

ORIENTACIÓN E IDENTIDAD SEXUAL EN LAS RELACIONES DE TRABAJO

SEXUAL ORIENTATION AND IDENTITY IN EMPLOYMENT RELATIONSHIPS

Carmen Sáez Lara
Universidad de Córdoba
ORCID: 0000-0001-6311-1398
dt1salac@uco.es

RESUMEN: El mundo del trabajo y de la empresa sigue mostrándose como un espacio hostil para las personas LGTBI y, de forma muy especial, para las personas trans. La discriminación en el trabajo por causa de orientación e identidad sexual se manifiesta, al igual que en la sociedad, con diversa intensidad en relación con las personas de estos colectivos. Se trata de una forma de discriminación con rasgos propios, como son el ocultamiento preventivo, la auto segregación, y la LGTBI fobia, determinante de altas dosis de violencia en el trabajo. Desde el conocimiento de estos rasgos de la discriminación hacia las personas LGTBI, se analiza, en el presente trabajo, el marco normativo de la tutela antidiscriminatoria laboral y su aplicación judicial, identificándose sus principales insuficiencias.

Igualmente, no es positiva la valoración de la futura Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, que es claramente insuficiente para abordar los rasgos definitorios de la discriminación por orientación e identidad sexual, en el acceso al empleo y la ocupación. Las medidas laborales se regulan, al igual que las vigentes normas autonómicas, como acciones propias de las políticas públicas, sin que se explicita la causa de esta “autolimitación competencial” del legislador estatal, en materia laboral. No se establecen obligaciones para las empresas, las personas trabajadoras, ni sus representantes sindicales. La Ley tampoco fija obligaciones a la negociación colectiva, para alcanzar la igualdad efectiva de las personas LGTBI. No se han cumplido las reivindicaciones,

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

e-ISSN: 2660-4884

Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 5 (2022) 43-65
<https://dx.doi.org/10.12795/TPDM.2022.i5.03>

en fin, de que la LGTBI fobia sea considerada como riesgo psicosocial y de que se establezcan protocolos y medidas de actuación necesarias para su prevención.

En definitiva, la valoración, desde la perspectiva jurídico-laboral de esta ley, nos debe llevar finalmente a reflexionar sobre la obligación del Estado de garantizar la igualdad, en el ámbito de las relaciones privadas, dada su responsabilidad en la protección de los derechos humanos, también en las empresas.

PALABRAS CLAVE: Discriminación, empleo y ocupación, igualdad LGTBI

ABSTRACT: The world of work and business continues to be a hostile space for LGBTI people, especially transgender people. Discrimination in the workplace on the grounds of sexual orientation and identity manifests itself, as in society, with varying intensity in relation to people from these groups. It is a form of discrimination with its own characteristics, such as preventive concealment, self-segregation, and LGBTI phobia, which is a determinant of high doses of violence at work. Based on the knowledge of these features of discrimination against LGBTI people, this paper analyses the regulatory framework of anti-discrimination protection in the workplace and its judicial application, identifying its main shortcomings.

Likewise, the assessment of the future Law for the real and effective equality of trans people and for the guarantee of LGBTI people's rights is not positive, as it is clearly insufficient to address the defining features of discrimination based on sexual orientation and identity in access to employment and occupation. Labour measures are regulated, as in the current regional regulations, as actions belonging to public policies, without the cause of this "self-limitation of competences" of the state legislator in labour matters being made explicit. No obligations are established for companies, nor for workers and their trade union representatives. Nor does the law establish obligations for collective bargaining to achieve effective equality for LGBTI people. Finally, the demands that LGBTI phobia be considered as a psychosocial risk have not been fulfilled, nor have the necessary protocols and action measures been established for its prevention.

In short, the assessment of this law from a legal-labour perspective should finally lead us to reflect on the State's obligation to guarantee equality in the field of private relations, given its responsibility for the protection of human rights, also in companies.

KEY WORDS: Discrimination, employment and occupation, LGBTI equality

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS SOBRE LA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA LABORAL 2. LOS RASGOS DE LA DISCRIMINACIÓN LABORAL 3. MARCO NORMATIVO DE LA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA LABORAL 3.1. La Directiva 2000/78 y la prohibición de discriminación por orientación sexual 3.2. Jurisprudencia europea sobre tutela antidiscriminatoria laboral de las personas LGTBI 3.3. Marco

normativo laboral en España 3.4. Resoluciones judiciales sobre tutela laboral de personas LGTBI 4. EL ANTEPROYECTO DE LEY PARA LA IGUALDAD REAL Y EFECTIVA DE LAS PERSONAS TRANS Y PARA LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGTBI

1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS SOBRE LA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA LABORAL

En la lucha del colectivo LGTBI por la consecución de la igualdad de derechos de las personas lesbianas, gais, transexuales, bisexuales, e intersexuales, la tutela antidiscriminatoria laboral constituye un hito relevante¹. La prohibición de discriminación en el trabajo se sitúa, efectivamente, junto con la despenalización de las conductas homosexuales y el reconocimiento de un estatuto familiar idéntico, entre parejas homosexuales y heterosexuales, entre los avances más significativos en el camino hacia la igualdad. Además, este último, la equiparación de estatutos familiares es necesaria para garantizar la prohibición de discriminación laboral. Sólo el reconocimiento de un estatuto familiar idéntico o equiparable, entre familias homoparentales y heterosexuales, (matrimonio o uniones civiles equiparables y adopción de menores) puede garantizar que la tutela antidiscriminatoria en el ámbito laboral sea real, como presupuesto necesario para el acceso a determinados derechos laborales y de Seguridad Social, vinculados al derecho de familia².

En todo caso, debe destacarse que la tutela antidiscriminatoria del colectivo LGTBI, en el mundo del trabajo, se inserta en el marco de un tardío reconocimiento en la agenda política y normativa de la prohibición de discriminación por orientación e identidad sexual a nivel internacional, en la UE y en España. El tratamiento jurídico e incluso político de la tutela antidiscriminatoria del colectivo LGTBI no se inicia prácticamente hasta este siglo XXI. Baste recordar que no encontramos en la agenda de la ONU referencia alguna, hasta que, en 2003, Brasil presentara al Consejo de Derechos Humanos un proyecto de resolución sobre derechos humanos y orientación sexual, que sería retirado ante la falta de acuerdo. E igualmente, en el seno de la OIT, será en el Informe global sobre la igualdad laboral del año 2007, la

1. Efectivamente, la igualdad de derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, transexuales e intersexuales (LGTBI) es una demanda histórica del rico tejido asociativo LGTBI. En Estados Unidos en los años sesenta del siglo XX los grupos de liberación homosexual (*gay Liberation Group*) actuarían como grupo de presión. En España la primera organización de defensa de los derechos de la comunidad LGBT fue en 1970 el Movimiento Español de Liberación Homosexual (MELH), inicialmente llamado Agrupación Homófila para la Igualdad Sexual (AGHOIS). Amich Elías, 2007, 199-219.

2. En España, el matrimonio igualitario se alcanzaría con Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, si bien, el camino hacia el reconocimiento del matrimonio homosexual encontraría su origen en el previo desarrollo de los registros autonómicos y locales de uniones de hecho, Rey Martínez, 2005, 111-156.

primera vez que la Secretaría General incluya la cuestión de la discriminación por razón de la orientación sexual³.

Pues bien, hasta la fecha, la principal fuente de esta tutela antidiscriminatoria en el mundo del trabajo es la Directiva 2000/78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que, aunque constituya el primer desarrollo normativo de la tutela antidiscriminatoria por razón de orientación sexual, no es un desarrollo específico, pues aborda distintas causas de discriminación en el empleo y la ocupación. Junto con esta norma, el avance en los derechos laborales y de protección social ha sido posible gracias a la evolución de la doctrina del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) relativa a los derechos de las familias homoparentales. En España, la trasposición de la Directiva ha asegurado la protección jurídica de la prohibición de discriminación por orientación sexual en el empleo y el trabajo, que la doctrina constitucional ha extendido a la prohibición de discriminación por identidad sexual⁴. En estos momentos, además, está en fase de proyecto una norma integral sobre la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

Sin embargo, como se señalara desde la OIT en 2012, en los resultados del proyecto PRIDE (sobre la discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidad de género), incluso cuando la protección jurídica está en vigor, la realidad es que muchos trabajadores y trabajadoras LGBT siguen enfrentando situaciones de discriminación, e incluso de acoso en el trabajo; lo que lleva a que muchas personas oculten su orientación sexual o se encaminen a sectores con un entorno laboral más tolerante.

Por tanto, con carácter previo al estudio del marco normativo y de su aplicación por los órganos judiciales es preciso analizar la realidad y caracteres de la discriminación de las personas LGTBI, en el acceso al empleo y las condiciones de trabajo, pues solo así podremos testar la adecuación del actual marco normativo y, sobre todo, de la proyectada norma general a nivel estatal para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

3. Informe global del Director General de la OIT, La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean, Ginebra, 2007.

4. Se habla de orientación sexual para hacer referencia a una manifestación de la sexualidad del individuo que alude al objeto de los deseos sexuales o afectivos. La identidad sexual y/o de género se define como 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 pudiendo 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 (art. 3c) Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares en Andalucía).

2. LOS RASGOS DE LA DISCRIMINACIÓN LABORAL

Hasta la fecha, son limitados y relativamente recientes los análisis relativos a la discriminación de las personas LGTBI en el trabajo. En un estudio del Instituto de la Mujer y para la Igualdad de oportunidades de 2017⁵ se pondría de relieve que, bajo las siglas LGBT⁶, existen realidades muy diversas, y que, en el ámbito laboral, se reproduce la diferente visibilidad y normalización que gays, lesbianas, bisexuales o transexuales muestran en la esfera social global. En concreto, la percepción sobre la discriminación hacia las personas trans resultaría especialmente significativa⁷. Pues bien, de este estudio considero necesario destacar la idea presente en los grupos y entrevistas, de que la discriminación se debe a la presencia minoritaria de “perfiles homófobos”. Un porcentaje reducido, en torno a un 4-6% de individuos de cualquier organización, tiene la potencialidad de generar situaciones de discriminación hacia las personas LGBT. En espacios limitados, o reducidos como son los laborales, solo con que exista un individuo homófobo existe riesgo de sufrir situaciones de discriminación. Por lo que se refiere a los rasgos más destacados de esta discriminación, en primer lugar, el “ocultamiento preventivo” ante el temor a sufrir alguna situación discriminatoria es, sin duda, la principal manifestación de la no normalización de la diversidad sexual en el trabajo. En segundo lugar, la auto segregación, (hacia determinados sectores productivos que, por sus características, son más amigables con orientaciones de género LGBT) también determina la invisibilidad de la discriminación por esta causa.

En 2020, un estudio de la UGT sobre la discriminación LGTBI⁸ aportaría datos relevantes sobre esta discriminación y la escasez de herramientas para combatirla. Por ejemplo, las encuestas realizadas muestran que las personas trabajadoras LGTBI sufren algún tipo de violencia verbal (40%) y la han presenciado (75%) y 4 de cada 10 aseguran haber vivido alguna agresión personalmente o hacia otra persona LGTBI. Especialmente preocupante es la situación de las personas trans, pues un 20 por 100 afirman haber sufrido violencia sexual. Por lo que respecta al empleo, los datos también son significativos, el 90 por 100 consideran un inconveniente ser persona

5. IMIO, 2017, “Las personas LGTB en el ámbito del empleo en España: Hacia espacios de trabajo inclusivos con la orientación sexual e identidad y expresión de género”.

6. El alcance de esa diversidad nos conduce directamente a las siglas LGTBI, siglas que identifican, a nivel internacional, a los hombres y mujeres homosexuales lesbianas o gays (LG), transexuales, transgénero y travestis (T), bisexuales (B) e intersexuales (I), incluyéndose en ocasiones en esas siglas también la Q, de la posición queer, y un símbolo+, que dejaría abierta la denominación colectiva a otras aproximaciones a la cuestión de la identidad sexual.

7. La percepción social es que la situación de gays, lesbianas o bisexuales es diferente de la que sufren las personas trans, percepción que es coincidente con la vivencia de los interlocutores de la investigación realizada.

8. Abad, y Gutiérrez, 2020.

LGTBI para encontrar empleo y el 86 por 100 considera necesario ocultarlo, por lo que existe una amplia percepción sobre las menores oportunidades laborales de personas LGTBI (casi el 75%) y las personas trans sufren una tasa de desempleo mucho mayor, casi del doble de la media del colectivo. Finalmente, también resulta relevante que más de la mitad de las personas LGTBI encuestadas desconocen la existencia de protocolos laborales de protección.

A nivel de la Unión Europea, la Agencia por los Derechos Fundamentales (FRA) en un estudio de 2020⁹ aporta datos contundentes, pues un cuarto de los entrevistados ocultaba en el trabajo que era LGTBI, (si bien aquellos que hablaban de ello con los compañeros de trabajo se sentían menos discriminados que aquellos que no lo hacían); el 21% declaró haber sufrido algún trato basado en prejuicios, en el trabajo, el doble de aquellos que declararon que fue durante la búsqueda de empleo cuando se produjo esta situación. Nuevamente, las personas trans (35%) e intersexuales (32%) sufrieron, en mayor número un trato discriminatorio¹⁰.

En consecuencia, los anteriores estudios muestran que tanto a nivel social, como dentro del colectivo LGBT, existe conciencia de que el espacio laboral sigue mostrándose como un espacio hostil para las personas LGBT y, de forma muy especial, para las personas trans. Se trata de una causa de discriminación en el trabajo que se manifiesta al igual que en la sociedad, con diversa intensidad en relación con las personas de estos colectivos. Una realidad diversa, dentro de los diversos colectivos, en la que las personas trans sufren peores cifras, tanto en el acceso al empleo, como en relación con el acoso y la violencia en el trabajo. Una forma de discriminación de las personas LGTBI con rasgos propios, como son el ocultamiento preventivo, la auto segregación, y la LGTBI fobia, que determina altas dosis de violencia en el trabajo.

Desde el conocimiento de estos rasgos de la discriminación se analizará el marco normativo y su aplicación judicial. Y como podemos ya adelantar los rasgos propios de estas formas de discriminación contrastan con la inexistencia de instrumentos *ad hoc* de tutela antidiscriminatoria, tanto en la Directiva 2000/78 como en la normativa de trasposición a nuestro derecho interno. Ello evidencia, a mi juicio, la exigencia, desde la perspectiva jurídico laboral, de una mayor construcción dogmática de la prohibición de discriminación por orientación e identidad sexual¹¹. Las

9. FRA, European Union Agency for Fundamental Rights, 2020, A long way to go for LGBTI. Esta Agencia ha venido publicando el EU LGBT survey, una serie de encuestas, que desde 2014 sirve de inspiración y diagnóstico preliminar de las posteriores actuaciones de la Comisión.

10. La tasa de ocupación de las personas trans es mucho menor a la del resto de grupos, si la media general en la UE era del 69%, la tasa para personas trans solo era del 51% según el estudio de la Comisión Europea en 2020, Legal gender recognition in the EU.

11. Incluso se aprecia en esta fase una evolución terminológica, por ejemplo, desde el concepto de “identidad de género” a “identidad sexual”. Así, Salazar Benitez, que había utilizado en 2015 la expresión “identidad de género”, (“La identidad de género como derecho emergente”, Revista de Estudios Políticos, 169) en 2019 afirma que “es menos confuso hablar de identidad sexual” (El derecho a

insuficiencias detectadas serán el marco de análisis del anteproyecto de ley, para comprobar si este cumple las exigencias que demanda la tutela antidiscriminatoria de las personas LGTBI. Así podríamos, por ejemplo, enumerar, entre estas exigencias a la futura Ley estatal de igualdad LGTBI, la incorporación de medidas de tutela preventiva, de acciones informativas y formativas en la empresa, la inclusión de la LGTBI fobia entre los riesgos sicosociales en el trabajo o la obligatoriedad de Protocolo anti-acoso y Plan de Igualdad específicos.

3. MARCO NORMATIVO DE LA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA LABORAL

Desde una perspectiva internacional, hemos de hacer referencia en el marco de la ONU a los Principios de la Conferencia de Yogyakarta (Indonesia) en 2006, cuyo 12º principio establece el derecho de toda persona a no ser discriminado en el trabajo, por su condición sexual o de género, a percibir los mismos salarios y a disfrutar de las mismas condiciones laborales, oportunidades de promoción y protección frente al desempleo, dejando en manos de los Estados eliminarlas barreras a este derecho. En segundo lugar, resulta necesario hacer referencia a la favorable evolución de la doctrina judicial del TEDH, aplicando los artículos 8, 10 y 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), en la tutela antidiscriminatoria (sobre la base del respeto a la vida privada, a los derechos familiares y a la publicidad de la orientación sexual); aunque no exista referencia expresa a la prohibición de discriminación por orientación o condición sexual en el citado Convenio de 1950. Y, finalmente, también debemos recordar que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 2000, prohíbe ya la discriminación por razones de orientación sexual, dentro de una cláusula abierta de prohibición de la discriminación que se formula (art. 21).

A nivel de la UE, con base en la prohibición de discriminación del actual artículo 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹², es la Directiva 2000/78/CE, de 27 noviembre 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y en la ocupación, la que desarrolla, como ya hemos indicado, la prohibición de discriminación, si bien solo referida a la orientación sexual, y sin referencia alguna a la identidad o condición sexual (artículo 1).

Como se constata, la orientación sexual se identifica como elemento de la diversidad sexual antes que la identidad sexual en sentido estricto, de modo que la

la identidad sexual de las personas menores de edad. Comentario a la STC 99/2019, de 18 de julio de 2019. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 32).

Sobre los dilemas del concepto “género”, vid. Balaguer Callejón, 2021 y Rodríguez Magda, 2019.

12. El Tratado de Ámsterdam de 1997 incluyó la prohibición de discriminación por orientación sexual, en el entonces art. 13 del Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas.

homosexualidad es la cuestión que se aborda primero, por la tutela antidiscriminatoria; dando paso después al resto de reivindicaciones de personas del colectivo LGTBI. Y ello es así, en la normativa de la Unión Europea, aunque, paradójicamente, el Tribunal de Justicia pudo tutelar antes por razón de identidad que, de orientación sexual, al encontrar acomodo en la normativa relativa a la discriminación por razón de sexo, a la vista de la jurisprudencia del TJUE. En efecto, la necesidad de tutela frente a la discriminación por orientación sexual resulta de la doctrina de la sentencia Grant de 1998¹³, en la que el TJCE reconoció la desprotección de las discriminaciones fundadas en la orientación sexual dado que, a diferencia de lo que sucedía con la transexualidad¹⁴, la discriminación por razón de sexo no la abarcaba¹⁵. El TJUE en la citada sentencia Cornwall de 1996, relativa a despido de una persona transexual, declaró que la extinción del contrato de trabajo constituía una discriminación por razón de sexo: “un trato desfavorable frente a las personas del sexo al que se consideraba que pertenecía antes de la operación”; lo que tal vez pueda evidenciar la sensibilidad del Tribunal de Justicia hacia las cuestiones de discriminación por razón de identidad sexual¹⁶.

Pues bien, analizaremos a continuación la Directiva 2000/78, a los efectos de determinar la adecuación del contenido de la prohibición de discriminación por orientación sexual a los rasgos identificados con anterioridad, al igual que el avance al respecto que pueda introducir la Estrategia Europea para la igualdad LGTBIQ en el ámbito laboral.

3.1. La Directiva 2000/78 y la prohibición de discriminación por orientación sexual

La Directiva 2000/78 garantiza la ausencia de discriminaciones directas e indirectas, en el empleo y la ocupación¹⁷, entre otras causas, por orientación sexual. Existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por este motivo y existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una orientación

13. STJCE de 17 de febrero de 1998, (C-249/96).

14. STJCE de 30 de abril de 1996 P.K., Cornwall, (C-13/94).

15. En igual medida, la STJCE de 31 mayo 2001 (Suecia contra Consejo de la Unión Europea) negó, en un asunto sobre complemento retributivo por cargas familiares, que las parejas de hecho inscritas como tales conforme a la legislación nacional sean equiparables al matrimonio, sin apreciación de discriminación por razón de la orientación sexual.

16. Por tanto, se afirmaría que “el sexo deja de ser un factor meramente biológico, para convertirse en una condición sociológica con relevancia para el Derecho”: Rivas Vañó, 2001, 196.

17. Definidos ampliamente en el art. 3 el ámbito del empleo y la ocupación a la que se extiende la prohibición de discriminación.

sexual determinada, respecto de otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios. Finalmente, el acoso se define como un comportamiento no deseado relacionado con la orientación sexual, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo (art. 2). La Directiva admite en términos generales como justificación de una discriminación directa la cuestión relativa a un requisito profesional esencial y determinante, es decir, cuando una característica relacionada con un motivo prohibido de discriminación, por la naturaleza de la actividad profesional o su contexto, sea un requisito esencial y determinante (art.4). Igualmente, en la Directiva 2000/78 se admiten las medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de orientación sexual, con el fin de garantizar la plena igualdad en la vida profesional (art. 7) y la traslación de la carga de la prueba (art. 10)¹⁸.

Como puede constatarse, la Directiva 2000/78 no contiene ninguna regla específica para la discriminación por razón de orientación sexual, como sí la contiene, por ejemplo, para la discriminación por razón de religión, por discapacidad o por edad. Los conceptos de discriminación directa, indirecta y acoso son los generales, así como la cuestión referente al requisito profesional esencial y determinante, las medidas de acción positiva y todo lo referido a recursos y cumplimiento¹⁹.

Sin embargo, como podrá comprobarse por la aplicación judicial, la discriminación preponderante en este ámbito es la directa, frente a la indirecta, a diferencia de lo que acontece en el terreno de la discriminación por razón de sexo. El acoso por orientación sexual, como ha podido verificarse en los análisis de encuestas antes analizados, puede resultar una situación relativamente común. De hecho, la doctrina judicial de otros países, como es el caso de EE. UU. alerta sobre el número de supuestos en los que las personas transexuales sufren esta forma de discriminación²⁰, lo que contrasta con la ausencia de supuestos sobre acoso laboral en nuestra jurisprudencia. De otra parte, la admisión de requisitos profesionales esenciales para justificar discriminaciones directas en el empleo no tiene aplicación en relación con la orientación sexual, frente a otros motivos vedados como el sexo, o, sobre todo, la edad, religión o convicciones, con un tratamiento específico en la Directiva 2000/78. En definitiva, de un lado, la falta de cualquier regulación específica en relación con la prohibición de discriminación, por razón de orientación sexual, contrasta con los especiales

18. La Directiva 2000/78 es parcialmente deudora de las elaboraciones comunitarias sobre igualdad de trato entre mujeres y hombres (también en el ámbito del empleo y la ocupación); incorporando los conceptos de discriminación directa e indirecta o la inversión de la carga de la prueba, que ya contaba con regulación específica en el terreno de la prohibición de discriminación para razón de sexo.

19. Gómez Fernández, 2018, 3.

20. Cabeza Pereiro y Lousada Arochena, 2014, 69.

rasgos con que se manifiestan las diversas formas de discriminación por esta causa y, de otro, es precisa la garantía normativa de la prohibición de discriminación por identidad sexual.

Por ello, en una mirada de futuro, hemos de valorar, aunque situada en la política de la Unión, la Estrategia Europea sobre la igualdad LGBTIQ²¹, dirigida, a nivel laboral, a promover la inclusión y la diversidad en el centro de trabajo (apartado 1.2) pues, más allá de que se prohíba la discriminación, se afirma, unos entornos de trabajo diversos e inclusivos propician la igualdad de oportunidades en el mercado laboral y contribuyen a que las empresas obtengan mejores resultados. Se parte pues de la idea, tan extendida en materia de igualdad y gestión de la diversidad, de la correlación existente entre la inclusión de las personas LGBTIQ y el rendimiento de los activos, la innovación y la productividad. La Comisión promueve la gestión de la diversidad a través de la Plataforma de la UE sobre las Cartas de la Diversidad²², actualmente, integrada por veintiséis cartas nacionales de la diversidad, que representan una red de alrededor de doce mil organizaciones, con más de dieciséis millones de personas empleadas²³.

Finalmente, y profundizando en las insuficiencias de la regulación comunitaria, hemos de recordar que la Directiva 2000/78, de conformidad con su considerando 22, ha de entenderse “sin perjuicio de la legislación nacional sobre el estado civil y de las prestaciones que dependen del estado civil”. Consecuentemente, ello ha determinado obstáculos a la igualdad, en el acceso a derechos laborales y a derechos de protección social, que exige la equiparación de estatutos jurídicos, entre parejas homosexuales y heterosexuales. De esta forma, como se comprobará, la diferencia entre familias se alza entre las dificultades jurídicas para la aplicación plena del principio de no discriminación por razón de orientación sexual. Veamos ahora la evolución de la doctrina del Tribunal de Justicia sobre este tema y, a continuación, desde una perspectiva general, las resoluciones más importantes sobre tutela del colectivo LGTBI, en el ámbito laboral.

21. Por lo que se refiere a Estrategias para la Igualdad LGTBI, en nuestro país, hemos de destacar que se ha presentado la Estrategia Valenciana para la Igualdad LGTBI 2022-2027.

22. En nuestro país, la carta de la diversidad fue lanzada en marzo de 2009 por el Instituto Europeo para la Gestión de la Diversidad y la Fundación Alares con el apoyo del Ministerio de Igualdad de Oportunidades de España. Los signatarios superan las 1300 empresas.

23. En segundo lugar, la Comisión promoverá el uso del Fondo Social Europeo Plus (FSE+)³⁷ con el fin de mejorar la situación socioeconómica de las personas LGBTIQ más marginadas. En tercer lugar, recopilará información sobre los obstáculos para la plena igualdad, en el ámbito laboral y de la protección social, para el desarrollo de orientaciones dirigidas a los Estados y las empresas dirigidas a reforzar y mejorar la participación de las personas trans e intersexuales en el mercado laboral. Finalmente, la Comisión fomentará el intercambio de las mejores prácticas entre los Estados miembros y, con ayuda de la FRA, proporcionará datos fiables y comparables sobre este aspecto.

3.2. Jurisprudencia europea sobre la tutela antidiscriminatoria laboral de las personas LGTBI

Como ya hemos destacado, desde que la Sentencia Grant de 1998 evidenciara la necesidad de una normativa comunitaria sobre la tutela antidiscriminatoria por orientación sexual²⁴, la doctrina del Tribunal de Justicia ha evolucionado en favor de la tutela de los derechos de las personas LGTBI. A partir de Directiva 2000/78 y la Sentencia Maruko de 2008²⁵, el Tribunal asume una posición que, progresivamente, será cada vez más garantista. En las Sentencias Maruko de 2008 y Römer de 2010, el Tribunal de Justicia afirmará que la denegación de pensiones a las parejas registradas, cuando se concedían en caso de matrimonio, era constitutiva de una discriminación directa por orientación sexual, siempre y cuando matrimonio y pareja de hecho se encontraran en situación comparable²⁶. En un sentido similar, en la también relevante Sentencia Hay de 2013²⁷ se ha considerado discriminación directa la denegación a las personas homosexuales (inscritas como parejas de hecho) de un permiso y una prima por matrimonio, regulados en el convenio colectivo aplicable.

La sentencia Hay de 2013 implicaría un importante avance en la doctrina del TJUE porque, a partir de este momento, la negación del matrimonio homosexual va a derivar, como mínimo, en una presunción de asimilación de este a las uniones de hecho homosexuales²⁸. Para el Tribunal es una discriminación directa reservar para el matrimonio el derecho a ventajas en la remuneración o en las condiciones de trabajo (permiso y prima por matrimonio), cuando en ese Estado el matrimonio sólo es posible entre personas de distinto sexo. Y esa similitud o analogía al matrimonio deriva, precisamente, de que la pareja de hecho era la única posibilidad de unión legal

24. La STJCE de 31 mayo 2001, Suecia contra Consejo de la Unión Europea (2001\152), negó en un asunto sobre complemento retributivo por cargas familiares, que las parejas de hecho inscritas como tales conforme a la legislación nacional sean equiparables al matrimonio, sin apreciación de discriminación por razón de la orientación sexual, en tanto que lo realmente importante es la naturaleza del vínculo jurídico que les une.

25. STJCE de 1 abril 2008, Tadao Maruko contra Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen, (C-267/06), relativa al acceso a la pensión de viudedad.

26. En la Sentencia de 10 mayo 2011, Römer, (C-147/08), la controversia se refería a una pensión de jubilación complementaria que se abonaba en mayor cuantía en caso de matrimonio. Los razonamientos jurídicos se centran en particular en comparar la situación de matrimonio con la de pareja de hecho registrada. Sin que sean necesariamente idénticas, han de ser, a juicio del Tribunal, al menos análogas. Todos estos pronunciamientos se producen sin perjuicio de que el Tribunal reconozca que el estado civil de las personas es una competencia de los Estados miembros y no de la Unión Europea. Un caso en el que no se observó discriminación directa (igual trato entre matrimonio y unión civiles) ni tampoco indirecta: Sentencia Parris, de 24 noviembre 2016 (C-443/15).

27. STJUE de 12 diciembre 2013, Frédéric Hay contra Maritime et des Deux-Sèvres, (C-267/12).

28. Benavente Torres, 2019, 42-43.

a disposición de las parejas del mismo sexo, con lo que, respecto de este colectivo, sí son situaciones comparables.

Es importante que, en todos estos casos, la discriminación se calificara como directa y no como indirecta, pues por tal motivo no cabe justificación alguna.

Se trata por lo demás de una evolución que también es apreciable en la doctrina judicial del TEDH que, abandonando la doctrina Mata Estévez de 2001²⁹, aprecia la existencia de una discriminación fundada en la orientación sexual, contraria a los arts. 8 y 14 y 53 del CEDH, cuando, conforme a la legislación interna aplicable al Estado, voluntariamente, se hayan creado derechos adicionales, que caigan en la esfera de dicho Convenio; en tal caso, salvo que concurra una justificación suficiente (solo admisible en términos muy restrictivos), no cabe establecer diferencias fundadas en la orientación sexual. El TEDH, aun cuando no impone el matrimonio, admite que el derecho a contraer matrimonio quedaría amparado por el art. 12 del CEDH y el art. 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales, si el Estado firmante lo admitiese y considera “artificial mantener el planteamiento de que, a diferencia de las parejas de distinto sexo, las del mismo sexo no pueden disfrutar de vida familiar a los efectos del artículo 8”³⁰. En definitiva, según este Tribunal, si bien los Estados si regulan tales parejas de hecho, gozan de un cierto margen de apreciación, no estando obligados a otorgarles el mismo estatus que el matrimonio; estas diferencias no pueden ser sustanciales, siendo el ámbito más problemático el de las relaciones paternofiliales³¹.

Así pues, el Tribunal de Justicia afirma actualmente, en su jurisprudencia consolidada, que los Estados miembros no están obligados a contemplar la institución del matrimonio entre personas del mismo sexo en su Derecho nacional³², toda vez que, en lo tocante al matrimonio, es preciso constatar que hoy en día no existe un consenso dentro de la Unión según el cual esta diferencia de trato no pueda justificarse³³. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha declarado que de la jurisprudencia

29. La STEDH, de 10 de mayo de 2001, Mata Estévez c. España, declaró que los Estados firmantes pueden establecer un régimen distinto para el matrimonio y para las parejas de hecho, y limitar aquél a las relaciones heterosexuales frente a las homosexuales, con las consecuencias que ello implica a efectos de acceder a la pensión de viudedad) sin vulnerar el art. 8 y 14 CEDH. Es más, en la sentencia admite un margen de apreciación del Estado tan amplio que alcanza a consagrar un trato diferente a efectos de pensión de viudedad entre las parejas de hecho heterosexuales que no pudieron casarse y las homosexuales.

30. STEDH de 22 enero 2008, E.B. contra Francia (2008\4: si pueden adoptar los solteros, pueden adoptar también los solteros homosexuales; STEDH de 24 julio 2003, Karner (2003\50) relativa a la subrogación en contrato de alquiler de la vivienda. STEDH de 7 de noviembre de 2013, Vallianatos y otros: equiparación de derechos entre las parejas de hecho heterosexuales, si están reguladas, y homosexuales.

31. STEDH de 24 junio 2010, Schalk and Kopf contra Austria.

32. Sentencias de 24 de noviembre de 2016, Parris (C-443/15), apartado 59, así como de 5 de junio de 2018, Coman y otros (C-673/16), apartado 37.

33. Conclusión 122 de la Abogada General en el Caso V.M.A. contra Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo», STJUE de 14 de diciembre de 2021 (C-490/20).

del TEDH³⁴ resulta que la relación que mantiene una pareja homosexual puede estar comprendida en el concepto de “vida privada” y en el de “vida familiar”, del mismo modo que la de una pareja heterosexual, que se encuentre en igual situación³⁵.

Finalmente, hemos de recordar otras sentencias del Tribunal de Justicia que han declarado la existencia de discriminación por orientación sexual en el acceso al empleo³⁶ o de discriminación en relación con la libertad de expresión en materia de empleo³⁷, así como alguna sentencia relevante en este tema del TEDH³⁸.

3.3. Marco normativo laboral en España

La tutela antidiscriminatoria de las personas LGTBI encuentra amparo en el art. 14 CE, pues la doctrina del Tribunal Constitucional, como se sabe, ha incluido, tanto la orientación sexual como la identidad sexual, entre las causas vedadas de discriminación del art. 14 CE. Unas causas que identifican diferenciaciones históricamente muy arraigadas, que han colado a sectores de población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) y que no están tasadas, al prohibir el citado art. 14 CE la discriminación por cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Así, hemos de señalar la STC 41/2006, de 13 de febrero, sobre prohibición de despido discriminatorio por razón de orientación sexual y la STC 176/2008, de 22 de diciembre, sobre prohibición de discriminación por identidad sexual, en un supuesto de negación o recorte indebido de derechos familiares a quien se define como transexual.

34. Que ha afirmado que la existencia de una «vida familiar» es una cuestión de hecho que depende de la realidad práctica de vínculos personales estrechos y que la posibilidad de que un progenitor y su hijo estén juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar: STEDH, de 12 de julio de 2001, K. y T. c. Finlandia (apartados 150 y 151).

35. Sentencia de 5 de junio de 2018, Coman y otros, (C-673/16), apartado 50 y jurisprudencia citada.

36. STJUE de 25 abril 2013, Asociața ACCEPT contra Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării, (asunto C-81/12) al negársele un puesto a un futbolista del que se especulaba sobre su homosexualidad, situación que además fue defendida en los medios de comunicación por el propio directivo del equipo deportivo y aunque las declaraciones homófobas en materia de contratación sean realizadas por alguien que, desde un punto de vista jurídico, no ostenta capacidad alguna de contratación.

37. STJUE de 23 abril 2020, NH/Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI, Rete Lenford (C-507/18). Vulnera la Igualdad de trato en el empleo y la ocupación las declaraciones públicas efectuadas por una persona según las cuales su empresa (despacho de abogados) nunca contrataría a una persona homosexual. Es irrelevante que no esté en marcha un proceso de selección, o que la persona que realiza dichas declaraciones no tenga la capacidad necesaria para definir la política de contratación de personal, siempre que el vínculo entre tales declaraciones y las condiciones de acceso al empleo y al ejercicio profesional no sea meramente hipotético. El derecho a la libertad de expresión está sometido a ciertos límites, como es garantizar el principio de igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

38. El TEDH consideraría contrario al Convenio, por falta de proporcionalidad, la prohibición absoluta de la presencia de homosexuales en el ejército: Sentencias Smith y Grady contra el Reino Unido, y Lustig-Prean y Beckett c/Reino Unido, ambas de 27 de septiembre de 1999.

Más concretamente, la trasposición de esta Directiva 2000/78 se produjo, como se sabe, a través de la Ley 62/2003, de 30 diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, en concreto en sus artículos 34 a 43, los cuales, además de establecer algunos principios generales, han modificado normas laborales básicas, introduciendo la prohibición de discriminación por orientación sexual, en los términos que se verán a continuación.

En el Estatuto de los Trabajadores³⁹ se reconoce así el derecho de los trabajadores a no ser discriminados, directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razón de orientación sexual (art. 4.c) ET) y a su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de orientación sexual (art. 4.e) ET). Igualmente, declara la nulidad de los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de orientación o condición sexual (art. 17 ET). Finalmente, el ET considerará incumplimiento contractual causante de despido disciplinario el acoso por razón de orientación sexual al empresario o a las personas que trabajan en la empresa (art. 54.2.g) ET)⁴⁰.

Además, la tutela antidiscriminatoria de las personas LGTBI está presente en el Estatuto de los Trabajadores en el régimen jurídico de los derechos de conciliación entre la vida familiar y laboral, pues los derechos de suspensión contractual por nacimiento y cuidado de hijos e hijas se configuran como un derecho de los progenitores (art. 48). En principio, pues nuestro régimen jurídico sobre conciliación entre la vida laboral y familiar pretende ser igualitario, cualquiera que sea el modelo de familia.

La Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS)⁴¹ considera que son infracciones muy graves, las discriminaciones empresariales directas o indirectas en condiciones de trabajo (retribuciones, jornadas, formación, promoción) por orientación sexual, así como las decisiones del empresario de represalia ante acción judicial de igualdad (art. 8.12 LISOS); la solicitud de datos personales en procesos de selección o el establecimiento de condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio: discriminaciones acceso al empleo por motivos de orientación sexual (art. 16.1.c) LISOS); y el acoso por razón de orientación sexual, (dentro del ámbito de

39. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

40. El Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), también incorpora, como derechos de los empleados públicos, el del respeto de su orientación sexual, especialmente frente al acoso sexual y por razón de sexo; y el derecho a la no discriminación por razón de género, sexo u orientación sexual. Vid art. 14, art. 53 y art. 95, EBEP).

41. Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Aprobada por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

las facultades empresariales, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo y que, conocido no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo) (art. 8.13 bis LISOS).

Finalmente, por lo que respuesta a la tutela jurisdiccional de la prohibición de discriminación por orientación e identidad sexual, la Ley Reguladora de la Jurisdicción social (LRJS)⁴² establece el procedimiento de protección de los derechos fundamentales para las demandas de tutela relacionadas con la prohibición de tratamiento discriminatorio y con la existencia de acoso (art. 177 LRJS). Además, esta ley prevé que si en un proceso laboral se haya suscitado una cuestión de discriminación por razón orientación sexual, el juez o tribunal podrá recabar el dictamen de los organismos públicos competentes: (art. 95.3 LRJS) así como la inversión de la carga de la prueba, pues, en caso de indicios fundados de discriminación por razón de orientación o identidad sexual, el demandado habrá de acreditar, como se sabe, una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad (art. 96.1 LRJS). En el citado art. 69.1 LRJS se alude, acertada y expresamente, junto a la discriminación por orientación a la discriminación por razón de identidad sexual.

Además, en un marco general, la tutela antidiscriminatoria de las personas LGTBI ha tenido como protagonistas a las diversas leyes que, desde 2002, han ido promulgándose en las Comunidades Autónomas, dentro del ejercicio de sus respectivas competencias, dirigidas muchas de ellas, en particular, de protección de las personas transexuales⁴³.

Ahora bien, en materia laboral, la limitación de las competencias autonómicas implica que la tutela quede referida al ámbito de la promoción a través de políticas públicas, sin perjuicio de las competencias exclusivas en relación con el personal laboral de las Administraciones Autonómica y Locales. Como debe recordarse, la STC 159/2016, de 22 de septiembre⁴⁴ declararía que “solo el Estado tiene competencia para imponer a las empresas y a los representantes de los trabajadores el deber de prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo, debiendo limitarse las Comunidades Autónomas a adoptar, en el ejercicio de sus competencias de ejecución, las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento” (FJ 3).

Así por ejemplo, la Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares

42. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

43. Por ejemplo, podemos citar la Ley 14/2002 del Parlamento Vasco, la Ley Foral 12/2009 del Parlamento de Navarra, la Ley 2/2014 del Parlamento de Andalucía, la Ley 2/2014 del Parlamento de Galicia, la Ley 11/2014 de Cataluña, la Ley 12/2015 de Extremadura, la Ley 2/2016 de Madrid, la Ley 8/2016 de la Región de Murcia, la Ley 8/2016 de Baleares, la Ley 8/2017 de Valencia, la Ley 8/2017 de Andalucía, la Ley 4/2018, de 19 de abril, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad Autónoma de Aragón y la Ley 23/2018, de 29 de noviembre, de igualdad de las personas LGTBI.

44. Relativa a un recurso de inconstitucionalidad planteado contra la Ley del Parlamento de Cataluña 17/2015, de 21 de julio, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

en Andalucía, en cuanto a las medidas dirigidas a la Administración autonómica, incluye la promoción y defensa de la igualdad de trato en el acceso al empleo o una vez empleadas; el desarrollo de estrategias para la inserción laboral de las personas transexuales y transgénero; la prevención, corrección y eliminación de toda forma de discriminación por diversidad sexo genérica, en materia de acceso al empleo, contratación y condiciones de trabajo; la incorporación, en las convocatorias de ayudas y subvenciones de fomento del empleo, criterios de igualdad de oportunidades y especificar en las convocatorias de ayudas para la conciliación de la vida laboral y familiar, cláusulas que contemplen la heterogeneidad del hecho familiar; y la incorporación, a través de los agentes sociales en el ámbito de la negociación colectiva, medidas específicas de prevención de la LGTBI fobia en el ámbito laboral, todo ello en el marco de la normativa sobre prevención de riesgos laborales.

En cuanto a las medidas referidas al mundo empresarial establece, entre otras, impulsar la elaboración de planes de igualdad, siempre con carácter voluntario, así como de fomentar la implantación progresiva de indicadores de igualdad que permitan medir la verdadera inclusión de las personas LGTBI, de manera que se pueda reconocer a las empresas que destaquen por la aplicación de políticas de igualdad y no discriminación.

Pues bien, la valoración sobre el marco normativo en nuestro país confirma algunas de las insuficiencias ya detectadas en la Directiva 2000/78. Al haberse realizado una trasposición “de mínimos”, la tutela antidiscriminatoria laboral se limita, expresamente, solo a la causa de orientación laboral, sin perjuicio, que la labor de construcción llevada a cabo por la doctrina constitucional permitiría extender el amparo constitucional, ex art. 14 CE, a cualquier discriminación laboral por razón de identidad sexual. En segundo lugar, faltan instrumentos específicos de protección, atendiendo a los caracteres de la discriminación laboral por esta causa, que se manifiesta en dificultades de acceso al empleo, en especial de personas trans, en formas de LGTBI fobia y en diferencias de trato perjudiciales que determinan el ocultamiento y la auto segregación laboral.

3.4. Resoluciones judiciales sobre tutela laboral de personas LGTBI

En el apartado de los derechos civiles, matrimonio y adopción, cuya relevancia es conocida a efectos de acceso a derechos laborales y de prestaciones sociales, hemos de partir de recordar algunas declaraciones emblemáticas de relevantes sentencias, aun cuando no resuelvan casos suscitados en el orden laboral. En primer lugar, la STC 198/2012, de 6 de noviembre declararía que la Constitución no consagra la heterosexualidad como la base de la unión matrimonial⁴⁵. Y, en segundo lugar, hemos también de destacar la STC 93/2013, de 23 de abril que descartó la inidoneidad genérica

45. Recurso de inconstitucionalidad interpuesto frente a la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

de las parejas homosexuales para adoptar menores⁴⁶, pues como afirmará el TC “lo que en modo alguno resulta constitucionalmente admisible es presumir la existencia de un riesgo de alteración efectiva de la personalidad del menor por el mero hecho de la orientación sexual de uno u otro de sus progenitores”.

Ya más concretamente, hemos de recordar, un número importante de resoluciones relativas a la denegación de pensión de viudedad a la persona superviviente de parejas estables homosexuales, por no existir vínculo matrimonial, tras convivencia *more uxorio* y no existir, en aquel momento, posibilidad legal de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo. Se trata de sentencias que apelarían a la aplicación de la doctrina del TC y TEDH sobre el margen de apreciación del Estado y la configuración del régimen de prestaciones económicas de la Seguridad Social, otorgando un trato privilegiado a la unión familiar constituida por hombre y mujer frente a una unión homosexual⁴⁷.

Ciertamente tenía razón el voto particular de las citadas SSTC 92 y 93/2014, firmado por cuatro magistrados, pues la discriminación existe en la medida en que, hasta la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, el matrimonio no era factible entre personas del mismo sexo, con la consecuente imposibilidad de que las uniones de hecho formadas por personas del mismo sexo pudieran cumplir con el requisito determinante del nacimiento de la prestación de Seguridad Social. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la Sentencia *Tomás Aldeguer c. España*, de 14 de junio de 2016, se instalaría de nuevo, en el ámbito del margen de apreciación estatal para la homologación del estatuto matrimonial entre las personas, independientemente de su orientación sexual.

Una solución más favorable a los derechos de personas LGTBI, han alcanzado las sentencias que declararían la existencia de una discriminación por orientación sexual, cuando el acceso a la pensión de jubilación estaba condicionado por la exigencia de hijos comunes como requisito para las parejas de hecho. Así se ha declarado discriminatorio (por cualquier condición personal, familiar o social) que la pensión de viudedad de parejas de hecho estables (tanto homosexuales como heterosexuales) sea sometida al requisito de que la persona causante y beneficiaria hayan tenido hijos comunes para el cobro de la prestación. Se trata de una exigencia de muy difícil o imposible cumplimiento para las parejas homosexuales, lo que conllevaría una diferencia de trato desfavorable por causa de la orientación sexual, que no responde a una finalidad objetivamente justificada⁴⁸.

46. Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Foral de Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables.

47. SSTC 92/2014 de 10 junio; 93/2014 de 12 junio. 98/2014 de 23 junio; 115/2014 de 8 julio; 116/2014 de 8 julio; 124/2014 de 21 julio; 157/2014 de 6 octubre.

48. Por ello, la STC 41/2013, de 14 de febrero, declararía la inconstitucionalidad de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre y la STC 81/2016 de 25 abril, la

Finalmente, hemos de recordar algunas decisiones judiciales relevantes sobre decisiones empresariales, fundamentalmente de despido, impugnadas por su eventual violación de la prohibición de discriminación por orientación sexual. En ellas, lo relevante, a efectos de declarar la nulidad o no de las decisiones empresariales impugnadas, ha sido la valoración de las reglas sobre inversión de la carga de la prueba, que rigen en estos procedimientos. Así, no han estimado la alegada discriminación por razón de orientación sexual⁴⁹, aquellas que han destacado falta de indicios sobre la alegada discriminación⁵⁰ y las que han entendido justificada la decisión de despido, dada la gravedad de la conducta infractora⁵¹. En otros supuestos sí se ha cumplido la carga probatoria y el órgano judicial ha declarado la nulidad del despido discriminatorio⁵² o la concurrencia de una discriminación múltiple por orientación sexual y libertad ideológica⁵³.

inconstitucionalidad de la letra c) de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2008, que establecía idéntico requisito para acceder a la pensión de viudedad para el régimen de clases pasivas del Estado.

49. Sentencia TSJ Madrid de 31/1/2016 (Rec. 809/2015). El despido del trabajador se produce tras haber mantenido relaciones íntimas con un usuario del centro del que era director. La empresa alega solo la pérdida de confianza y la divergencia de criterios de gestión y la Sala concluyó que no podía establecerse que la homosexualidad fuese motivo de su despido y, por tanto, no se reconoció la nulidad de este.

50. STJS de Madrid de 29/6/2007 (Rec. 280/2007). Una empleada, despedida por un descuadre en los ingresos que debía realizar en la caja, diariamente, alega que el verdadero motivo fue su homosexualidad, conocida en la empresa. El Tribunal no encuentra un lazo causal entre la sexualidad de la empleada y su despido pues se requiere una mínima actividad probatoria para poder proceder a la inversión de la carga de la prueba como dicta la jurisprudencia constitucional. Además, las alegaciones técnicas realizadas por la empresa si están probadas.

51. STSJ Madrid de 30/1/2006 (Rec. 5042/2005). El trabajador fue despedido por hacer un mal uso del ordenador de empresa durante el horario laboral, en concreto por acceder a páginas de contactos dirigidas a un público homosexual. Aunque fue la única persona despedida por acceder a internet en su horario laboral mientras que otros compañeros, que hicieron mal uso solo recibieron una amonestación escrita, el TSJM y el TS, considerarían que no es comparable acceder a una página con contenido pornográfico a hacerlo a una página de juegos de ordenador, estando pues justificada la diferencia de trato por la gravedad de los hechos.

52. STSJ de Madrid 548/2010 de 21/7/2010 (Rec. 1945/2010). Despido de trabajador de empresa aérea de transporte de viajeros que recibe comentarios ofensivos, burlas y acoso por su sexualidad antes de ser despedido. Los motivos alegados por la empresa, las reiteradas faltas de respeto contra los compañeros no resultan acreditados ni existieron amonestaciones previas. El Tribunal afirma que efectivamente se habían vulnerado los derechos del demandante, en tanto en cuanto las vejaciones sufridas y lo notorio de su sexualidad, por lo que se alcanzaba la suficiente certidumbre para plantear que se había producido la lesión de derechos y la empresa no pudo demostrar que su decisión se debiese a cuestiones técnicas o disciplinarias alegadas. El Tribunal considere que el hecho de conocer desde antes de la contratación la sexualidad del candidato y que esta no sea un inconveniente para la contratación, no exime de que puedan darse situaciones discriminatorias con posterioridad, por razón de orientación sexual.

53. STSJ Galicia de 17/7/2008 (Rec. 2724/2008). Despido nulo discriminación por orientación sexual por la denegación de reingreso, tras excedencia forzosa, alegando ausencia de vacante a

Pues bien, a las descritas insuficiencias del marco normativo hemos de añadir la escasez de asuntos judiciales, lo que nos confirmaría la apreciación inicial sobre los rasgos de la discriminación por orientación e identidad sexual, el ocultamiento y la auto segregación. La escasa visibilización constituye efectivamente un indicio, como ha acontecido con todas las causas de discriminación, de la gravedad de esta en el mundo del trabajo; donde el ocultamiento preventivo y la auto segregación son vías para evitar la LGTBI fobia, el acoso, o en todo caso la postergación en la promoción profesional o el despido.

Analizaremos ahora, desde el conocimiento de estas insuficiencias, la norma proyectada, en relación con su contenido exclusivamente en materia de empleo y la ocupación.

4. EL 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 la proyectada ley hemos de comenzar destacando que las medidas relativas al empleo están ubicadas en el Capítulo II sobre políticas públicas⁵⁴. Estas medidas se establecen, en el art. 14, con una redacción muy próxima a la de las leyes autonómicas, afirmando que las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias, deberán tener en cuenta, en sus políticas de empleo, el derecho de las personas a no ser discriminadas por razón de las causas previstas en esta Ley. A estos efectos podrán adoptar medidas adecuadas y eficaces que tengan por objeto la promoción de la igualdad, en el ámbito de la formación profesional, el apoyo de campañas divulgativas, la implantación de indicadores de igualdad, el impulso de cláusulas en los convenios colectivos, velar por el cumplimiento efectivo de los derechos a través de la Inspección de Trabajo, impulsar códigos éticos y protocolos en Administraciones Públicas y empresas.

Téngase en cuenta además que, aunque en su ámbito de aplicación, el art.1.2 de esta Ley obliga tanto a los poderes públicos (entre estas se encuentran campañas de sensibilización) como a las personas físicas y jurídicas privadas a tomar medidas contra la discriminación hacia personas LGTBI, sin embargo, para lograr dicho objetivo se establece la creación, en el Capítulo II del Título Preliminar, de la Estrategia Estatal para la Igualdad de Trato y No Discriminación de las Personas LGTBI, aprobada por el Consejo de ministros cada cuatro años.

trabajadora en emisora de radio de ideario católico. La trabajadora fue jefa de prensa de partido nacional gallego y contrajo matrimonio con otra mujer.

54. Con carácter previo a las medidas laborales se recogen las medidas en el ámbito administrativo, así, la inclusión en la contratación pública cláusulas administrativas sobre la promoción de igualdad de trato (Art.10); la consolidación de la no discriminación entre de los empleados públicos (Art.11); y la obligatoriedad de impartir cursos de sensibilización (Art.12).

El artículo 14 concreta pues las medidas en el ámbito laboral, a través de obligaciones a las Administraciones Públicas y sin que se cree obligación alguna a las empresas, a los representantes sindicales, a los trabajadores o a la negociación colectiva.

En cuanto a las personas trans, se propone también una Estrategia estatal para la inclusión social, en los artículos 46 y siguientes de la ley y que, entre otros objetivos, busca la inclusión de las personas trans en varios aspectos de la vida social y económica dándoles voz en aquellas leyes y actuaciones que les afecten especialmente. Esta Estrategia estatal incorporará de forma prioritaria medidas de acción positiva, entre otros, en el ámbito laboral (art. 46.2).

A continuación, se prevén, por separado, lo que se califican medidas de fomento del empleo y medidas de integración sociolaboral, pero que responden a objetivos y contenidos similares. Así, para el fomento del empleo, el art.48 establece que el Ministerio de Trabajo y Economía Social diseñará medidas de acción positiva, como incentivos para la contratación de las personas trans, entre otras, así como planes específicos para el fomento del empleo de este colectivo (específicamente de las mujeres trans). Y, en relación con la integración sociolaboral, el art. 49 dispone que las Administraciones Públicas podrán, entre otras, impulsar el desarrollo de estrategias y campañas de concienciación en el ámbito laboral; implementar medidas e incentivos para organismos públicos y empresas privadas, que favorezcan la integración e inserción laboral de las personas trans; monitorizar la evolución de la situación laboral de las personas trans en su territorio de competencia; en fin, adoptar bonificaciones fiscales, ayudas y subvenciones que favorezcan la contratación de personas trans en situación de desempleo (art. 49.2). De esta forma, más allá de previsiones de medidas genéricas que “podrán” desarrollarse, la única medida real prevista para las personas trans es una concreción de la previsión legal, ya existente en el art. 17.3 LET, de instrumentos de fomento de empleo (subvenciones, desgravaciones u otras medidas) que el Gobierno puede adoptar a favor de colectivos con dificultades especiales de acceder al empleo.

Estas medidas se complementan, a su vez, con las dos únicas previsiones normativas imperativas contenidas en esta ley. De una parte, hemos de tener presente que el art. 56, relativo a las medidas de protección frente a la discriminación y la violencia, establece el deber de las empleadoras de adoptar métodos o instrumentos suficientes para la prevención, detección y solución de posibles situaciones de discriminación por razón de orientación sexual o identidad de género, así como articular medidas adecuadas para su cese inmediato (art. 56.3). Se trata de un precepto que adolece de falta de concreción y resulta falto de sistemática en la redacción, pues el apartado 3 no alude a violencia sino solo a discriminación, cuando sus términos imperativos podrían obedecer a la mayor gravedad de las situaciones de violencia laboral, por razón de orientación y/o identidad sexual.

De otra parte, el artículo 65, relativo a las medidas de protección frente a la violencia en el ámbito familiar, establece que la víctima de esta violencia podrá solicitar

la reordenación de su tiempo de trabajo, la movilidad geográfica y el cambio de centro de trabajo a sus empleadores (que deberán atender la solicitud en la medida de sus posibilidades organizativas), si existe una sentencia condenatoria por un delito de violencia doméstica, una orden de protección o cualquier otra resolución judicial que acuerde una medida cautelar en favor de la víctima. Este precepto amplía las previsiones de la LET sobre el estatuto laboral de la persona víctima de violencia de género a la persona del colectivo LGTBI víctima de violencia en el ámbito familiar. Sin embargo, se trata de una extensión parcial, pues no regula la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo, la extinción del contrato de trabajo, la justificación de las ausencias o los derechos de protección social y más limitada, en cuanto a los medios de acreditación de la situación de víctima.

Por tanto, parece necesaria, por razones de coherencia normativa, la reforma de los preceptos estatutarios correspondientes y conveniente la unificación de las formas de acreditación de la situación de víctima de violencia. Como se sabe, desde 2018, las situaciones de violencia de género que dan lugar al reconocimiento de los derechos laborales se acreditarán, además, de mediante una sentencia condenatoria, una orden de protección o cualquier otra resolución judicial que acuerde una medida cautelar a favor de la víctima, por el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género así como mediante informe de los servicios sociales, de los servicios especializados, o de los servicios de acogida destinados a víctimas de violencia de género de la Administración Pública competente; o por cualquier otro título, siempre que ello esté previsto en las disposiciones normativas de carácter sectorial que regulen el acceso a cada uno de los derechos y recursos⁵⁵. Sería pues oportuna una flexibilización de las formas de acreditación, que incluyera el informe del Ministerio Fiscal y el informe de servicios sociales, en caso de que estos intervengan.

Centrándonos en recapitular la valoración de esta ley, la calificación es “decepcionante” y claramente insuficiente para abordar una discriminación por orientación e identidad sexual ya definida, al menos, en sus términos más relevantes. De partida, en la lectura de las previsiones del ámbito laboral de esta ley llama la atención su paralelismo con las normas autonómicas, donde la regulación laboral, como se sabe, está excluida de su ámbito competencial, resultando inusual esta redacción en una norma laboral estatal. La causa de esta “autolimitación competencial” del legislador estatal en materia laboral no está expedita en la exposición de motivos de la norma,

55. El Gobierno y las Comunidades Autónomas, en el marco de la Conferencia Sectorial de Igualdad, diseñaran, de común acuerdo, los procedimientos básicos que permitan poner en marcha los sistemas de acreditación de las situaciones de violencia de género. Vid., Artículo 23 Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, redactado por el número dos del artículo único del R.D.-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género.

y no se ajusta, por ejemplo, al esquema seguido por la Ley de 2007, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres⁵⁶, que sí estableció obligaciones para empresarios y trabajadores (reformando la normativa laboral y de Seguridad Social).

En segundo lugar, también destacaremos la ausencia de medidas de discriminación positiva, esto es, de medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas, por la orientación o identidad sexual de la persona trabajadora. Previstas por el art. 7.1 de la Directiva 2000/78, su fijación, en relación con esta causa de discriminación, fundamentalmente, a favor de los trabajadores trans, podría haber sido más contundente. Por ello, solo podemos indicar, que, al igual que se deriva de buena parte de las normas autonómicas, cuando se trata de la actuación de tales medidas en el sector privado, la cuestión se circunscribe al ámbito de la responsabilidad social corporativa de las empresas.

Por lo demás, en la proyectada ley no se establecen obligaciones de medidas empresariales de información, formación, prevención y reparación, a través de plan de igualdad y de protocolo anti-acoso. Tampoco aparecen obligaciones para las personas trabajadoras, sus representantes sindicales ni se fijan obligaciones de negociar medidas para alcanzar la igualdad efectiva de las personas LGTBI. No se han cumplido las reivindicaciones de los sindicatos, en fin, en lo referido a tipificar la LGTBI fobia como riesgo psicosocial, estableciendo los protocolos y medidas de actuación necesarias para su prevención.

En definitiva, la valoración, desde la perspectiva jurídico-laboral, de la Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI nos debe llevar, finalmente, a reflexionar sobre la obligación del Estado de garantizar la igualdad, también en el ámbito de las relaciones privadas. Con independencia de que la igualdad pueda ser objeto de la negociación colectiva y de las prácticas de responsabilidad social corporativa, hemos de destacar que el Estado no puede hacer dejación de su responsabilidad en la protección de los derechos humanos. Consecuentemente, la prohibición de no discriminación por razón de orientación e identidad sexual, en el empleo y la ocupación, debería ser garantizada directamente desde la Ley estatal.

5. BIBLIOGRAFIA

- Abad, Toño (coord.), Gutiérrez, Marieta G. (2020), *Hacia centros de trabajo inclusivos. La discriminación de las personas LGTBI en el ámbito laboral en España*. Área Confederal LGTBI UGT, con la colaboración de FELGTB, Madrid.
- Amich Elías, Cristina (2007), "Cultura homosexual, sujeto homosexual y derechos humanos", *Foro, Nueva época*, 5, 199-219.

56. Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

- Balaguer Callejón, María Luisa (2021), *El feminismo del siglo XXI*, Madrid.
- Benavente Torres, Inmaculada (2019), “Cinco causas de discriminación en la Unión Europea y su incidencia en el ordenamiento español”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 55-56, 32-53.
- Cabeza Pereiro, Jaime, y Lousada Arochena, José Fernando (2014), *El derecho a la no discriminación por orientación sexual e identidad de género en la relación laboral*, Murcia.
- FRA, European Union Agency for Fundamental Rights (2020), *A long way to go for LGBTI*.
- Gómez Fernández, Itziar. (2018), “La diversidad sexual como causa (prohibida) de discriminación laboral”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 3.
- IMIO, Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades (2017), *Las personas LGTBI en el ámbito del empleo en España: Hacia espacios de trabajo inclusivos con la orientación sexual e identidad y expresión de género*, Madrid.
- Rivas Vañó, Alicia (2001), “La Prohibición de discriminación por orientación sexual en la directiva 2000/78”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 59, 193-220, aquí p. 196.
- Rey Martínez, Fernando (2005), “Homosexualidad y Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 73, 111-156.
- Rodríguez Magda, Rosa Maria (2019), *La mujer molesta. Feminismos postgénero y transidentidad sexual*, Madrid.
- Salazar Benítez, Octavio, (2015), “La identidad de género como derecho emergente”, *Revista de Estudios Políticos*, 169, 75-107
- Salazar Benítez, Octavio (2019), “El derecho a la identidad sexual de las personas menores de edad. Comentario a la STC 99/2019, de 18 de julio de 2019”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 32.