aprobado legislación similar (si bien el alcance no ha sido tan amplio), la experiencia ha demostrado que estas leyes conducen a demandas estratégicamente motivadas contra individuos y empresas. En el Reino Unido, por ejemplo, es frecuente que ONGs con suficientes recursos financieros a los presuntos delincuentes por hacer reclamos contra ellos. Existen asociaciones y grupos que están dispuestos a pleitear porque reciben un porcentaje de la indemnización y, a continuación, usan ese dinero para buscar más casos, dando lugar a interminables y frívolas demandas infundadas.<sup>22</sup>
23. El riesgo de litigio estratégico bajo la inversión de la carga de la prueba se ha puesto de manifiesto recientemente en Kratzer (asunto C-423/15) pendientes ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).<sup>23</sup> El caso se origina en el Alemán Bundesarbeitsgericht (Tribunal Federal de Trabajo), que ha enviado las siguientes cuestiones prejudiciales:
  1. ¿Deben interpretarse el artículo 3, apartado 1, letra a), de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (1), y el artículo 14, apartado 1, letra a), de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre

<sup>21</sup> Ley de Igualdad, artículo 74.

<sup>22</sup> Paul Coleman and Roger Kiska, 'The Proposed EU "Equal Treatment" Directive: How the UK Gives other EU Member States a Glimpse of the Future' [2012] 5(1) International Journal for Religious Freedom 113-128.

<sup>23</sup> “Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesarbeitsgericht (Alemania) presentó el 31 de julio de 2015 - Nils-Johannes Kratzer v. R V Allgemeine Versicherung AG Sentencia Nils-Johannes Kratzer v R V Allgemeine Versicherung AG' (EUR LEX) <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62015CN0423&qid=1460716365597>> visitada el 14 de agosto de 2017.

hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición) (2), en el sentido de que busca «acceso al empleo o a la ocupación» una persona de cuya solicitud de trabajo se desprende que no pretende lograr la contratación y el empleo, sino sólo la condición de demandante de empleo, a fin de poder reclamar una indemnización?

2. En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión: ¿Puede calificarse como fraude de ley, conforme al Derecho de la Unión, una situación en la que la condición de demandante de empleo se ha obtenido no con vistas a la contratación y el empleo, sino a fin de reclamar una indemnización?

24. Los hechos del caso<sup>24</sup> son los siguientes: el Sr. Kratzer, el demandante, es supuestamente un litigante perverso o miserable. Es un abogado especializado en litigios contra la discriminación, que parece aplicar regularmente en las ofertas de empleo para el que no es adecuado. Cuando sus solicitudes son rechazadas, presenta una demanda alegando que ha sido discriminado. En el caso concreto bajo consideración, el Sr. Kratzer alega que la compañía de seguros que rechazó su solicitud (R V Allgemeine Versicherung AG), le discriminó por razón de su edad. Por el contrario, la compañía afirma que la posición para la que el Sr. Kratzer aplicó fue la de aprendiz, que era claramente inadecuada para un abogado con 15 años de experiencia profesional. Aparentemente, esta es sólo una de las muchas solicitudes de trabajo hecha por el Sr. Kratzer, donde se utiliza el rechazo como un pretexto para la presentación de demandas contra los empleadores donde aplica. Según el *Spiegel*, el Sr. Kratzer tuvo éxito en un caso importante ante el Bundesarbeitsgericht, en el cual formuló cargos contra el Hospital *Charité* en Berlín.<sup>25</sup> El Hospital había estado buscando un profesional joven, no un abogado. En muchos casos, el Sr. Kratzer, ha sido capaz de negociar acuerdos extrajudiciales con empresas que prefirieron resolver el asunto rápidamente para evitar un costoso y largo litigio judicial.

25. Este caso da una idea de los tipos de acción que podrían aumentar con la aprobación de la propuesta de la Ley de Igualdad.

26. La Ley de Igualdad carece de las garantías y salvaguardas necesarias para prevenir tales litigios. Esto tendría consecuencias negativas sobre la reputación corporativa y personal de los denunciados así incluso como el posible cierre de pequeñas o medianas empresas (PYMES) que no sean capaces de hacer frente a largos y costosos juicios, o el importe de las sanciones.

---

<sup>24</sup> Bundesarbeitsgericht, 'BUNDESARBEITSGERICHT Entscheidung vom 18.6.2015, 8 AZR 848/13 (ECLI):DE:Bolsa:2015:180615.B.8AZR848.13A.0' (Bundesarbeitsgericht) <http://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=pm&Datum=2015&anz=34&pos=0&nr=18119&link=entsch> visitada el 14 de agosto de 2017.

<sup>25</sup> Von Elke Spanner, "Erst die Absage, dann der Prozess" (*Spiegel*, 13 de noviembre de 2015) <<http://www.spiegel.de/karriere/berufsleben/diskriminierung-bei-der-bewerbung-anwalt-aus-muenchen-gilt-als-agg-hopper-a-1062076.html>> visitada el 14 de agosto de 2017.



## *Debilita la libertad de expresión*

27. La libertad de expresión es una libertad fundamental. En consecuencia, el derecho a hablar libremente ocupa un lugar destacado en todos los tratados internacionales de derechos humanos.
28. El artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (“DUDH”), el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“PIDCP”) así como el artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE - protegen y garantizan la libertad de expresión
29. Una observación general de El Comité de Derechos Humanos de la ONU declara:

La libertad de opinión y la libertad de expresión son condiciones indispensables para el pleno desarrollo de la persona. Son fundamentales para toda sociedad<sup>26</sup> y constituyen la piedra angular de todas las sociedades libres y democráticas. Ambas libertades están estrechamente relacionadas entre sí, dado que la libertad de expresión constituye el medio para intercambiar y formular opiniones.<sup>27</sup>

30. En consonancia con otros órganos internacionales de derechos humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido una larga tradición de dar la máxima protección a la libertad de expresión.
31. El artículo 10 de la Convención establece que “toda persona tiene derecho a la libertad de expresión”, y el Tribunal ha declarado en numerosas ocasiones que la libertad de expresión tiene un “especial importancia” en virtud de la Convención.<sup>28</sup> Además, el artículo 10 no sólo protege el contenido de la información y las ideas expresadas, sino también su forma.<sup>29</sup> En el caso ejemplar de *Handyside c. el Reino Unido*, el Tribunal explicó la importancia de la libertad de expresión a la propia democracia:

La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres. Al amparo del artículo 10.2 es válido no sólo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del

---

<sup>26</sup> Véanse las comunicaciones N° 1173/2003, *Benhadj c. Argelia*, dictamen aprobado el 20 de julio de 2007, y (628/1995), *Park c. la República de Corea*, dictamen aprobado el 5 de julio de 1996.

<sup>27</sup> Artículo 19: Libertad de opinión y libertad de expresión, CCPR/C/GC/34 12 de septiembre de 2011, párr. 2.

<sup>28</sup> Ver *Ezelin c. Francia* (1991), párrafo 51. El artículo 11 de la Convención Europea de Derechos Humanos establece que “Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica.” Las dos libertades están estrechamente vinculadas y en *Ziliberberg c. Moldavia* (61821/00) el 4 de mayo de 2004, el Tribunal observó que “el derecho a la libertad de reunión es un derecho fundamental en una sociedad democrática y, al igual que el derecho a la libertad de expresión, es uno de los cimientos de dicha sociedad”.

<sup>29</sup> *De Haes c. Bélgica* (1997), párrafo 48.

pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existen una “sociedad democrática”.<sup>30</sup>

32. Por lo tanto, el artículo 10 no trata sólo de proteger el discurso inofensivo. El TEDH históricamente ha indicado que, como demuestran los siguientes casos, muchas de las formas de expresión consideradas “ofensivas” han sido protegidas por el artículo 10 CEDH.
33. En *Gündüz c. Turquía*,<sup>31</sup> el líder de una “secta islámica” fue condenado por hacer una serie de observaciones ofensivas en la televisión. Se refirió en particular a los niños que nacen tras una ceremonia civil del matrimonio como “piçs” (bastardo) - un término peyorativo especialmente diseñado para causar ofensa. El Tribunal Europeo consideró que la condena era una violación del artículo 10.
34. En el caso *Giniewski c. Francia*,<sup>32</sup> un periodista fue condenado por difamación por hacer declaraciones difamatorias contra la comunidad cristiana. En particular, la demandada había escrito que la doctrina de la Iglesia Católica contiene la semilla del antisemitismo que fomentó la idea y la ejecución del Holocausto. El Tribunal indicó que los hechos violaban la CEDH, señalando que, aunque el texto publicado “contiene conclusiones y frases que pueden ofender o molestar a algunas personas, el Tribunal ha reiterado que esas opiniones no impiden, de por sí, el goce de la libertad de expresión”.<sup>33</sup>
35. En el caso de *Klein c. Eslovaquia*,<sup>34</sup> el demandante fue condenado por “difamación de una nación, raza y credo” por escribir un artículo en el que, entre otros términos, criticaba al Arzobispo de Trnava, en Eslovaquia, en un punto, llamándolo un “ogro”. Los tribunales internos sostuvieron que “el artículo en cuestión es vulgar y se ridiculiza y ofende. En opinión del Tribunal Regional, por lo tanto, no goza de ninguna protección”. Sin embargo, el TEDH no estaba de acuerdo y, a pesar de observar que el artículo era “una opinión peyorativa redactada con palabras duras” que contienen “connotaciones vulgares y sexuales” y está destinado a un individuo en concreto, el Tribunal sostuvo que la condena fue en violación del artículo 10 de la Convención.
36. El Tribunal ha declarado que las excepciones al derecho de la libertad de expresión deben ser interpretadas estrictamente y que toda restricción debe ser establecida de manera convincente,<sup>35</sup> y sólo “razones contundentes” pueden justificar una restricción a la libertad de expresión.<sup>36</sup>

## Sanciones

<sup>30</sup> *Handyside c. el Reino Unido* (1976) párr. 49.

<sup>31</sup> *Gündüz c. Turquía*, (35071/97), el 4 de diciembre de 2003.

<sup>32</sup> *Giniewski c. Francia* (2007).

<sup>33</sup> *Giniewski c. Francia* (2007), párrafo 52.

<sup>34</sup> *Klein v. Eslovaquia* (App no. 72208/01), el 31 de octubre de 2006.

<sup>35</sup> *Sener c. Turquía*, (26680/95). Véase también *Thoma c. Luxemburgo*, (38432/97), párr. 43, 48; véase también *The Observer y the Guardian c. el Reino Unido*, sentencia de 26 de noviembre de 1991.

<sup>36</sup> *Id.*, párr. 40.

37. En oposición a la robusta protección de la libertad de expresión en Derecho Internacional y Europeo, la Proposición de Ley sobre la Igualdad socava la libertad de expresión y abre la puerta a una amplia gama de censura estatal con onerosas sanciones para las violaciones. Según la Proposición de Ley, una “infracción leve” es “Proferir, por cualquier medio o procedimiento, expresiones, imágenes o contenidos gráficos de cualquier tipo que sean ofensivas o vejatorias, por razón de orientación sexual, identidad o expresión de género o características sexuales contra las personas LGTBI o sus familias”.<sup>37</sup>
38. Repetir esas opiniones o publicarlas en línea lo elevaría a una “sanción grave”. Las penas por el simple hecho de expresar una idea o una opinión son inapropiadas y claramente desproporcionadas: hasta 3.000 euros por una sola infracción leve, y de 3.001 a 20.000 euros por varias infracciones leves, infracciones graves, o por cualquier violación (incluso leve) en línea. Además, podrán imponerse una o más sanciones secundarias incluyendo una prohibición de acceder a cualquier tipo de ayuda pública de la Administración por un período de hasta un año, y la prohibición contratar con la administración, sus organismos autónomos o entes públicos por un período de hasta un año.
39. Las disposiciones de la Ley sobre la igualdad confieren al Estado un poder extraordinariamente amplio para que éste ejerza de policía y controle la libertad de expresión de sus ciudadanos. Una vez que se acepta la premisa de que es el Estado quien puede dar o quitar el derecho a hablar libremente, no hay ningún límite ni punto lógico donde parar.
40. La Proposición de Ley sobre la igualdad define como “infracciones muy graves”, entre otras:
1. La convocatoria por cualquier medio o procedimiento de actos públicos de cualquier tipo que tengan por objeto promover, fomentar o incitar directa o indirectamente a la discriminación, al odio, la hostilidad o la violencia contra las personas por motivos de orientación, identidad sexual o expresión de género o características sexuales.
  2. Reincidir en la publicación en Internet o en las redes sociales de expresiones, imágenes o contenidos de cualquier tipo que sean ofensivos o vejatorios por razón de orientación sexual, identidad o expresión de género o características sexuales contra las personas LGBTI o sus familias.<sup>38</sup>
41. No sólo se eliminarían de la vida pública o de Internet opiniones que se entiendan impopulares, ofensivas o molestas, sino que la Proposición de la Ley de Igualdad garantizaría que el autor de las citadas opiniones sometidas a sanciones no pueda jamás volver a expresar su opinión. Las sanciones por infracciones “muy

---

<sup>37</sup> La Ley de Igualdad, art. 94(2).

<sup>38</sup> La Ley de Igualdad, art. 94(4).

graves” son penas pecuniarias entre 20,001 a 45,000 EUR. Además, pueden imponerse sanciones secundarias, tales como:

- a) La suspensión de actividades o servicios por un tiempo máximo de 2 años.
- b) La privación de la correspondiente licencia o autorización.
- c) El cierre del establecimiento abierto al público por tiempo máximo de 2 años.
- d) Prohibición de acceder a cualquier tipo de ayuda pública de la Administración por un periodo de hasta dos años. En caso de reincidencia o reiteración, la prohibición puede llegar a un máximo de cinco años.
- e) Prohibición de contratar con la administración, sus organismos autónomos o entes públicos por un período de hasta dos años. En caso de reincidencia o reiteración, la prohibición puede llegar a un máximo de cinco años.
- f) Inhabilitación temporal, por un periodo de hasta dos años, para la prestación de servicios públicos. En caso de reincidencia o reiteración, la prohibición puede llegar a un máximo de cinco años.

42. Los medios de comunicación no podrán operar libremente, además es probable que sean sometidos a una estricta vigilancia y a la censura. Según la Ley de Igualdad:

Se velará para que los contenidos emitidos y la publicidad sean respetuosos con las personas LGTBI.

Se velará para que los medios de comunicación incluyan en su programación, para todas las franjas de edad, la diversidad de orientación sexual, identidad y expresión de género, incluyendo la diversidad familiar LGTBI.<sup>39</sup>

43. La libertad de los ciudadanos forma parte del corazón de una sociedad democrática. Esto incluye la libertad para estar de acuerdo, disentir, debatir, argumentar, criticar, hacer concesiones y compromisos así como también a mantener y promover los valores democráticos. La actual Proposición de Ley de Igualdad pone patas arriba los valores democráticos, lo que conlleva un riesgo significativo de censurar el debate y de cercenar la libertad de expresión de los ciudadanos.

44. La severidad de las sanciones y la naturaleza subjetiva de los delitos implicará:

- a) Aumentar los litigios: debido a su subjetividad y ambigüedad, las leyes sobre el “discurso del odio” abren la puerta a litigios sin fundamento y la tipificación como delito discursos “racionales” o “normales” en base a razones poco claras e infundadas. Aunque los tribunales, en última instancia, determinaran que una persona acusada de “discurso del odio” es inocente del delito, la estigmatización y penurias sufridas por tener que luchar contra las acusaciones penales pueden durar toda una vida y destruir una reputación, como ya se ha visto en casos similares en otras jurisdicciones.

---

<sup>39</sup> Ley de Igualdad, artículo 65 (3) y (4).

- b) Exigir la evaluación jurídica del contenido de cierto discurso, recurriendo a criterios (de carácter moral y legal) poco claros al realizar esta evaluación. Las definiciones vagas de las infracciones se traducirán en evaluaciones subjetivas y significa que serán (o corren el riesgo de ser) interpretadas de forma inconsistente y aplicadas de forma arbitraria.
- c) Hacer las infracciones esencialmente subjetivas, vagas, e imprecisas, puesto que estarán basadas más en la percepción subjetiva de quien se siente ofendido y de sus sentimientos que en la propia expresión.
- d) Reducir los límites de la libertad de expresión al tiempo que la congela. Dada la naturaleza altamente subjetiva del “comentario ofensivo”, los ciudadanos evitarán comentarios en temas “sensibles” o potencialmente “ofensivos” por temor a que estos pudieran conllevar infracciones y conducir a una investigación penal. Esto podría crear un clima general de sospecha y desconfianza, dado que todo el mundo podría informar a todos por supuestos “comentarios ofensivos”. Además, los propios ciudadanos se convertirán en policías y delatores de amigos y familiares al querer evitar cometer una infracción por “no facilitar la labor o negarse parcialmente a colaborar con la acción investigadora del órgano instructor de las infracciones tipificadas por esta Ley”.

### *Derechos parentales*

- 45. Al no hacer referencia a los derechos de los padres, la Proposición de Ley de Igualdad está en clara contraposición con lo establecido por las normas jurídicas internacionales que ven a los padres como los primeros responsables de la crianza de sus hijos.
- 46. El derecho de los padres a ser los primeros educadores de sus hijos es un derecho fundamental<sup>40</sup> e incluido en una serie de tratados internacionales de derechos humanos. La DUDH deja claro que “Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”.<sup>41</sup>
- 47. En esta capacidad bien establecida, ambos progenitores tienen los mayores derechos y la mayor responsabilidad en la educación de sus hijos. En el proceso educativo, las instituciones del Estado deben ayudar a los padres de familia; las escuelas deben buscar su cooperación y no desplazar artificialmente los derechos de los niños y los derechos de los padres al imponer a los niños una educación contraria a la que reciben de sus padres.
- 48. La Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño señala claramente que entre los más importantes derechos del niño están precisamente el derecho al amor paterno y el derecho a la educación. También señala explícitamente que los derechos de los padres no están yuxtapuestos a los derechos de los niños.<sup>42</sup>

<sup>40</sup> *Folgerø y otros c. Noruega*, (15472/02) 84 e.

<sup>41</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos (aprobada el 10 de diciembre de 1948) Artículo 26 (3).

<sup>42</sup> Convención sobre los Derechos del Niño (aprobada el 20 de noviembre de 1989) artículos 5 y 18.

49. El artículo 2 del Protocolo 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos protege los derechos de los padres en el contexto de la educación y la enseñanza de sus hijos:

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.

50. Sin embargo, el artículo 20 bis de la Ley de Igualdad se aparta de esta comprensión, resaltando que:

En el ámbito de sus respectivas competencias (La Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas), proporcionarán la cobertura relativa al proceso de reasignación sexual de acuerdo con la cartera básica de servicios de cada una de ellas. A partir de los 16 años de edad los menores transexuales y transgénero podrán prestar por sí mismos el consentimiento informado para acceder a la reasignación sexual quirúrgica. A partir de la pubertad podrán prestar por sí mismos el consentimiento informado para acceder a los bloqueadores hormonales y al tratamiento hormonal cruzado.

51. Estas disposiciones podrían resultar en una infracción del derecho de los padres a que sus hijos reciban una educación y enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas.

52. Por ejemplo, los padres no serían capaces de oponerse y buscar ayuda médica para un hijo que sufriese de disforia de género. Los niños recibirían carta blanca para tomar decisiones que impacten en la vida sin la participación de sus padres, y sin la evaluación de un especialista, psicólogo o compañeros. En lugar de cubrir tratamientos médicos controvertidos (bloqueadores hormonales y al tratamiento hormonal cruzado), el Estado -a través de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas- debe proteger y respetar los derechos fundamentales de sus ciudadanos. La Ley de Igualdad tampoco protege los derechos y el bienestar de los niños, ya que ofrece como solución un radical cambio de vida a lo que podría ser una fase meramente temporal. La administración de bloqueadores hormonales es una técnica intrusiva y de gran alcance que puede tener muchos efectos secundarios, especialmente cuando un niño decide dejar el tratamiento o lo repite durante un largo período de tiempo.

53. Adicionalmente, según la Proposición de Ley sobre la Igualdad se propondrá un “plan integral de educación en el cual se fomente la no discriminación y se proteja el respeto a la diversidad sexual, de género y familiar de manera transversal en todas las asignaturas”<sup>43</sup> lo cual podría provocar una grave infracción al derecho de los padres a que sus hijos reciban una educación y enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas.

#### **(d) Conclusiones**

---

<sup>43</sup> Artículo 40 de la Ley de Igualdad

54. A la luz de las inquietudes planteadas anteriormente, la Ley de Igualdad en su forma actual legisla mucho más allá de lo necesario para garantizar la igualdad en la sociedad, y a la luz de su vasto alcance y la incertidumbre jurídica que fluye desde la vaga terminología utilizada, es probable que tenga un impacto negativo significativo sobre las libertades fundamentales de los ciudadanos.
55. Además, la propuesta de inversión de la carga de la prueba haría difícil para los acusados demostrar su inocencia y abriría la puerta para abogados oportunistas que deseen comenzar una litigación estratégica que implicaría un gran coste para empresas y ciudadanos.
56. La Ley de Igualdad está en clara oposición a las normas jurídicas establecidas que aseguran que los padres son libres para educar a sus hijos conforme a sus convicciones filosóficas y religiosas, así como a la jurisprudencia de El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que protege la libertad de expresión robustamente, extendiéndola incluso al discurso que es ofensivo, chocante o perturbador.
57. Dar fuertes protecciones a la libertad de expresión no implica que no exista riesgo. En una sociedad que tolera una amplia libertad de expresión siempre existe el riesgo de que otros ciudadanos sean heridos y ofendidos por lo que oyen. No obstante, es un precio que vale la pena pagar. La verdadera libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, depende de la protección que tenga. Una sociedad libre y diversa depende de la protección hacia la libertad de expresión. Una vez que la sociedad acepta que el Estado puede censurar ampliamente el debate público a través de la coerción del derecho penal no hay ningún límite ni punto lógico donde parar.
58. Por estas razones, recomendamos encarecidamente al Parlamento español que vote en contra de la aprobación de la Propuesta de Ley de Igualdad.