

Máster Universitario en Gestión de Personal y Práctica Laboral

Facultad de Ciencias del Trabajo

Universidad de León

Curso 2016/2017

EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE  
ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO. UN  
ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN EL ÁMBITO DEL  
COLECTIVO LGTBI+

THE RIGHT TO NON-DISCRIMINATION BASED ON  
SEXUAL ORIENTATION AND GENDER IDENTITY.  
ANALYSIS OF THE ISSUE IN THE AREA OF LGTBI+  
PEOPLE

Realizado por la alumna Dña. SANDRA PÉREZ TURIEL

Tutorizado por el Profesor D. JAVIER FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑÍZ

## ÍNDICE

RESUMEN .....	4
o OBJETIVOS .....	5
o METODOLOGÍA .....	5
1 INTRODUCCIÓN .....	6
2 SOBRE EL CONCEPTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES .....	8
2.1 Fundamento de los derechos fundamentales: la idea de la dignidad humana....	9
2.2 Clasificación de los derechos fundamentales: las generaciones de derechos..	10
2.3 Límites de los Derechos Fundamentales.....	12
2.4 Garantías de los Derechos Fundamentales .....	14
3 EL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN .....	17
3.1 La igualdad en el ordenamiento jurídico español .....	18
3.1.1 Las acciones positivas .....	20
4 IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA.....	21
4.1 El tratado de Ámsterdam .....	23
4.2 El Tratado de Lisboa.....	25
5 CONCEPTOS GENERALES DE LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN .	26
5.1 Discriminación directa.....	26
5.2 Discriminación indirecta.....	27
5.3 Acoso discriminatorio.....	28
5.4 Orientación sexual .....	29
5.5 Identidad sexual e identidad de género.....	30
6 LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACION SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO EN EL DERECHO COMUNITARIO .....	31
6.1 Resoluciones del Parlamento Europeo en referencia a la discriminación por orientación e identidad sexual.....	31
6.2 La Directiva 2000/78/CE.....	33
7 LA SITUACIÓN SOCIAL HISTÓRICA Y ACTUAL DEL COLECTIVO LGTBI+ 37	
8 LA DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL EN ESPAÑA TRAS LA DIRECTIVA 2000/78/CE .....	39

9	CONCLUSIONES .....	44
10	BIBLIOGRAFÍA.....	48

## ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AA.VV.	Varios autores
Art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
Cap.	Capítulo
CC.AA.	Comunidad Autónoma
C. Civ.	Código Civil
CE	Comunidad Europea
CEE	Comunidad Económica Europea
Coord.	Coordinador
Dir.	Director
ET	Estatuto de los trabajadores
et al.	Y otros
LISOS	Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social
LGSS	Ley General de la Seguridad Social
LGTBI+	Homosexuales, bisexuales, transexuales, Intersexuales, y más.
núm.	Número
OIT	Organización Internacional del Trabajo
Pág.	Página
RDL	Real Decreto Ley
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TCCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea

## RESUMEN

El derecho a la igualdad y no discriminación es el derecho a ser reconocido como iguales ante la ley y a disfrutar de todos los derechos otorgados a las personas. Sin embargo, esto no ha sido siempre así para todos e incluso hoy en día continúa sin serlo para determinados colectivos que no tienen la posibilidad de disfrutar de estos derechos en una situación de igualdad real. En el presente trabajo se realiza un estudio sobre la evolución que ha tenido el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de la orientación sexual e identidad de género en el ámbito del Derecho Social de la Unión Europea y su posterior transposición al ordenamiento jurídico español. Se pretende conocer cuáles fueron las normas y leyes que supusieron un cambio transversal para el reconocimiento del derecho a la no discriminación para el colectivo LGTBI+. Además, se destacarán tanto las novedades introducidas por las leyes antidiscriminatorias, como las críticas y carencias que éstas presentaban.

**PALABRAS CLAVE:** discriminación, igualdad, orientación sexual, identidad de género, Directiva 2000/78/CE.

## ABSTRACT

The right to equality and non-discrimination is the right to be equal in the eyes of the law, and also the right to enjoy all the rights granted to every human being. Nevertheless, this has not been always like that for all the people and even now there are certain groups of people that do not have the possibility of enjoying these rights in a situation of genuine equality. This paper shows the evolution of the right to equality and non-discrimination based on sexual orientation and gender identity in the realm of social legislation in the European Union, and its transposition into Spanish national law. In addition, the study is to provide greater knowledge about the laws which made considerable advances in equality and non-discrimination for the LGTBI+ people. Also, we will highlight the innovations introduced by the antidiscriminatory laws as well as their negative reviews and also their shortcomings.

**KEY WORDS:** discrimination, equality, sexual orientation, gender identity, Directive 2000/78/EC.

## ○ OBJETIVOS

El principal objetivo que se persigue con este trabajo es realizar un análisis bibliográfico y normativo del principio de igualdad y no discriminación en el ámbito del empleo, tanto en el ámbito del Derecho Social europeo, como en el ordenamiento jurídico español.

Se realizará con especial referencia al derecho a la no discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género, ya que se trata de un derecho que presenta una regulación bastante tardía en relación al resto, y el colectivo LGTBI+ se encuentra en una situación de desigualdad y discriminación en todos los ámbitos, y especialmente en el laboral.

El análisis se centrará en la evolución histórica que el derecho a la no discriminación por razón de orientación sexual ha presentado, y en conocer en qué punto se encuentra actualmente la regulación laboral en relación al principio de no discriminación por la causa que se estudia.

## ○ METODOLOGÍA

La realización de este Trabajo de Fin de Máster se ha realizado gracias a la revisión bibliográfica, abarcando bibliografía relacionada con los derechos fundamentales clásicos, pasando por aquella más centrada en el desarrollo y evolución del Derecho Social de la Unión Europea en relación a la igualdad y no discriminación; y además, toda aquella relacionada con la influencia y transposición al ordenamiento jurídico español de las normativas comunitarias en materia de discriminación por razón de orientación sexual.

En cuanto a la obtención de la información necesaria para realizar el mismo, se ha obtenido tanto en la Biblioteca de la Universidad de León, la Biblioteca Pública de León, y los recursos electrónicos facilitados por la Universidad, entre otros. Además se han consultado las normas y leyes más importantes en relación a la igualdad, así como las Directivas, Resoluciones, y sentencias a destacar en concordancia con el tema que se planteaba en cada apartado.

Una vez realizada la revisión y desarrollo del tema, se procedió a la elaboración de las conclusiones, sintetizando la información expuesta y valorando la situación actual en la que se encuentran las personas LGTBI+.

## 1 INTRODUCCIÓN

Todas las personas nacemos con la misma titularidad de derechos fundamentales, con el derecho a la dignidad como fundamento principal de la idea de ser humano. Sin embargo, las diferencias que cada persona presenta respecto al resto, pueden limitar el disfrute de esos derechos, y en particular del derecho a la igualdad y no discriminación.

El propio derecho a la dignidad reconoce que cualquier persona tiene la libertad de desarrollar y vivir su propia identidad sexual, y el resto debe respetar esa realidad. Por desgracia, a lo largo de la historia han existido diferentes colectivos que por diferentes razones han sufrido una discriminación severa por el resto de individuos. Los homosexuales, las lesbianas, transexuales, y el resto de personas que no seguían la “norma” de la heterosexualidad y el género binario, han sido perseguidas, discriminadas, y rechazadas por la sociedad.

En la actualidad, esa situación de persecución ha cambiado notablemente, siendo los organismos de la Unión Europea los que hicieron posible el cambio legislativo que dejará atrás la situación de desamparo normativo del colectivo LGTBI+. Los ordenamientos jurídicos han modificado sus normas, el derecho a la igualdad y no discriminación por orientación sexual es una realidad, pero a pesar de esto, aún seguimos siendo testigos de situaciones discriminatorias hacia ellos.

En este Trabajo de Fin de Máster se realizará un análisis del derecho a la igualdad y no discriminación por motivo de orientación sexual e identidad de género.

En primer lugar, se tratarán de forma general el conjunto de derechos fundamentales, su fundamento, garantías y límites principales consagrados en la Constitución Española, y en otras Declaraciones Universales.

A continuación se hará un breve estudio del tratamiento legal que recibe particularmente el derecho a la igualdad y no discriminación tanto en el ordenamiento jurídico español, como en el ámbito del Derecho Social de la Unión Europea, destacando los Tratados más relevantes en relación con este derecho, y en particular con las causas de discriminación que nos conciernen en este estudio, la orientación sexual y la identidad de género.

Dado que la discriminación puede tener diferentes manifestaciones, el apartado que sigue se dedica a esclarecer en qué consiste cada tipo de discriminación que puede

sufrir una persona o colectivo. Además, este apartado se ocupará de exponer en qué consiste la orientación sexual de una persona, la identidad sexual y la identidad de género, ya que en numerosas ocasiones debido a la falta de definiciones en las normativas que se estudiarán en este texto, pueden ser causa de confusión.

El siguiente apartado tratará aquellas Resoluciones y Directivas que marcaron un antes y un después en relación al derecho a la igualdad y no discriminación por orientación sexual, destacando la Directiva 2000/78/CE, la cual se ocupa de introducir este derecho a los ordenamientos internos de los Estados miembros de la Unión Europea.

Antes de pasar a la transposición de la mencionada Directiva, se contextualizará la situación histórica de marginidad y persecución sufrida por homosexuales y transexuales en España antes de la publicación de la Constitución Española de 1978. Y a continuación se analizará la repercusión normativa y social que supuso la transposición de la Directiva 2000/78/CE al ordenamiento jurídico español mediante la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Por último, se expondrán las conclusiones extraídas a lo largo de la realización del estudio bibliográfico, y se aportarán algunas posibles medidas a adoptar para ayudar a que el derecho a la igualdad pueda ser disfrutado del mismo modo por todos los individuos, independientemente de la orientación sexual e identidad de género.



## 2 SOBRE EL CONCEPTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Numerosos autores han tratado de definir el concepto de derechos fundamentales, sin embargo, otros consideran que carecen de un significado técnico jurídico preciso y delimitado, por lo tanto, una definición de este término se trataría más de una aproximación. Esto se justifica porque los derechos humanos son un concepto empleado para la articulación jurídica de las exigencias morales de dignidad, igualdad y libertad en cada periodo histórico, ya que el concepto más preciso será aquel que mejor las satisfaga en cada momento<sup>1</sup>.

Desde una concepción de los derechos fundamentales como derechos naturales del hombre, tal y como señala la doctrina, éstos se refieren a “aquellos Derechos Humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada”<sup>2</sup>. Esta concepción puede verse relacionada con el modelo iusnaturalista del derecho, donde se parte de una visión filosófica en la que existen una serie de derechos que la persona siempre tiene por el mero hecho de serlo, y que se fundamentan en la idea de dignidad del hombre, por lo que se conciben como inherentes a su propia naturaleza, anteriores al Estado, inalienables e inviolables, imprescriptibles, irrenunciables e intransmisibles<sup>3</sup>.

Son en definitiva, derechos que protegen al individuo en lo referente a “su vida, su libertad, a la igualdad, a su participación política o social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a su desarrollo integral como persona”<sup>4</sup>, e independientemente del modelo de estudio, en el ordenamiento jurídico español son derechos fundamentales aquellos que se encuentran reconocidos en la Constitución, y que gozan de una jerarquía y protección superior y garantías que aseguran su disfrute por los ciudadanos, así es que pueden ser llamados igualmente derechos constitucionales.

La Constitución Española los recoge en su Título Primero: De los Derechos y Deberes fundamentales, artículos 10-38: dignidad y libre desarrollo de la personalidad (ar.10), nacionalidad (art.11), igualdad y no discriminación (art. 14), a la vida y a la integridad física y moral (art. 15), libertad ideológica (art. 16), a la libertad y seguridad

---

<sup>1</sup> PRIETO SANCHIS, L.: *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid (Editorial Debate), 1990, pág. 18 y ss.

<sup>2</sup> PÉREZ LUÑO, A.E.: *Los derechos fundamentales*, Madrid (Tecnos), 1988, pág. 75.

<sup>3</sup> LORCA NAVARRETE, J. F.: *Derechos fundamentales y jurisprudencia*, Madrid (Pirámide), 2007, pág. 24.

<sup>4</sup> PECES BARBA, G.: *Derechos fundamentales*, Madrid (Guadiana), 1973, pág. 66.

(art. 17), al honor y a la intimidad personal y familiar, a la propia imagen (art. 18), libertad de circulación y residencia (art.19), libertad de expresión y cátedra (art. 20), derecho de reunión (art. 21), de asociación (art. 22), a la participación política (art. 23), a la seguridad jurídica y tutela judicial (art. 24), a la no privación de libertad (art. 25), a la educación (art. 27), a la libre sindicación y al ejercicio de huelga (art. 28), derecho de petición individual y colectiva (art. 29), a defender a España (art. 30), al matrimonio con plena igualdad jurídica (art. 32), a la propiedad privada y a la herencia (art. 33), a la fundación (art. 34), al trabajo (art. 35), a la negociación colectiva (art. 37), a la libertad de empresa (art. 38).

Sin embargo, llama la atención que en la Sección I de este Título se refiera a los “derechos fundamentales y libertades públicas” para los artículos del 15 al 29, mientras que en la Sección II hace referencia a los “derechos y deberes de los ciudadanos”, perdiendo el calificativo de “fundamentales”. A continuación, en el Capítulo III habla de los “principios rectores de la política social y económica” y establece las obligaciones y garantías para que los poderes públicos salvaguarden el disfrute de los derechos fundamentales de los ciudadanos. En el Capítulo IV se refiere directamente al sistema de garantías y vinculación de los poderes públicos, de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II. Y por último, en el único artículo del Capítulo V establece los supuestos de suspensión de los derechos fundamentales.

## **2.1 Fundamento de los derechos fundamentales: la idea de la dignidad humana**

La base y fundamento de los derechos fundamentales se encuentra en la idea de dignidad humana. La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 1 establece que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. La dignidad humana es inviolable, y se configura como el núcleo esencial en los Estados democráticos, por lo que debe ser protegida y garantizada, como se establece por ejemplo en el artículo primero de la Constitución de Finlandia (1919) donde afirma que “el ordenamiento jurídico garantiza la inviolabilidad de la dignidad humana y de las libertades y los derechos individuales, y promueve la justicia en la sociedad”<sup>5</sup>.

Asimismo, la Constitución Española en su artículo 10.1 establece expresamente que “la dignidad de la persona, y los derechos inviolables que le son inherentes, el libre

---

<sup>5</sup> HABERMAS, J.: “La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44, 2010, pág. 106.

desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social". Por lo tanto, la noción básica del orden público en los Estados democráticos es la tutela de la dignidad humana<sup>6</sup>.

Pero, ¿qué es la dignidad? El propio concepto surge en la antigua Roma, siendo los *dignitas* aquellos que ocupaban importantes cargos en la sociedad. Sin embargo, no se concebía como un concepto aplicable de forma universal a las personas hasta que Kant en el S. XVIII, quien secularizó el concepto haciéndolo universal, ya que la dignidad deriva del hombre de su carácter de ser racional y libre. Así que, los derechos fundamentales no son creados por las constituciones, sino que son reconocidos y protegidos<sup>7</sup>.

La dignidad de las personas es el fundamento principal del Derecho positivo, constituyendo una obligación para los Estados en la medida que éstos han de establecer las medidas y garantías necesarias para respetarlos. Además, se trata de un concepto no gradual, no hay personas más dignas que otras o de inferior categoría, todos los hombres nacen libres e iguales tanto en dignidad como en derechos, es decir, todos nacemos siendo titulares de los mismos derechos fundamentales. Del mismo modo que el conjunto de derechos fundamentales, la dignidad es irrenunciable, la renuncia o limitación de la dignidad humana es nula. Se trata de un derecho no disponible, y por lo tanto, irrenunciable.

## **2.2 Clasificación de los derechos fundamentales: las generaciones de derechos**

La idea de las generaciones de derechos permite representar de forma diferenciada al conjunto de derechos fundamentales existentes realizando una clasificación teniendo en cuenta el momento histórico en el que éstos nacen y son reconocidos. Esta división en tres generaciones propone que la evolución histórica de los derechos humanos se distingue en tres generaciones, asociadas cada una al desarrollo y reconocimiento de los valores que fueron la divisa de la Revolución Francesa de 1789: libertad, igualdad y fraternidad<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> PRIETO ÁLVAREZ, T.: *La dignidad de la persona: núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de libertades públicas*, Navarra (Cizur Menor), 1999, pág. 68 y ss.

<sup>7</sup> GARCÍA CUADRADO, A. M.: *Teoría política y constitucional: Presupuestos y desarrollo de la dogmática constitucional*, León (EOLAS ediciones), 2016, pág. 575 y ss.

<sup>8</sup> VAŠÁK, K.: "Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights", *The UNESCO Courier*, núm. XXX, 11, 1977, pág. 29.

En la actualidad, la mayoría de autores reconocen las tres generaciones de derechos, aunque otros consideran que de la tercera de éstas podría extraerse una cuarta<sup>9</sup>.

Siguiendo este criterio, la primera generación de derechos es la surgida en el siglo XVIII con las revoluciones burguesas inspiradas en la Ilustración, conocido como “constitucionalismo”, siendo los más importantes productos: la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de Francia de 1789 y la Carta de Derechos de los Estados Unidos de 1791. Hacen referencia a los derechos de defensa, siendo el valor principal la libertad. Se tratan pues, de la tutela de las libertades clásicas, dirigidas a crear un Estado liberal con carácter pasivo, en el que el mandato principal a los poderes públicos es el de no intervención, sino una vigilancia para garantizar los derechos. Por tanto, impiden la intromisión injustificada en la persona y su esfera privada, y fomentan la formación autónoma de las propias decisiones y el pensamiento individual<sup>10</sup>. Por lo tanto, los derechos más representativos de esta generación son el derecho a la vida, a la libertad y a la integridad.

Las necesidades sociales no son estáticas, así que tras la Segunda Guerra Mundial se hizo patente la necesidad de ampliar y completar los derechos fundamentales con los derechos de segunda generación. En este caso, se caracterizan por ser derechos económicos, sociales y culturales, donde el valor principal reside en la igualdad. Estos derechos sociales, a diferencia de los primeros precisan de una acción positiva de los poderes públicos para promover, aplicar y respetar los mismos, ya que tienen un carácter asistencial. De este modo, se pasa de un Estado liberal a un Estado Social de Derecho en el que se comienza a desarrollar el Estado de Bienestar. Los derechos que determinan esta generación son los derechos de participación: derecho al trabajo, a la vivienda, a la educación, y se reconocieron por primera vez en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y en El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1976, entre otros<sup>11</sup>.

Como ya se ha dicho, fruto de que las reivindicaciones de derechos son constantes en el tiempo, surgen por último los derechos de tercera generación, dirigidos a extender

---

<sup>9</sup> PÉREZ LUÑO, A.E.: “Las generaciones de Derechos Humanos”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 10, 1991, pág. 210.

<sup>10</sup> PIZZORUSSO, A. (2001). “Las generaciones de derechos”, *Anuario de derechos humanos*, núm. 3, 2002, pág. 500.

<sup>11</sup> PÉREZ LUÑO, A.E.: “Las generaciones de Derechos Humanos”, cit., pág. 205.

los ya reconocidos en las generaciones previas. Se trata de los derechos de solidaridad, de los que se toma conciencia a partir de los años 80 hasta el día de hoy, y que precisan una cooperación a escala mundial para su garantía, como son el derecho a la paz, al medio ambiente, a la calidad de vida y a la libertad informática, entre otros.

Según los autores estos derechos aparecen por la limitación o contaminación de las libertades previamente reconocidas ante el acuciante crecimiento del uso de las nuevas tecnologías. A principios de los años 90 ya era alarmante el control que la tecnología y la informática ejercían en las vidas y relaciones interpersonales, y actualmente a través de Internet se realiza un control de información personal constante y permanente. Mediante ese control de información se limita el derecho a la intimidad personal, e igualmente al derecho a la libertad.

Es importante señalar también que el crecimiento de la preocupación por el medio ambiente, por la contaminación y el ecologismo surge del rápido desarrollo industrial y tecnológico al que si no se pone límites degradará cada vez más la naturaleza, y por tanto agrade al derecho a la calidad de vida de las personas<sup>12</sup>.

Algunos autores consideran que la tercera generación de derechos solo abarca los derechos de solidaridad, mientras que es en la cuarta generación la que alberga los derivados del desarrollo tecnológico<sup>13</sup>.

En definitiva, los derechos fundamentales no son estáticos, sino que avanzan, se amplían o se crean nuevos, en relación a las necesidades de la sociedad en cada momento histórico.

### **2.3 Límites de los Derechos Fundamentales**

En las primeras declaraciones de derechos se consideraba que éstos eran absolutos e ilimitados, encontrando su única restricción en el respeto al disfrute de los mismos derechos por el resto de personas. Así lo determinaba la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano en su artículo 4 “el ejercicio de los derechos naturales de cada

---

<sup>12</sup> MARTÍNEZ DE PISÓN, J.: “Las generaciones de derechos humanos”, en AA.VV. (BETEGÓN CARRILLO, J., LAPORTA SAN MIGUEL, F. J., PRIETO SANCHIS, L., DE PÁRAMO ARGÜELLES, J.R., Dirs.): *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid (Presidencia del Gobierno, Secretaría General Técnica), 2004, págs. 427 y ss.

<sup>13</sup> GARCÍA CUADRADO, A. M.: *Teoría política y constitucional: Presupuestos y desarrollo de la dogmática constitucional*, (cit.), pág. 591.

hombre tan sólo tiene como límites los que garantizan a los demás Miembros de la Sociedad el goce de estos mismos derechos”.

Pero desde entonces, esos límites se han ampliado por la necesidad de proteger los intereses generales, ya que los derechos fundamentales del individuo no se ejercen de forma aislada, sino que deben coordinarse con los de las demás personas y con otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos<sup>14</sup>. Se trata de unas limitaciones necesarias con el fin de proteger el bienestar general de una sociedad democrática, la seguridad pública, la salud o moral, y la protección de los derechos y libertades del resto de personas, tal y como establecen por ejemplo el artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950).

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional afirmando que “según reiterada doctrina de este Tribunal, los derechos fundamentales no son derechos absolutos e ilimitados. Por el contrario, su ejercicio está sujeto tanto a límites expresos constitucionalmente como a otros que puedan fijarse para preservar o proteger otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos”<sup>15</sup>.

Por lo tanto, de esto se puede extraer que los límites a los derechos tienen una doble justificación, por un lado son necesarios para permitir el ejercicio de los diferentes derechos por todas las personas, y además por la voluntad de la Constitución de preservar determinados bienes o intereses igualmente reconocidos, que a pesar de no ser derechos fundamentales son valiosos para el orden social.

Los derechos fundamentales no se pueden limitar más allá de lo establecido en el artículo 53 de la Constitución, el legislador deberá regular mediante ley y en todo caso respetando su contenido esencial, además de presentar una necesidad y justificación suficiente, no se puede realizar una limitación arbitraria<sup>16</sup>.

Por último, cabe mencionar que la Constitución contiene una restricción específica para la suspensión de carácter temporal de los derechos fundamentales por

---

<sup>14</sup> SUÁREZ, L.: “La determinación de los límites a los derechos fundamentales en la constitución española de 1978”, *Revista de ciencias jurídicas*, núm. 16-17, 2011-2012, pág. 204.

<sup>15</sup> STC 181/1990 de 15 de noviembre de 1990.

<sup>16</sup> PRIETO SANCHIS, L.: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid (Trotta), 2003, pág. 217 y ss.

razones de salvaguarda del sistema, establecida en su Capítulo V del Título I “la suspensión de los derechos y libertades”, que se dará en situaciones de estado de alarma, excepción o de sitio, y de forma individual en relación a casos de bandas armadas o terrorismo.

## **2.4 Garantías de los Derechos Fundamentales**

La ya nombrada Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano establecía en su artículo 16 que “una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos (...) carece de Constitución”. La propia “fundamentalidad” de los derechos exige que existan una serie de mecanismos jurídicos, procedimientos jurisdiccionales y diversas instituciones políticas que garanticen el efectivo sometimiento a la Constitución de todos los órganos estatales<sup>17</sup>.

Existen tres tipos de garantías: instituciones públicas creadas específicamente para la protección de los derechos; mecanismos jurídicos específicos; y acciones judiciales creadas para la defensa de los derechos y libertades.

La propia Constitución española en su artículo 53.1 establece los mecanismos jurídicos específicos para su protección. Las garantías son: la vinculación de todos los poderes públicos a los derechos y libertades; que solo por ley se podrá regular el ejercicio de los derechos fundamentales; y una referencia exclusiva al legislador en cuanto que todas las leyes deberán respetar el contenido esencial de los derechos y libertades.

En el mandato de alcance general en que todos los poderes públicos quedan sujetos a respetar y proteger los derechos fundamentales, establece un deber positivo que exige una acción pública de promoción de las condiciones necesarias para el efectivo disfrute del derecho, y además su protección legal frente a las diferentes agresiones que puedan ocasionarse, ya sean derivadas de entes públicos o de relaciones entre particulares<sup>18</sup>.

La principal institución pública que se crea en España para la defensa de los derechos fundamentales es el Defensor del Pueblo, el artículo 54 CE habla de que se nombrará a un alto comisionado de las Cortes Generales para la defensa de los derechos fundamentales. Su principal misión es la supervisión y control del respeto a los derechos

---

<sup>17</sup> PRIETO SANCHIS, L.: *Estudios sobre derechos fundamentales*, (cit.), pág. 99 y ss.

<sup>18</sup> JIMÉNEZ CAMPO, J.: *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid (Trotta), 1999, pág. 29 y ss.

en las diferentes acciones de los poderes públicos, para que en caso de que se produzca una violación a los mismos denunciar ante los representantes del pueblo y opinión pública para que los afectados sean reparados. Se trata de unos comisionados que ejercen sus funciones con independencia e imparcialidad, ofreciendo un servicio gratuito a los ciudadanos para iniciar una investigación en las acciones de la Administración que puedan haber lesionado algún derecho.

Algunas de las Comunidades Autónomas en España también han establecido instituciones similares en coordinación con el Defensor del Pueblo, con diferentes nombres en cada Comunidad. Las primeras CC.AA. que establecieron esta figura fueron el País Vasco (1979), Cataluña (1979) y Galicia (1981), mientras que en Castilla y León se implantó más tardíamente con la Ley 2/1994 de 9 de marzo, creando la figura del Procurador del Común<sup>19</sup>. Sin embargo, no todas las CC.AA. poseen esta figura, algunas porque nunca la crearon, como son los casos de las Islas Baleares, Cantabria, Extremadura y Madrid; y otras porque la han suprimido posteriormente como Asturias, Murcia, Castilla la Mancha, La Rioja<sup>20</sup>.

En cuanto a los mecanismos jurídicos de protección de derechos la Constitución se refiere a la reserva de ley y al respeto del contenido esencial de los derechos. Se trata de medidas que impiden la violación de los derechos fundamentales por parte de los Gobiernos y la Administración, ya que se configuran como resistentes ante la voluntad de los gobiernos que se encuentren en el poder<sup>21</sup>.

La reserva de ley se refiere a que solo por ley se permitirá la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales, por lo que será declarada inconstitucional cualquier norma de rango inferior que regule tales derechos. Además se establece que las leyes serán interpretadas en armonía con la Constitución, por lo que cualquier norma previa o posterior a la misma que no permita la interpretación conforme será expulsada del ordenamiento jurídico.

---

<sup>19</sup> BASSOLS COMA, M: “Las relaciones del Defensor del Pueblo con los comisionados parlamentarios de las Comunidades Autónomas”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 7, 1997-1998, pág. 8.

<sup>20</sup> Ararteko en el País Vasco; Sindic de Greuges en Cataluña y en la Comunidad Valenciana; Valedor do Pobo en Galicia; Defensor del Pueblo en Andalucía y Navarra; Procurador del Común en Castilla y León; Justicia de Aragón y Diputado del Común en Canarias. Obtenido en: <https://www.defensordelpueblo.es>

<sup>21</sup> GARCÍA CUADRADO, A. M.: *Teoría política y constitucional: Presupuestos y desarrollo de la dogmática constitucional*, (cit.), pág. 605 y ss.



Por contenido esencial se entiende como un refuerzo de la garantía de los derechos, y según la doctrina son “todas aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin los cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose”<sup>22</sup>. La Constitución se refiere en exclusiva al legislador obligándole a respetar el contenido esencial de los derechos al regular por ley su régimen de ejercicio, para de este modo no vaciar de contenido los derechos y libertades de los ciudadanos y además garantizar la sumisión de la ley a la Constitución.

Los derechos son conceptos vagos e indeterminados a disposición del Tribunal Constitucional, a quien le corresponde identificar el contenido esencial en cada supuesto teniendo en cuenta los principios jurídicos y valores sociales<sup>23</sup>.

Por último, las acciones jurisdiccionales específicas en defensa de los derechos fundamentales permiten cualquier ciudadano que vea lesionado algún derecho o libertad constitucionalmente protegido pueda llevar a cabo una acción judicial especial ante el Tribunal Constitucional para conseguir la restauración y respeto de sus derechos, mediante el procedimiento del recurso de amparo. Asimismo, el ciudadano podrá acudir a los tribunales ordinarios en caso de que se produzca una vulneración de alguno de sus derechos mediante un procedimiento preferente y sumario, y de forma subsidiaria cuando haya agotado la vía judicial ordinaria podrá presentar el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Además, en caso de que se agote la vía constitucional estatal, el ciudadano podrá denunciar la violación de sus derechos fundamentales en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, donde se decidirá si se ha producido tal vulneración, y en caso afirmativo condenará al Estado infractor.

Este conjunto de garantías reflejan la importancia y supremacía en el ordenamiento jurídico de los Derechos Fundamentales constitucionalmente protegidos. Por lo que se configuran como derechos esenciales donde el conjunto poderes públicos tienen la obligación de protegerlos y promoverlos, y además de garantizar su inviolabilidad.

---

<sup>22</sup> STC 11/1981 de 8 de abril de 1981.

<sup>23</sup> JIMÉNEZ CAMPO, J.: *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, (cit.), pág. 52 y ss.

### 3 EL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

El derecho a la igualdad es uno de los pilares fundamentales de los derechos humanos. Deriva de la idea de igual dignidad de todas las personas, y de la universalidad en la titularidad de los derechos, es decir, todos los seres humanos son igualmente dignos a pesar de existir diferencias entre ellos.

La Declaración Universal de Derechos Humanos establece en sus artículos 1 y 2 que la igualdad y dignidad en derechos se produce en el mismo momento del nacimiento, y significa que toda persona tiene los mismos derechos y libertades, sin que puedan producirse discriminaciones por razón de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

La igualdad no se opone a las diferencias entre las personas, sino a las desigualdades que pudieran surgir de éstas, estableciendo mecanismos que garanticen el respeto y la lucha contra las desigualdades. La igualdad y no discriminación tienen como objetivo erradicar las diferencias de trato que son injustas o están injustificadas<sup>24</sup>.

A pesar de que se configura como un derecho natural de las personas, la igualdad no ha alcanzado el mismo significado y eficacia en todos los lugares del planeta y en todos los colectivos sociales. Tanto la igualdad como la no discriminación son cuestiones muy condicionadas por la tradición y valores de cada comunidad o grupo social, por lo que su alcance y contenido estará fuertemente influenciado por factores culturales<sup>25</sup>.

Es preciso señalar que la idea de igualdad de todos los seres humanos es fruto de la evolución histórica, siempre han existido colectivos que han sufrido una exclusión en el disfrute de sus derechos, como por ejemplo: el derecho a la libertad de los esclavos negros, el derecho al voto de las mujeres, o el derecho al matrimonio de los homosexuales. La consecución de igual titularidad en todos los derechos es un proceso que todavía no ha concluido, continúa siendo una aspiración y una lucha constante por los derechos fundamentales.

---

<sup>24</sup> FERNÁNDEZ RUÍZ-GÁLVEZ, E.: *Igualdad y Derechos Humanos*, (cit.), págs. 17 y ss.

<sup>25</sup> GARCÍA MURCIA, J.: "Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales", en AA.VV. (CASAS BAAMONDE, M. E., DURÁN LÓPEZ, F., CRUZ VILLALÓN, J. Coords.): *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, Madrid (La Ley), 2006, pág. 385 y ss.

El derecho general a la igualdad y no discriminación es el que mayores vulneraciones sufre en todas las culturas y estados. A pesar del amplio desarrollo normativo y jurisprudencial que se ha realizado del mismo, los ataques a este derecho son continuos, perpetuando las injusticias y atrasando la consecución de una sociedad en la que todos sus miembros gocen de iguales derechos y de las mismas posibilidades ante iguales capacidades<sup>26</sup>.

Ya sea como valor superior, como derecho o como principio, la igualdad junto con su efectiva realización es requisito imprescindible para alcanzar la verdadera justicia social<sup>27</sup>.

### **3.1 La igualdad en el ordenamiento jurídico español**

El derecho a igualdad y no discriminación se encuentra recogido en el artículo 14 de la Constitución Española encabezando el capítulo segundo del título I, dedicado a los derechos y libertades: “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Se encuentran otras referencias a la igualdad, además de las del artículo 14, en el artículo 9.2 estableciendo un mandato a los poderes públicos para la promoción del derecho: “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”; y en el artículo 23.2 de nuevo en relación a la igualdad ante la ley: los ciudadanos “tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”.

El artículo 14 establece dos reglas: un mandato de igualdad de trato y una prohibición de la discriminación.

---

<sup>26</sup> GARCÍA CALVENTE, Y.: “Derecho general a la igualdad y no discriminación”, en AA.VV. (MONEREO ATIENZA, C., Coord., MONEREO PÉREZ, J. L., Dir.): *El sistema universal de los Derechos Humanos*, Granada (Comares), 2014, pág. 39.

<sup>27</sup> LORCA NAVARRETE, J. F.: *Derechos fundamentales y jurisprudencia*, Madrid (Pirámide), 2007, pág. 245.

En relación a la “igualdad ante la ley”, se refiere al derecho a obtener un trato igual, imponiendo una obligación a los poderes públicos, y limitando el poder legislativo y de los órganos de justicia. Esta regla general contempla la igualdad de trato dado por la ley o la igualdad en la ley, estableciendo un límite al propio legislador; y asimismo un límite al poder judicial en la aplicación de la ley. No se trata entonces de una igualdad material, sino que se refiere a que los supuestos de hecho iguales han de tener unas consecuencias jurídicas iguales. De acuerdo con esto, un mismo órgano judicial no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y de hacerlo, ha de ofrecer una justificación suficiente y razonable<sup>28</sup>.

La formulación clásica de igualdad de Aristóteles pide “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”, por lo tanto el mandato no implica una aplicación igualitaria otorgando a todos los individuos lo mismo, sino que se impone la necesidad de una aplicación proporcional, tratando lo igual de igual manera y lo distinto de manera distinta<sup>29</sup>.

Por otro lado, el fin del artículo no es otro que prohibir toda discriminación, sin que existan diferencias de trato injustificadas por los rasgos distintivos entre las personas que aparecen enumerados, incluida la cláusula de apertura “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, mostrando el carácter no limitativo del artículo, permitiendo una inclusión de todas las causas de discriminación presentes o futuras que pudieran aparecer<sup>30</sup>. Es en esta cláusula de apertura donde se contiene la causa en la que se centra este estudio: la discriminación por orientación sexual o identidad de género.

El segundo mandato del art. 14 no va dirigido especialmente a los poderes públicos, sino que afecta a toda clase de sujetos en el conjunto de las relaciones sociales, ya que las diferencias de trato injustificadas en cualquier ámbito de la vida social son lesivas para la dignidad de las personas y entorpecen el ejercicio de los derechos fundamentales<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> STC 49/1982 de 14 de julio de 1982 y STC 52/1982 de 22 de julio de 1982.

<sup>29</sup> DÍAZ GARCÍA, I.: “Igualdad en la aplicación de la Ley. Concepto, iusfundamentalidad y consecuencias”, *Ius et Praxis*, Vol. 18, núm. 2, 2012, págs. 38 y ss.

<sup>30</sup> FERNÁNDEZ RUÍZ-GÁLVEZ, E.: *Igualdad y Derechos Humanos*, (cit.), pág. 89.

<sup>31</sup> GARCÍA MURCIA, J.: “Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales”, en AAVV (CASAS BAAMONDE, M. E., DURÁN LÓPEZ, F., CRUZ VILLALÓN, J. Coords.): *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, Madrid (La Ley), 2006, pág. 392.

El principio de no discriminación no impide que se produzcan diferencias, siempre que estén justificadas y dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes, haciendo posible la consecución de la igualdad real y efectiva para todos los grupos discriminados, ya que de lo contrario se producirían aún más desigualdades sociales<sup>32</sup>. Esto no supone una violación del mandato de no discriminación, sino un cumplimiento mediante medidas de acción o discriminación positiva<sup>33</sup>.

### **3.1.1 Las acciones positivas**

Las acciones positivas son todas aquellas medidas temporales cuyos beneficiarios son individuos o grupos sociales que han padecido o padecen una discriminación o situación de desventaja estructural por su mera pertenencia a un colectivo históricamente discriminado, y que tienen como finalidad corregir esa discriminación a través de beneficios inmediatos para conseguir una igualdad real<sup>34</sup>.

Diferentes Sentencias del Tribunal Constitucional<sup>35</sup> justifican y promueven las medidas dirigidas a establecer un trato más favorable para compensar la situación de desventaja de determinados grupos sociales históricamente discriminados por diferentes motivos. Aquellos que tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, han sido víctimas de situaciones abiertamente desventajosas contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 de la Constitución.

Asimismo, las acciones positivas han de cumplir una serie de requisitos<sup>36</sup> para que sean compatibles con el principio de igualdad. El primero de ellos es que debe existir una motivación real, una situación de discriminación de un determinado colectivo, cuya pertenencia ha de estar vinculada a la posesión de un rasgo inmutable definitorio de la identidad del individuo, es decir, la persona no puede elegir su pertenencia al colectivo<sup>37</sup>. El segundo requisito es que las medidas han de ser proporcionales y dirigidas a contrarrestar posiciones de desventaja objetiva y así superar la situación de

---

<sup>32</sup> STC 128/87 de 11 de agosto de 1987.

<sup>33</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., FÉRNANDEZ LÓPEZ, M. F.: *Igualdad y discriminación*, Madrid (Tecnos) , 1986, págs. 76 y ss.

<sup>34</sup> OSBORNE, R.: “Grupos minoritarios y acción positiva: las mujeres y las políticas de igualdad”, *Papers: revista de sociología*, núm. 53, 1997, pág. 68.

<sup>35</sup> STC 128/1987 de 16 de julio de 1987. STC 19/1989 de 31 de enero de 1989.

<sup>36</sup> STC 128/1987 de 16 de julio de 1987.

<sup>37</sup> SALAZAR BENÍTEZ, O.: “Fundamentos y límites constitucionales de las medidas de acción positiva”, *Revista de estudios políticos*, núm. 123, 2004, pág. 424.

discriminación. Y por último, han de ser temporales y desaparecer una vez logrado el objetivo, además de llevar una revisión periódica de las mismas.

#### 4 IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

El derecho a la igualdad y no discriminación es un derecho fundamental regulado en diferentes textos internacionales como la DUDH, Convenios de la OIT, y del mismo modo en el Derecho Comunitario europeo.

La política antidiscriminatoria del Derecho Comunitario se inicia en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (1957), en torno a dos ejes principales: la igualdad entre mujeres y hombres en materia salarial (art. 119), y la prohibición de la discriminación por razón de nacionalidad (art. 7). El objetivo principal de estas disposiciones es económico, dirigido a evitar el “dumping social” entre países mediante el uso de mano de obra femenina, y a la libre circulación de trabajadores. La igualdad aparece más como una necesidad para el funcionamiento del mercado común europeo que como derecho fundamental, pero a pesar del enfoque económico, supone un germen que irá extendiendo progresivamente tanto su ámbito de actuación, como los colectivos a proteger<sup>38</sup>.

Hasta la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, la base de la política antidiscriminatoria fue la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en base al artículo 119 del TCCE.

Igualmente se realizaron grandes avances en múltiples elementos: en relación a la ampliación del principio de igualdad retributiva, pasando a hablar de trabajos de igual valor; se prohibirá la discriminación de todo tipo (directa e indirecta, oculta, individual o colectiva); se garantizará la igualdad en diversos ámbitos de la relación laboral y en el régimen público de Seguridad Social; dando lugar a importantes Directivas que se nombran a continuación.

La primera que se publicó en relación al tema señalado, aunque actualmente está derogada, fue la 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

---

<sup>38</sup> BENAVENTE TORRES, I.: “Igualdad y no discriminación en el empleo y en las condiciones de trabajo”, en AAVV (NAVARRO NIETO, F., RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., C., GÓMEZ MUÑOZ, J. M., Dirs.): *Manual de derecho social de la Unión Europea*, Madrid (Anaya), 2011, pág. 229.

aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos, donde se concreta que a igual trabajo, igual retribución, independientemente de que éste se realice por hombres o mujeres; seguida de la también derogada 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 (modificada por la Directiva 96/97/CE, del Consejo, de 20 de diciembre de 1996); y 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 ejercen una actividad autónoma, incluidas las actividades agrarias, así como sobre la protección de la maternidad.

Es preciso mencionar igualmente que la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea (1992), en adelante TUE, aumenta considerablemente las competencias comunitarias en materia social, incorporando las medidas de acción positiva en todo el contexto del mercado laboral. En el periodo existente entre la aprobación del TUE y el Tratado de Ámsterdam siguieron aprobándose significativas Directivas en relación a la igualdad y la tutela antidiscriminatoria<sup>39</sup>.

Las Directivas a señalar en este caso son la Directiva 92/85/CE, 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, la 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; y la Directiva 97/80/CE, del Consejo, de 15 de diciembre de 1997 relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo; Directiva 97/81/CE, del Consejo, de 15 de diciembre de 1997 relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES.

---

<sup>39</sup> SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Igualdad y discriminación en el Derecho Comunitario”, en AAVV (FALGUERA BARÓ, M.A., MORALO GALLEGOS, S., Coords.): *Derecho social europeo*, Madrid (CGPJ), 2007, págs. 210 y ss.

#### 4.1 El tratado de Ámsterdam

La entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam en 1997, amplía y reafirma considerablemente el principio de igualdad y no discriminación del artículo 119 TCCE que operaba hasta el momento, iniciando el camino para su reconocimiento como derecho fundamental.

La igualdad se convierte en una misión de la Comunidad, ampliándose tanto a nuevos colectivos como a nuevas circunstancias. Sus acciones irán dirigidas a prohibir todo tipo de discriminación, ampliando su ámbito de actuación a todos los aspectos de la vida económica, política y social, e incluida la vida laboral.

Artículo 6A: “El Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”.

El Tratado de Ámsterdam introduce importantes novedades, fija como misión y objetivo de la Comunidad eliminar toda desigualdad entre mujeres y hombres en todos los ámbitos, superando la originaria finalidad económica de la igualdad para darle un carácter de actuación transversal en las políticas comunitarias<sup>40</sup>.

Tras la reforma operada por el Tratado de Niza (2001), la igualdad de trato queda recogida en el artículo 13 del Tratado de la Comunidad Europea.

En este texto se encuentra la primera referencia a la orientación sexual recogida en un tratado internacional, y a pesar de no mencionar la identidad de género es la base para la lucha por los derechos contra la discriminación de la Comunidad LGTBI+.

Pese al avance que supuso ese artículo para la lucha contra la discriminación, es preciso señalar algunas limitaciones que presenta. La primera de ellas se encuentra en los artículos 12 y 141 del TCE, y es que no se establece una prohibición explícita contra la discriminación, sino que habilita al Consejo a adoptar acciones antidiscriminatorias, por lo tanto no surte efectos directos y no puede ser exigido ante los estados miembros, a diferencia de otros artículos del texto referidos a la discriminación por razón de nacionalidad y de sexo.

---

<sup>40</sup> PRECIADO DOMÈNECH, C. H.: *Igualdad y no discriminación en el derecho de la Unión Europea*, Albacete (Bomarzo), 2016, págs.14 y ss.



Otra limitación que aparece es que las acciones a desarrollar han de adoptarse por decisión unánime del Consejo, lo cual dificulta el proceso debido a la gran diversidad cultural y religiosa de los países de la Unión, especialmente en cuanto a las minorías sexuales, ya que algunos Estados aun criminalizaban la homosexualidad<sup>41</sup>. Por último, la ausencia de una cláusula de apertura en el artículo es igualmente criticable, ya que no se permite la protección de otros colectivos no enumerados en el texto y de otros que puedan surgir en el futuro.

Este nuevo principio de igualdad y no discriminación se consagra en la Carta de Derechos Fundamentales (2000), en la que el respeto y la protección de los derechos fundamentales, y los principios de la paz, la democracia y el Estado de Derecho constituyen los pilares básicos de la Unión Europea. La Carta en su Capítulo III se dedica a la igualdad, prohibiendo “toda discriminación” a los colectivos ya recogidos en el Tratado de Ámsterdam.

El avance normativo para la lucha contra la discriminación tras el Tratado de Ámsterdam aun va más allá, propició que se crearan nuevas Directivas muy destacables respecto de los nuevos colectivos que introduce, y el clásico de igualdad entre sexos. Estas son: la Directiva 2000/43 del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; 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; la Directiva 2004/113/CE, del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro; 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 hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación; la Directiva 2010/18/UE, del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE, y la Directiva 2010/41/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la

---

<sup>41</sup> MANZANO BARRAGÁN, I.: “La protección de las minorías sexuales en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 32, 2009, pág. 155.

aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo.

## **4.2 El Tratado de Lisboa**

El Tratado de Lisboa (2007), modifica el TUE y el Tratado Constitutivo de la Unión, y crea un nuevo Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en adelante TFUE. En el texto se mantienen los avances ya producidos en términos de igualdad y no discriminación y se añaden nuevos, los cuales se exponen a continuación<sup>42</sup>.

En el artículo 2 del TUE aparece la igualdad como valor fundamental de la Unión: “La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”.

En la misma línea, sus artículos 3, 9 y 21 se refieren a la igualdad, fijando como objetivo de la Unión Europea combatir la discriminación y fomentar la justicia y protección sociales (art. 3); consagrando la igualdad ante la ley (art. 9); y estableciendo como principio informador de su acción internacional el principio de igualdad (art. 21). Es preciso destacar que en el artículo 6 del TUE se otorga a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea el mismo valor que a los Tratados.

Por su parte, el TFUE incluye también en su redacción múltiples referencias a la igualdad. En su artículo 8 se fija el objetivo de erradicar todas las desigualdades entre mujeres y hombres y la promoción de la igualdad. El artículo 10 establece la lucha contra toda discriminación: “en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”; y en el artículo 18 prohíbe la discriminación por razón de nacionalidad.

En relación a las acciones a desarrollar para la lucha contra la discriminación de todo tipo, se encuentran referencias en el artículo 19, en relación a las medidas que se adoptarán a nivel europeo, y estimulación y apoyo a las que emprendan los estados

---

<sup>42</sup> BARÓN CRESPO, E.: “El Tratado de Lisboa”, *Boletín de información*, núm. 303, 2008, pág. 7.

miembros; en su artículo 153 dispone que “la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos: h) la integración de las personas excluidas del mercado laboral; i) la igualdad entre hombres y mujeres en el mercado laboral y al trato en el trabajo; j) la lucha contra la exclusión social”; y por último en el artículo 157 establece el principio de igualdad de retribución entre mujeres y hombres por trabajos de igual valor.

Se puede concluir entonces que el Tratado de Lisboa realiza destacables avances en materia de igualdad y lucha contra las discriminaciones, manteniendo la perspectiva que ya establecía de Ámsterdam y consolidando los derechos fundamentales de la Unión Europea<sup>43</sup>.

## 5 CONCEPTOS GENERALES DE LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

En cuanto a los términos para referirse a la discriminación, las Directivas antidiscriminatorias de la Unión Europea, junto a la jurisprudencia del TJUE, se encargan de la delimitación conceptual de las principales definiciones relacionadas con la igualdad. Este apartado se ocupará de: la discriminación directa, la discriminación indirecta y el acoso moral.

Además, debido a que el colectivo LGTBI+ contiene grupos de personas heterogéneas con diferencias significativas y a menudo suelen confundirse, se realizará asimismo una aproximación conceptual a los términos de orientación sexual e identidad sexual y de género.

### 5.1 Discriminación directa

Se entiende por discriminación directa aquella situación en que una persona sea, haya sido, o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable, por razón de una causa discriminatoria tasada, ya sea por sexo, religión o convicciones, edad, discapacidad, orientación e identidad de género o sexual, origen racial o étnico, o cualquier otro motivo (artículo 2.2 a), de la Directiva 2000/78/CE).

De esta definición se deduce que han de existir una serie de requisitos para hablar de discriminación directa. Primero, ha de tratarse de un trato desfavorable, que haya sucedido, esté o vaya a suceder, a una persona en concreto, no a un grupo. Del mismo

---

<sup>43</sup> PRECIADO DOMÈNECH, C. H.: *Igualdad y no discriminación en el derecho de la Unión Europea*, (cit), págs. 19 y ss.

modo que el principio de igualdad de trato, para que exista discriminación directa debe hallarse una situación comparable. Y por último, la discriminación debe ser causada por uno de los motivos discriminatorios enumerados<sup>44</sup>.

No son discriminación las acciones positivas al ir dirigidas a paliar una situación de desigualdad.

Un ejemplo claro de discriminación directa es el despido de una trabajadora por el hecho de estar embarazada, se trata de una discriminación directa basada en el sexo, y dirigida a una mujer en concreto. Del mismo modo se trataría de discriminación directa la negativa a contratar a una mujer en estado<sup>45</sup>.

## 5.2 Discriminación indirecta

La discriminación indirecta es más compleja que la anterior. Se puede definir como aquellos supuestos en que una disposición, criterios o prácticas que aparentemente se presentan como neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a personas de un grupo determinado, ya sea por sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, orientación e identidad de género, o cualquier otro, respecto de otras personas que no tengan tal circunstancia o condición<sup>46</sup>.

No se trata discriminación indirecta si la disposición, criterio o práctica estén justificados de forma objetiva con una finalidad legítima y donde los medios para la realización de dicho propósito sean adecuados y necesarios (artículo 3 b), de la Directiva 2010/41/UE).

En la discriminación indirecta la comparación se debe realizar de forma colectiva, no individual como en la directa, se deben contemplar dos colectivos opuestos (por ejemplo: mujeres/hombres u homosexuales/heterosexuales). Otro de los requisitos es que se debe medir el impacto estadístico de la disposición o práctica en cada colectivo, lo cual conlleva importantes dificultades. Además, se trata de una discriminación de resultado, no de intención o trato como en la directa, por lo que se exige es la prueba de la voluntad de discriminar. Otra de las problemáticas que se encuentran al tratar de denunciar una

---

<sup>44</sup> PRECIADO DOMÈNECH, C. H.: *Igualdad y no discriminación en el derecho de la Unión Europea*, (cit.), pág. 31.

<sup>45</sup> Caso Hertz; STJCE de 8 de noviembre de 1990, asunto C-179/1988 (TJCE 1991, 74).

<sup>46</sup> AGUILERA RULL, A.: “Discriminación directa e indirecta. Comparación y crítica del concepto de discriminación en el Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz y en el Proyecto español de Ley Orgánica para la igualdad efectiva de hombres y mujeres”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2007, pág. 9.

discriminación indirecta es que si la empresa emite una justificación objetiva y razonable se libera de responsabilidad<sup>47</sup>.

Para hablar de discriminación indirecta se debe hacer mención a la conocida Sentencia Griggs, v. Duke Power Company, del Tribunal Supremo de Estados Unidos del año 1971, que dio lugar al reconocimiento de la discriminación indirecta “disparate impact”, en relación a la desigualdad preexistente entre las personas de color y las blancas, siendo una lucha de desigualdad racial, pero también económica y social. Este caso en particular se refería a las condiciones de acceso y promoción en el empleo de la empresa Duke Power Company. La compañía exigía como requisito el título de “High school” y un test de inteligencia para promocionar, exigencias que los afroamericanos de esa época no reunían, ya que tenían un nivel formativo inferior a los trabajadores blancos. Este criterio de promoción se consideró discriminatorio ya que no estaba relacionada la posesión del título con los trabajos a desempeñar en el puesto<sup>48</sup>.

Un ejemplo frecuente de discriminación indirecta por razón de sexo se encuentra en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>49</sup>, en relación el trabajo a tiempo parcial, un empleo altamente feminizado. Todas aquellas medidas que otorguen ventajas a la condición de trabajar un determinado número de horas al mes, por lo general perjudicarán más al colectivo de mujeres que al de hombres, y en caso de no existir justificación para ese criterio, se trataría de discriminación indirecta.

### **5.3 Acoso discriminatorio**

El acoso discriminatorio es una forma de discriminación directa, caracterizada por tratarse de un comportamiento no deseado relacionado con las causas ya enumeradas en los anteriores apartados, que tiene como propósito atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. Se trata de un

---

<sup>47</sup> BALLESTER PASTOR, M. A.: “Las Directivas sobre aplicación del principio de igualdad de trato de las personas por razón de origen racial o étnico (2000/43) y por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (2000/78)”, (cit.), págs. 306 y ss.

<sup>48</sup> GIRÁLDEZ MÉNDEZ, R.: “Un caso particular de discriminación indirecta no acceso ao emprego a discriminación indirecta por razón de clase social”, *Cuaderno electrónico de estudios jurídicos*, núm. 1, 2013, pág. 123.

<sup>49</sup> STC 253/2004, de 22 de diciembre de 2004.

acoso moral que sufren las personas pertenecientes a alguno de los colectivos enumerados<sup>50</sup>.

Se puede decir que es una forma de discriminación directa ya que reúne los requisitos de ésta: es un comportamiento que afecta a una o varias personas concretas y no a un grupo como tal, y no puede ser justificado objetivamente con una finalidad legítima.

Al igual que el resto de tipos de acoso, exige una manifestación externa verbal o no verbal por parte del sujeto activo, y ha de ser percibida por el sujeto pasivo como indeseable, ya que el propósito es atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante y ofensivo.

Por lo tanto, no se trataría de acoso discriminatorio cualquier comportamiento que no tenga un ánimo de ofensa y sea mutuamente aceptado por las partes, como por ejemplo que dos compañeros de trabajo se llamen recíprocamente “maricón” y “marimacho”<sup>51</sup>.

Algunos ejemplos de conductas que constituyen acoso discriminatorio son: formas ofensivas de dirigirse a alguien; ridiculizar, menospreciar a una persona y a su trabajo; utilizar humor sexista, racista, u homófobo, por razón de una causa odiosa<sup>52</sup>.

#### **5.4 Orientación sexual**

La orientación sexual se define como la atracción de una persona hacia otra en el plano emotivo, romántico, sexual o afectivo. Esta atracción puede darse en diferentes formas: heterosexual, homosexual, bisexual o pansexual. Es preciso mencionar que asimismo la atracción puede no darse, como ocurre con las personas asexuales, que son aquellas que no sienten atracción por ningún sexo o género<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> BENAVENTE TORRES, I.: “Igualdad y no discriminación en el empleo y en las condiciones de trabajo”, en AAVV (NAVARRO NIETO, F., RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., C., GÓMEZ MUÑOZ, J. M., Dirs.), (cit.), pág. 235.

<sup>51</sup> CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C. M.: “Allgemeines gleichbehandlungsgesetz. Aproximación a la nueva regulación general de prohibición de tratamiento desigual en el Derecho alemán, en especial, su alcance en el ámbito civil”, *Meritum*, vol. 3, núm. 2, 2008, págs. 282 y ss.

<sup>52</sup> PRECIADO DOMÈNECH, C. H.: *Igualdad y no discriminación en el derecho de la Unión Europea*, (cit.), pág. 139.

<sup>53</sup> MONEREO ATIENZA, C.: “Igualdad y no discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género (lesbianas, gays, bisexuales, transexuales)”, en AAVV (MONEREO ATIENZA, C., Coord., MONEREO PÉREZ, J. L., Dir.): *El sistema universal de los Derechos Humanos*, Granada (Comares), 2014, pág. 97.

Una persona es heterosexual cuando siente atraída por personas del sexo contrario al suyo; homosexual si estos sentimientos se producen hacia personas del mismo sexo (gays para hombres y lesbianas para mujeres); bisexual cuando la atracción se produce indiferentemente hacia personas de ambos sexos; y pansexual cuando la atracción se produce sin distinción de géneros ni de sexo.

## **5.5 Identidad sexual e identidad de género**

Antes de pasar a definir los conceptos básicos en relación a la sexualidad y el género se debe hacer referencia a la definición de “sexo”. El sexo hace referencia a lo que somos: hombres o mujeres, además de tener en cuenta a las personas intersexuales. El hecho de ser mujeres u hombres es el resultado de los procesos de sexuación que se producen durante el embarazo, y suponen la construcción biológica y hormonal del individuo<sup>54</sup>.

Ahora bien, de acuerdo con esto, se puede hablar de la identidad sexual, que se refiere al sexo sentido, es decir, a sentirse hombre o mujer. Cuando una persona se siente hombre o mujer, y concuerda con el sexo que se le asignó al nacer, se habla de personas cissexuales. En cambio, cuando una persona se siente del sexo contrario al que se le asignó al nacer será un caso de transexualidad; y si presenta conjuntamente caracteres sexuales masculinos y femeninos se tratará de una persona intersexual.

En relación con la identidad de género, es preciso definir igualmente qué es el género. Según la Organización Mundial de la Salud, son “los roles socialmente construidos, comportamientos, actividades y atributos que una sociedad considera como apropiados para hombres y mujeres”.

Entonces, la identidad de género es un sentimiento psicológico de ser hombre o mujer, que implica la adhesión a esas normas sociales establecidas en cuanto a comportamientos, valores, y funciones sociales determinadas sobre lo que es masculino y femenino. La sociedad se ha encargado de dividir a las personas en hombre o mujer, y de asignarles una serie de actitudes y valores determinados. Por lo tanto, la identificación

---

<sup>54</sup> DE ELENA AMOR, M: “Conceptos básicos relacionados con el género”, obtenido en: <http://www.mundocooperante.org>, el 31 de mayo de 2017.

con un género u otro es artificial y contraproducente con la igualdad, ya que se está perpetuando un sistema que subordina a las mujeres<sup>55</sup>.

## 6 LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACION SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO EN EL DERECHO COMUNITARIO

A nivel internacional, la tutela contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género ha tenido una aparición más tardía que el resto de causas discriminatorias. Mientras que se reconocían y protegían los derechos fundamentales relacionados con la dignidad y libertad humana, la situación de persecución y discriminación sufrida por el colectivo LGTBI+ en todo el mundo fue ignorada durante décadas. En los textos internacionales como la DUDH o el CEDH no aparece específicamente nombrada como causa de discriminación, sino que se recogería en una cláusula abierta como ocurre por ejemplo en la Constitución Española, art. 14: “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Esto no favorece en absoluto la eliminación de la discriminación y, tampoco, ataca más directamente los casos de países en los que aún se criminaliza a este colectivo<sup>56</sup>.

En el ámbito comunitario, al igual que en el resto del mundo, apareció de forma posterior a las demás de causas. Como ya se ha mencionado en anteriores apartados, cuando se constituyó la Comunidad Económica Europea la principal preocupación era económica, regulando únicamente los derechos que influyesen en el libre mercado, como era el de la igualdad retributiva entre hombres y mujeres. A partir de los años 70 cuando se adquiere una mayor perspectiva social comienzan a tratarse nuevas causas y ámbitos de discriminación.

### 6.1 Resoluciones del Parlamento Europeo en referencia a la discriminación por orientación e identidad sexual

Las primeras referencias a la discriminación por orientación sexual se encuentran en las Resoluciones del Parlamento Europeo y en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentando las bases para la elaboración de normas comunitarias vinculantes.

---

<sup>55</sup> MONEREO ATIENZA, C.: “Igualdad y no discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género (lesbianas, gays, bisexuales, transexuales)”, en AAVV (MONEREO ATIENZA, C., Coord., MONEREO PÉREZ, J. L., Dir.), (cit.), pág. 97.

<sup>56</sup> MANZANO BARRAGÁN, I.: “La protección de las minorías sexuales en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 13, núm. 32, 2009, pág. 152.



La primera Resolución se aprobó el 13 de marzo de 1984, en relación a las discriminaciones sexuales en el lugar de trabajo. En ella, además de referirse al ámbito del empleo se le otorga igualmente una dimensión social. Se justifica la libertad de circulación de las personas homosexuales debido a que tenderán a trabajar en países donde se garantice la protección contra la discriminación por orientación sexual y exista una mayor tolerancia. Asimismo, se solicita a la OMS que elimine de su Clasificación Internacional de Enfermedades la orientación sexual, ya que ocasiona enormes perjuicios para la plena realización social, profesional y psicológica para los individuos, haciéndose efectiva la eliminación en 1992.

En relación al ámbito del empleo, se insta a la Comisión Europea a establecer medidas contra los despidos y condiciones laborales discriminatorios por orientación sexual, especialmente en los ámbitos del ejército, la marina o diplomacia<sup>57</sup>.

Otra Resolución a destacar es la del 12 de septiembre de 1989 del Parlamento Europeo, sobre la discriminación de los transexuales, ya los indicadores de empleo mostraban que durante la fase del cambio de sexo el índice de desempleo era de un 60 a 80%, por lo que se insta a la Comisión Europea a incidir sobre los Estados para que tomen medidas para favorecer el empleo de personas transexuales<sup>58</sup>.

Tras estas Resoluciones, se publicó la del 8 de febrero de 1994 del Parlamento Europeo, sobre la igualdad de derechos de homosexuales y lesbianas en la Comunidad Europea. En ella se considera la discriminación por orientación sexual como un ataque a los derechos humanos, y se le da una mayor importancia en el ordenamiento jurídico comunitario. En el texto se realizan diferentes peticiones y llamamientos para poner fin a las discriminaciones, la despenalización de las relaciones homosexuales, campañas para la igualdad en todos los ámbitos de la vida laboral, disposiciones jurídicas y administrativas. Además se insta a las organizaciones LGTBI+ nacionales para que realicen campañas antidiscriminatorias<sup>59</sup>.

A pesar de que las Resoluciones carecen de valor jurídico obligatorio, reflejan las principales reivindicaciones del Colectivo, y sirvió como base para las posteriores

---

<sup>57</sup> CHACARTEGUI JÁVEGA, C.: *Discriminación y orientación sexual del trabajador*, Valladolid (Lex Nova), 2001, págs. 37 y ss.

<sup>58</sup> CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J. F.: *El derecho fundamental a la no discriminación por orientación sexual e identidad de género en la relación laboral*, (cit.), pág. 47.

<sup>59</sup> CHACARTEGUI JÁVEGA, C.: *Discriminación y orientación sexual del trabajador*, (cit.), págs. 44 y ss.

mejoras de sus derechos tanto en el ámbito comunitario como en el ordenamiento de los Estados miembros<sup>60</sup>.

## **6.2 La Directiva 2000/78/CE**

Finalmente, tras todos los pasos previos que se dieron en materia de igualdad dirigidos a paliar la situación de los colectivos que el artículo 13 del Tratado de Ámsterdam advirtió años antes, en el 27 de noviembre del año 2000 se publican las Directivas 2000/43/CE, del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; 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; y 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 hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición); y además se aprobó la Decisión del Consejo por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación (2001-2006).

En este estudio se analizarán los puntos más destacables de la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Lo que esta Directiva establece en su artículo primero es “un marco general para luchar contra la discriminación por los motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato”. Como se aprecia en el texto, esta supone un importante impulso para el reconocimiento de los derechos de los homosexuales a nivel europeo y en los ordenamientos internos de los Estados miembros.

La Directiva presenta diferentes claros y oscuros, a pesar de ser un gran avance no contempla la discriminación por identidad sexual. En el articulado no se encuentra una definición de qué se entiende por “orientación sexual” en el sentido de la aplicación de esta Directiva, por lo tanto, no se conoce si el colectivo transexual e intersexual está protegido mediante la misma. La Sentencia del TJUE en cuanto al caso P v. S, estableció que la transexualidad es un fenómeno en cuanto al sexo del individuo, por lo que se le

---

<sup>60</sup> CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J. F.: El derecho fundamental a la no discriminación por orientación sexual e identidad de género en la relación laboral, (cit.), pág. 48.

aplicaría las disposiciones en relación a la discriminación por relación de sexo. En principio esto puede ser más beneficioso para los transexuales, pero también un obstáculo para el reconocimiento de sus características propias y necesidades particulares que este colectivo presenta, y que sería más favorable si se hiciera a través de la orientación e identidad sexual<sup>61</sup>.

En el artículo 2 se ocupa de las definiciones, contiendo las del principio de igualdad de trato, la discriminación directa e indirecta, y el acoso. Y por otra parte, el artículo 7 establece que los Estados pueden adoptar medidas de acción positiva para garantizar la igualdad de oportunidades en la vida profesional. Las medidas de acción positiva no son fáciles de aplicar cuando se refieren al Colectivo LGTBI+, porque no son fáciles de justificar, por el derecho a la privacidad de las personas que no quieren revelar su orientación sexual, y por el posible fraude de personas que mientan sobre su orientación sexual para beneficiarse<sup>62</sup>.

Sin embargo, en relación a las acciones positivas destinadas a fomentar el diálogo social para que la negociación colectiva tenga en cuenta los elementos antidiscriminatorios incluidos la Directiva son especialmente importantes<sup>63</sup>.

El artículo 13 señala que se debe reforzar el papel de los interlocutores sociales en la lucha contra la discriminación, para el control de la tutela antidiscriminatoria, la igualdad de trato, el control de las prácticas en el lugar de trabajo, convenios, y buenas prácticas. Asimismo, establece que los Estados deben fomentar la celebración de convenios que establezcan normas antidiscriminatorias en todos los ámbitos del trabajo establecidos en el artículo 3 que se analiza a continuación.

El ámbito de aplicación se encuentra en el artículo 3, refiriéndose al ámbito subjetivo y material de la discriminación. El ámbito subjetivo de la Directiva establece que se aplicará a todas las personas tanto del sector público como privado, incluidos los organismos públicos. Por lo que respecta al ámbito material, se aplicará a la actividad por cuenta ajena y por cuenta propia, y al ejercicio profesional. El ámbito material está configurado ampliamente, abarcando todas las condiciones de trabajo, como son las

---

<sup>61</sup> RIVAS VAÑÓ, A.: “La prohibición de la discriminación por orientación sexual en la directiva 2000/78/CE”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 59, 2001, págs. 204 y ss.

<sup>62</sup> CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J. F.: *El derecho fundamental a la no discriminación por orientación sexual e identidad de género en la relación laboral*, (cit.), pág. 78.

<sup>63</sup> CHACARTEGUI JÁVEGA, C.: *Discriminación y orientación sexual del trabajador*, (cit.), págs. 68 y ss.

condiciones de acceso y selección, contratación y promoción, la clasificación profesional, el acceso a la orientación y formación profesional, experiencia, reciclaje, hasta la extinción del contrato y despido del trabajador, e incluso la afiliación y participación en las organizaciones de trabajadores.

Por lo tanto, la gran amplitud que se observa sobre la prohibición de la discriminación por orientación sexual en todos los ámbitos de la relación laboral pretende garantizar que exista una igualdad real para el desarrollo de la carrera profesional del trabajador, estableciendo unos criterios de selección y acceso, promoción, o formación basados en criterios objetivos, como son la experiencia, las cualificaciones y aptitudes, y la competencia para el puesto, independientemente de la orientación o identidad sexual del individuo<sup>64</sup>.

Las excepciones que establece la Directiva en su artículo 4 se refieren a los requisitos profesionales, los cuales han de ser “esenciales y determinantes, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado”. Estos requisitos se establecen en relación a las actividades profesionales de iglesias u otras organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o convicciones de la persona. También se encuentra una excepción en el artículo 3.4, para el caso de las fuerzas armadas, que podrán establecer restricciones en relación a la edad y discapacidad de la persona, por motivos de seguridad<sup>65</sup>.

Existen particulares dificultades en este colectivo en relación a la imposibilidad legal del matrimonio en la mayoría de los Estados miembros, supone un grave impedimento para la consecución de la igualdad real de este colectivo<sup>66</sup>.

El primer país del mundo que legalizó el matrimonio homosexual fue Países Bajos, incluyendo la adopción entre parejas del mismo sexo, en el año 2001. En España esto ocurrió en 2005 a través de la Ley 13/2005, de 1 de julio, de modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> CHACARTEGUI JÁVEGA, C.: *Discriminación y orientación sexual del trabajador*, (cit.), págs. 66 y ss.

<sup>65</sup> CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J. F.: El derecho fundamental a la no discriminación por orientación sexual e identidad de género en la relación laboral, (cit.), págs. 59 y ss.

<sup>66</sup> BENAVENTE TORRES, I.: “Igualdad y no discriminación en el empleo y en las condiciones de trabajo”, en AAVV (NAVARRO NIETO, F., RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., C., GÓMEZ MUÑOZ, J. M., Dirs.), (cit.), pág. 254.

<sup>67</sup> DÍEZ-PICAZO, L.M.: “En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo”, *Revista para el análisis del derecho*, núm. 2, 2007, pág. 3.

Progresivamente se ha ido legalizando en muchos más estados, más notablemente en aquellos situados en el oeste de Europa; mientras que en el sur y algunos del centro, como por ejemplo Italia, sigue sin reconocerse el derecho al matrimonio para las personas homosexuales, siendo incluso prohibido constitucionalmente como son los casos de Rusia o Polonia<sup>68</sup>.

La complicación existe porque para poder disfrutar de los mismos derechos que disfrutaban las parejas heterosexuales debe existir un vínculo matrimonial que en muchos casos no es posible. Cuando es requisito para obtener esas ventajas o beneficios el enlace matrimonial, no se trata de una discriminación por orientación sexual, ya que se sustenta en la existencia o no de un enlace matrimonial, aunque claramente constituye una desventaja para las parejas homosexuales que no pueden optar al matrimonio. No ocurriría lo mismo en el caso de la pareja de hecho, ya que en ese supuesto no se puede negar la concesión de los mismos beneficios para la pareja homosexual sin incurrir en discriminación directa<sup>69</sup>.

La Directiva 2000/78/CE sin duda refleja la importancia de la protección contra la discriminación por orientación sexual que surge tras el Tratado de Ámsterdam, en el ámbito laboral. El derecho a la igualdad y no discriminación por cualquier causa constituye de un pilar fundamental en la Unión Europea, y queda de manifiesto a través de las diversas Directivas antidiscriminatorias que ha publicado. Se hace necesaria una nueva Directiva que se ocupe de la discriminación en otros ámbitos de la vida social, sin quedar únicamente reducido al ámbito laboral, que a pesar de ser un gran avance, es importante ampliar el ámbito de actuación de la igualdad, como por ejemplo en relación a la legalización del matrimonio homosexual en todos los Estados miembros, o a la adopción para parejas homosexuales.

---

<sup>68</sup> En torno a esta cuestión: SORIANO MARTÍNEZ, E.: “El matrimonio homosexual en Europa”, *Revista Bolivariana de Derecho*, núm. 12, 2001, págs. 207 y ss.

<sup>69</sup> RIVAS VAÑÓ, A.: “La prohibición de la discriminación por orientación sexual en la directiva 2000/78/CE”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, págs. 217 y ss.

## 7 LA SITUACIÓN SOCIAL HISTÓRICA Y ACTUAL DEL COLECTIVO LGTBI+

La discriminación al Colectivo LGTBI+ es más complicada que en el resto de colectivos, ya que se relaciona directamente con la intimidad de la persona. Se trata de una discriminación en la que no solo cuentan las realidades del individuo, sino que también cuentan las interpretaciones y percepciones de terceras personas. Aun hoy en día muchos consideran que una orientación sexual diferente de la heterosexual es enfermizo, vicioso, pecaminoso, o contra-natura<sup>70</sup>.

Históricamente, el Colectivo LGTBI+ ha sufrido una fuerte discriminación y aislamiento social. La marginación de este colectivo se daba en todo el mundo occidental. Fueron víctimas del Holocausto nazi, perseguidos por los regímenes comunistas en todo el mundo, y siendo su orientación sexual constitutiva de delito en muchos países, como España o Estados Unidos. El problema es que mientras que en el resto de países tras la Segunda Guerra Mundial se avanzó hacia una tolerancia de estas personas y su condición, en España se prolongó la persecución judicial y policial hasta finales de los años 70<sup>71</sup>.

En España, la homosexualidad era un delito tipificado durante el franquismo en la Ley de Vagos y Maleantes (1954)<sup>72</sup>; y posteriormente, en el año 1970, continuó la represión a estas personas a través la Ley sobre peligrosidad y rehabilitación social, no eliminándose de la lista de delitos la homosexualidad hasta después de la aprobación de la Constitución Española en 1978<sup>73</sup>.

Alrededor de 5.000 homosexuales fueron encarcelados y condenados a trabajos obligatorios por su orientación sexual, y además, eran condenados a estancias en manicomios y sometidos a técnicas de electroshock para “curar” su enfermedad. Aunque no todos los gays y lesbianas fueron encarcelados durante la dictadura, se veían obligados a ocultar su realidad y a vivir en la clandestinidad para evitar la represión<sup>74</sup>.

---

<sup>70</sup> CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J. F.: *El derecho fundamental a la no discriminación por orientación sexual e identidad de género en la relación laboral*, Albacete (Bomarzo), 2014, págs. 15 y ss.

<sup>71</sup> ARNALTE BARRERA, A.: *Redada de violetas. La represión de los homosexuales durante el franquismo*, Madrid (La Esfera de los Libros), 2003, págs. 19 y ss.

<sup>72</sup> A pesar de que la Ley de Vagos y Maleantes entró en vigor en agosto de 1933 en relación al tratamiento de vagabundos, nómadas, proxenetas y demás individuos antisociales, fue modificada durante la dictadura franquista en el julio de 1954 para incluir en su ámbito de aplicación a los homosexuales.

<sup>73</sup> PERALES, A. E.: “La interdicción de discriminación por razón de orientación sexual. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 41/2006”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 20, 2007, pág. 656.

<sup>74</sup> ARNALTE BARRERA, A.: *Redada de violetas. La represión de los homosexuales durante el franquismo*, (cit.), pág. 23.

No ocurría lo mismo con las mujeres lesbianas, éstas eran inexistentes para la sociedad en aquella época gracias a las ideas sobre la sexualidad femenina, que no concebía la idea de que las mujeres tuvieran deseos sexuales más allá de la procreación. Siempre que se adaptasen al resto de patrones sociales, no sufrían la persecución de la época, moviéndose en círculos clandestinos. No era sospechoso que dos mujeres vivieran juntas o fueran cariñosas entre ellas, ya que se consideraba un comportamiento “normal” entre mujeres<sup>75</sup>.

En el ámbito laboral, desgraciadamente aun en la actualidad muchas personas se ven obligadas a ocultar su orientación sexual para conseguir o mantener su puesto de trabajo, lo cual supone una limitación a su derecho a la propia imagen y libertad personal.

Aquellos que se han enfrentado a mayores dificultades en el ámbito del empleo son las personas transexuales. Tienen problemas para acreditar sus títulos, currículum, aptitudes, además de su documentación, que en ocasiones supone una barrera infranqueable para regularizar su situación en caso de que no se hayan sometido a una cirugía de reasignación de sexo. Fruto de estas complicaciones es la frecuente rotación de puestos de trabajo de estas personas, e incluso el verse obligados a emigrar para evitar un conocimiento forzado de su situación personal. Asimismo, la dificultad que sufren para obtener empleo, desemboca en que muchos de los afectados se vean forzados a practicar la prostitución<sup>76</sup>.

Sin duda se trata de un colectivo de personas que a lo largo de la historia ha sufrido una gran discriminación y represión, y hoy por hoy seguimos siendo testigos de tratos discriminatorios, a pesar de la actuación de los poderes públicos en relación al principio de igualdad.

---

<sup>75</sup> UGARTE PÉREZ, J.: *Una discriminación universal. La homosexualidad bajo el franquismo y la transición*, Barcelona (Egales), 2008, pág. 174.

<sup>76</sup> CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J. F.: *El derecho fundamental a la no discriminación por orientación sexual e identidad de género en la relación laboral*, (cit.), págs. 20 y ss.

## 8 LA DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL EN ESPAÑA TRAS LA DIRECTIVA 2000/78/CE

A pesar de que el Colectivo LGTBI+ continúa con su lucha por la igualdad y no discriminación en todos los ámbitos, gracias al gran avance que supuso la Directiva 2000/78/CE en España se produjeron significativos cambios en materia laboral, civil y de seguridad social.

Como ya se ha señalado, la prohibición de la discriminación por orientación sexual es significativamente más complicada que el resto de causas, como por ejemplo la discriminación por raza o sexo. Se trata de un aspecto vinculado a la vida privada e intimidad de la persona, y además se encuentra sometida a fuertes prejuicios sociales que la consideran como una patología o elección voluntaria, lo cual dificulta la consecución del derecho a la igualdad<sup>77</sup>.

De forma previa a la publicación de la Directiva 2000/78/CE, en el ordenamiento jurídico español no se encontraban referencias a la prohibición de la discriminación por orientación sexual, pero sí estaba protegida por la Constitución en su artículo 14, en la cláusula general que cierra el mismo: “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

En el ámbito laboral, tampoco se recogía el principio de no discriminación por orientación sexual, ya que los antiguos artículos 4 o 17 del ya derogado RDL 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, no contemplaban esa causa de discriminación.

Sin embargo, la doctrina consideraba que este principio debía ser aplicado en las Relaciones Laborales, tal y como quedó expuesto en los Tribunales. Las empresas despedían injustamente a personas homosexuales o transexuales porque consideraban que dañaban la imagen de la compañía y la perjudicaban, debido al gran rechazo de la sociedad hacia ellos. Se les despedía por motivos ligados a su intimidad, y no a sus capacidades o competencias profesionales, lesionando importantes derechos constitucionales como son el derecho a la dignidad (art. 10 CE), a la no discriminación (art. 14 CE), el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen

---

<sup>77</sup> GARCÍA TESTAL, E.: “Discriminación por orientación sexual del ámbito europeo al ordenamiento interno”, en AA.VV. (BALLESTER PASTOR, M.A., Coord.): *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2010, pág. 190.



(art. 17 CE). Estos despidos se consideraban nulos, ya que se estaba despidiendo a una persona por su orientación o identidad sexual, no por una causa objetiva y razonable<sup>78</sup>.

En cuanto a las parejas de hecho homosexuales, no podían acceder a los beneficios y prestaciones que eran disfrutados por las parejas de hecho heterosexuales, al igual que en el resto de Europa. No se les permitía por ejemplo: cobrar indemnizaciones por causa de muerte de su compañero, pensiones de viudedad<sup>79</sup>; equiparar la licencia retribuida de 15 por matrimonio, en su caso por inscripción en el Registro de parejas de hecho<sup>80</sup>; y otros permisos o licencias cuyo requisito indispensable era el vínculo matrimonial<sup>81</sup>.

El punto de inflexión fue la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. En su exposición de motivos establece que mediante las medidas introducidas en la misma, se adecuará la legislación española a la Directiva 2000/43/CE, y a la que nos concierne en este estudio, la Directiva 2000/78/CE. Se procedió a su transposición al ordenamiento jurídico español, modificando entre otros, determinados preceptos del Estatuto de los Trabajadores, de la Ley de Procedimiento Laboral, y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Las modificaciones introducidas en el Estatuto de los Trabajadores en relación a la discriminación por orientación sexual son las siguientes.

Las realizadas en el artículo 4, consistieron en incluir la prohibición de la discriminación por orientación sexual al resto de causas que ya contenía el art. 4.2 c), en relación a los derechos de los trabajadores: “en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho: c) A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español”. Asimismo se modificó la letra e) del mismo precepto: “e) al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección

---

<sup>78</sup> ALVENTOSA DEL RÍO, J.: *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el derecho español*, Madrid (Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales), 2008, págs. 291 y ss.

<sup>79</sup> STC de 11 de julio de 1994.

<sup>80</sup> STSJ de Madrid de 25 de marzo de 1998.

<sup>81</sup> GARCÍA TESTAL, E.: “Discriminación por orientación sexual del ámbito europeo al ordenamiento interno”, en AA.VV. (BALLESTER PASTOR, M.A., Coord.), (cit.), págs. 212 y ss.

frente al acoso por razón de (...) orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo”.

En esta misma línea, el artículo 54.2 g) establece la protección del acoso discriminatorio por la orientación sexual, considerándolo un incumplimiento contractual y siendo una de las causas de despido disciplinario.

El artículo 17, dedicado a la no discriminación en las relaciones laborales, establece que todos aquellos preceptos reglamentarios, cláusulas de convenios colectivos, pactos individuales, decisiones unilaterales del empresario, que den lugar a discriminación directa o indirecta, por razón de orientación o condición sexual se entenderán nulos y sin efecto. Y “serán igualmente nulas, todas las órdenes de discriminar, o que ocasionen un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”, estableciendo una garantía de indemnidad para todos los trabajadores que denuncien situaciones discriminatorias.

En concordancia con este precepto, la LISOS recoge en su artículo 8 de infracciones muy graves, apartado 12 “las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de (...) orientación sexual, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”; y apartado 13 bis. “el acoso por razón de (...) orientación sexual y el acoso por razón de sexo, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo”.

En aquellos casos que el trabajador decida denunciar un caso de discriminación por razón de su orientación sexual, el artículo 96 de la Ley de Procedimiento Laboral establece una inversión de la carga de la prueba, siendo el demandado el encargado de

aportar una justificación objetiva y razonada de las medidas que han causado la discriminación<sup>82</sup>.

En cuanto al ámbito civil, la novedad más importante para los homosexuales fue gracias a la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, permitiendo a las parejas homosexuales el derecho al matrimonio. Se modificó el Código Civil, y se estableció la igualdad de derechos y obligaciones con independencia del sexo de los miembros del matrimonio. Esta reforma tiene carácter omnicompresivo, ya que no se limita a reformar el Código Civil, sino el conjunto de normas que forman el Derecho español, produciendo efectos el matrimonio en todas las relaciones jurídicas, incluida la laboral<sup>83</sup>.

Esta reforma afecta directamente a la Seguridad Social y al Estatuto de los Trabajadores, en el sentido de que existen diferentes derechos por razones matrimoniales o familiares, independientemente del sexo de los integrantes del matrimonio.

Estos permisos o derechos son: la licencia retribuida por matrimonio de 15 días (art. 37.3 a) ET); suspensión del contrato de trabajo por maternidad y paternidad (art. 48 ET), adopción o acogimiento o riesgo durante el embarazo o lactancia (art. 45.1 d) y e) ET); permiso de 2 días por nacimiento de hijo en matrimonios de lesbianas (art. 37.3 b) ET); permiso de una hora de ausencia del trabajo por lactancia (art. 37.4 ET), derecho a ausentarse del trabajo durante una hora en caso de nacimiento de hijos prematuros (art. 37.5 ET); excedencia por cuidado de hijo (art. 46.3 ET); prestación por maternidad (Cap. VI, LGSS) o paternidad (Cap. VII, LGSS); pensión de viudedad (Cap. XIV, LGSS); y todas aquellas prestaciones familiares de la Seguridad Social en su modalidad no contributiva: la prestación económica por hijo menor a cargo en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción; la prestación económica por nacimiento o adopción de hijo, en supuestos de familias numerosas, monoparentales y en los casos de madres con discapacidad; prestación económica por parto o adopción múltiples; prestación familiar en su modalidad contributiva.

Como se puede observar, el principio de no discriminación por orientación sexual queda especialmente protegido tras las reformas que surgieron gracias a la Directiva

---

<sup>82</sup> ALVENTOSA DEL RÍO, J.: *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el derecho español*, (cit.), pág. 298.

<sup>83</sup> GARCÍA TESTAL, E.: “Discriminación por orientación sexual del ámbito europeo al ordenamiento interno”, en AA.VV. (BALLESTER PASTOR, M.A., Coord.), (cit.), pág. 200.

2000/78/CE, pero al igual que ésta, no se pronuncia sobre la identidad sexual. No obstante, la doctrina considera que tampoco se puede excluir por ninguna razón a un transexual, por dos motivos: primero, porque el trabajador no tiene por qué comunicar al empresario sus circunstancias personales en cuanto a su proceso de reasignación de sexo; y segundo, porque lo único que un empresario ha de tener en cuenta para con sus empleados son sus capacidades y habilidades profesionales, considerándose nulos todos los preceptos que lesionen la dignidad e intimidad del trabajador por razón de su identidad sexual<sup>84</sup>.

---

<sup>84</sup> ALVENTOSA DEL RÍO, J.: *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el derecho español*, Madrid (Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales), 2008, pág. 299.

## 9 CONCLUSIONES

PRIMERA: El derecho fundamental a la igualdad y no discriminación, del mismo modo que el resto de derechos reconocidos tanto en las Declaraciones Universales, es inherente a la persona debido a la idea de dignidad humana, sin que puedan existir restricciones o limitaciones de ningún tipo, y gozando de unas garantías y jerarquía superior, para de este modo asegurar su disfrute en igualdad por todos los ciudadanos.

Si el fundamento de los derechos fundamentales es la idea de la dignidad humana, permaneciendo inviolable, y constituyendo uno de los pilares esenciales de los estados democráticos, ¿por qué siempre han existido colectivos de personas marginadas y discriminadas?

Como se ha expuesto en el texto, no siempre han existido los mismos derechos fundamentales, ya que se han ido desarrollando y reconociendo a lo largo de los años, respondiendo a la evolución histórica y social, y gracias a las reivindicaciones de los ciudadanos.

SEGUNDA: El derecho a la igualdad es básico, y aun así surgió en la “segunda generación”, pero aunque apareció en ese momento, el derecho a la igualdad real aun no ha sido satisfecho en la actualidad, y más notablemente en el presente tema de estudio, en relación a la orientación sexual e identidad de género.

Se trata de un derecho que no ha tenido la misma eficacia en todas las partes del mundo y para todos los ciudadanos, ya que se encuentra muy influenciado por los valores y prejuicios culturales. Es el derecho a ser diferentes, sin ser discriminados por ello. No se opone a las diferencias que puedan existir entre las personas, sino que lucha contra las desigualdades que puedan aparecer como consecuencia de éstas, tratando de eliminar las diferencias de trato injustas o sin justificación. Las acciones positivas son un mecanismo muy importante para la consecución de la igualdad, suponen una diferencia de trato, pero no van en contra de ella, ya que están destinadas a paliar una situación de discriminación.

TERCERA: El Derecho Social de la Unión Europea ha tenido un papel fundamental en materia de igualdad y no discriminación. Aunque la UE comenzó regulando un derecho más económico, con el paso de los años fue tomando mucha más relevancia en materia social, hasta convertirse en uno de los valores fundamentales de la Unión Europea, siendo el Tratado de Ámsterdam el punto de inflexión.

Gracias al avance que supuso, la igualdad se constituyó como una de las misiones de la Unión, fundamental para la justicia social, dando lugar a una gran actividad normativa en forma de Directivas antidiscriminatorias.

CUARTA: La tutela contra la discriminación por orientación sexual llegó con la Directiva 2000/78/CE, motivada por las novedades que introdujo previamente el Tratado de Ámsterdam. Hasta ese momento, la situación de persecución y marginación de los homosexuales y transexuales era olvidada, no siendo reconocida en ninguno de los textos internacionales, estando solo protegida en la cláusula abierta, invisibilizando su situación.

Configurada con una gran amplitud en su ámbito de aplicación, la Directiva abarca todos los aspectos de la relación laboral, y los ámbitos tanto público como privado, suponiendo un importante progreso para las personas LGTBI+, dado que el empleo constituye una de las principales formas de socialización e inclusión social. A pesar de que la Directiva solo se refería al ámbito del trabajo, y olvida la discriminación por identidad sexual, es innegable el avance que supuso.

QUINTA: La discriminación por orientación sexual e identidad sexual está directamente relacionada con la intimidad de la persona, puede ocultarse en el caso de los homosexuales, de hecho muchas personas se han visto obligadas a ello para conservar su puesto de trabajo. Sin embargo, las personas transexuales o intersexuales no tienen esa posibilidad, tienen que atravesar importantes obstáculos para que se les reconozca su identidad sexual, y en ocasiones no se les permite sin haberse sometido a la operación de reasignación de sexo, constituyendo una limitación a sus derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la dignidad y a la propia imagen.

SEXTA: El principio de no discriminación por orientación sexual queda especialmente protegido tras las reformas que surgieron gracias a la Directiva, cuya transposición en el ordenamiento jurídico español mediante la Ley 62/2003, supuso un cambio transversal en el ámbito del empleo y seguridad social, e incluso en el civil, ya que poco tiempo después a su publicación, en el año 2005, se legalizó el matrimonio homosexual.

El hecho de incluir en las causas de discriminación la orientación sexual, y de proteger al trabajador frente al acoso por esta causa, es un paso muy importante. Aunque ya se estaban declarando nulos los despidos o preceptos discriminatorios que se basaban en este aspecto de la vida privada del trabajador, estando ahora expresamente regulada en

la normativa garantiza una seguridad jurídica para todos aquellos que son discriminados por su orientación sexual.

SÉPTIMA: La reforma del Código Civil, permitiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo, fue igualmente destacable para el ordenamiento jurídico español, ya que afectaba a todo el conjunto de normas, igualando la situación de los matrimonios heterosexuales con los matrimonios homosexuales, permitiéndoles el disfrute en igualdad de condiciones de multitud de permisos o derechos, y de prestaciones de la Seguridad Social.

OCTAVA: El colectivo LGTBI+ comprende a personas con significativas diferencias entre sí, unidas para un fin, que no es otro que el reconocimiento y visibilidad de su situación, y para conseguir la igualdad en el disfrute de sus derechos, sin que pueda caber ningún tipo de discriminación por razón de su orientación sexual o su identidad sexual.

La marginidad y exclusión social que han sufrido estas personas a lo largo de la historia, pasando de la invisibilidad al odio, y que aún siguen viviendo en la actualidad, es fruto de los prejuicios y desinformación de la sociedad respecto a su situación.

NOVENA: Los poderes públicos y las asociaciones que los representan, deben actuar conjuntamente para terminar con esta realidad. Se deben promover campañas de diálogo social para conseguir una verdadera igualdad de oportunidades en el empleo, sin que importe la orientación sexual, la identidad de género, o la identidad sexual.

Además, se deben realizar campañas informativas sobre la realidad de este colectivo, para así naturalizar y visibilizar las diferentes orientaciones e identidades sexuales, en todos los niveles, tanto en el empleo como con los más jóvenes.

DÉCIMA: En la actualidad, son menos los países civilizados que condenan y rechazan abiertamente a los ciudadanos por razón de su orientación o identidad sexual, sin embargo las personas del colectivo LGTBI+ continúan sufriendo esa marginidad en todos los ámbitos.

La homofobia o transfobia visibles se condenan, sin embargo las invisibles siguen ahí. El colectivo LGTBI+ no busca que se tolere su orientación sexual o identidad de género, sino que luchan por el respeto a su condición.

UNDÉCIMA: Se deben realizar campañas informativas sobre la realidad de este colectivo, para así naturalizar y visibilizar las diferentes orientaciones e identidades sexuales, en todos los niveles, tanto en el empleo como con los más jóvenes. Debe existir una versión de la sexualidad y de la orientación sexual más diversa para que todo el mundo se sienta incluido y respetado. Además se hace necesaria la presencia de personas abiertamente LGTBI+, que sirvan de referente e igualmente eduquen en igualdad y no discriminación.

En este sentido la educación es fundamental y necesaria en todos los niveles, se tiene que educar y formar bajo los valores del respeto, la tolerancia, la igualdad y la no violencia. Solo así se eliminarán los prejuicios que arrastran, y se logrará una igualdad real para todos.



## 10 BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA RULL, A.: “Discriminación directa e indirecta. Comparación y crítica del concepto de discriminación en el Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz y en el Proyecto español de Ley Orgánica para la igualdad efectiva de hombres y mujeres”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2007, págs. 1-17.
- ALVENTOSA DEL RÍO: *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el derecho español*, Madrid (Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales), 2008.
- ARNALTE BARRERA, A.: *Redada de violetas. La represión de los homosexuales durante el franquismo*, Madrid (La Esfera de los Libros), 2003.
- BALLESTER PASTOR, M. A.: “Las Directivas sobre aplicación del principio de igualdad de trato de las personas por razón de origen racial o étnico (2000/43) y por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (2000/78)”, en AAVV (SALINAS MOLINA, F., MOLINER TAMBORERO, G., Dirs.): *La protección de derechos fundamentales*, Madrid (CGPJ), 2005, págs. 285-388.
- BARÓN CRESPO, E.: “El Tratado de Lisboa”, *Boletín de información*, núm. 303, 2008, págs. 7-19.
- BASSOLS COMA, M.: “Las relaciones del Defensor del Pueblo con los comisionados parlamentarios de las Comunidades Autónomas”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 7, 1997-1998, págs. 7-36.
- BENAVENTE TORRES, I.: “Igualdad y no discriminación en el empleo y en las condiciones de trabajo”, en AAVV (NAVARRO NIETO, F., RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., C., GÓMEZ MUÑOZ, J. M., Dirs.): *Manual de derecho social de la Unión Europea*, Madrid (Anaya), 2011, págs. 229-262.
- CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J. F.: *El derecho fundamental a la no discriminación por orientación sexual e identidad de género en la relación laboral*, Albacete (Bomarzo), 2014.
- CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C. M.: “Allgemeines gleichbehandlungsgesetz. Aproximación a la nueva regulación general de prohibición de tratamiento desigual en el Derecho alemán, en especial, su alcance en el ámbito civil”, *Meritum*, vol. 3, núm. 2, 2008, págs. 271-318.
- CHACARTEGUI JÁVEGA, C.: *Discriminación y orientación sexual del trabajador*, Valladolid (Lex Nova), 2001.
- CORTE HEREDERO, N.: *Breviario de Jurisprudencia Constitucional en Materia Laboral: El Derecho a la Igualdad (art. 14 CE), y la Garantía de Indemnidad (art. 24.1 CE)*, Navarra (Aranzadi), 2011.
- DÍAZ GARCÍA, I.: “Igualdad en la aplicación de la Ley. Concepto, iusfundamentalidad y consecuencias”, *Ius et Praxis*, Vol. 18, núm. 2, 2012, págs. 33-76.
- DÍEZ-PICAZO, L.M.: “En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo”, *Revista para el análisis del derecho*, núm. 2, 2007.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: “La intimidad del trabajador y su tutela en el contrato de trabajo”, en AAVV (CASAS BAAMONDE, M. E., DURÁN LÓPEZ, F., CRUZ VILLALÓN, J. Coords.): *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, Madrid (La Ley), 2006, págs. 616-671.

- FERNÁNDEZ RUÍZ-GÁLVEZ, E.: *Igualdad y Derechos Humanos*, Madrid (Tecnos), 2003.
- GARCÍA CALVENTE, Y.: “Derecho general a la igualdad y no discriminación”, en AA.VV. (MONEREO ATIENZA, C., Coord., MONEREO PÉREZ, J. L., Dir.): *El sistema universal de los Derechos Humanos*, Granada (Comares), 2014, págs. 29-39.
- GARCÍA CUADRADO, A. M.: *Teoría política y constitucional: Presupuestos y desarrollo de la dogmática constitucional*, León (EOLAS ediciones), 2016.
- GARCÍA MURCIA, J.: “Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales”, en AA.VV. (CASAS BAAMONDE, M. E., DURÁN LÓPEZ, F., CRUZ VILLALÓN, J. Coords.): *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, Madrid (La Ley), 2006, págs. 384-409.
- GARCÍA TESTAL, E.: “Discriminación por orientación sexual del ámbito europeo al ordenamiento interno”, en AA.VV. (BALLESTER PASTOR, M.A., Coord.): *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2010, págs.189-214.
- GIRÁLDEZ MÉNDEZ, R.: “Un caso particular de discriminación indirecta no acceso a empleo a discriminación indirecta por razón de clase social”, *Cuaderno electrónico de estudios jurídicos*, núm. 1, 2013, págs. 119-144.
- HABERMAS, J.: “La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44, 2010, págs. 105-121.
- IRIBARNE GONZÁLEZ, M. M.: “Acción positiva”, *Eunomía*, núm. 6, 2014, págs. 211-216.
- JIMÉNEZ CAMPO, J.: *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid (Trotta), 1999.
- LORCA NAVARRETE, J. F.: *Derechos fundamentales y jurisprudencia*, Madrid (Pirámide), 2007.
- MANZANO BARRAGÁN, I.: “La protección de las minorías sexuales en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 32, 2009, págs. 151-178.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, J.: “Las generaciones de derechos humanos”, en AAVV (BETEGÓN CARRILLO, J., LAPORTA SAN MIGUEL, F. J., PRIETO SANCHIS, L., DE PÁRAMO ARGÜELLES, J.R., Dirs.: *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid (Presidencia del Gobierno, Secretaría General Técnica), 2004, págs. 409-436.
- MONEREO ATIENZA, C.: “Igualdad y no discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género (lesbianas, gays, bisexuales, transexuales)”, en AAVV (MONEREO ATIENZA, C., Coord., MONEREO PÉREZ, J. L., Dir.): *El sistema universal de los Derechos Humanos*, Granada (Comares), 2014, págs. 93-104.
- OSBORNE, R.: “Grupos minoritarios y acción positiva: las mujeres y las políticas de igualdad”, *Papers: revista de sociología*, núm. 53, 1997, págs. 65-76.
- PECES BARBA, G.: *Derechos fundamentales*, Madrid (Guadiana), 1973.
- PERALES, A. E.: “La interdicción de discriminación por razón de orientación sexual. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 41/2006”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 20, 2007, págs. 655-661.
- PÉREZ LUÑO, A.E.: “Las generaciones de Derechos Humanos”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 10, 1991, págs. 203-217.

- PÉREZ LUÑO, A.E.: *Los derechos fundamentales*, Madrid (Tecnos), 1988.
- PIZZORUSSO, A.: “Las generaciones de derechos”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 3, 2002, págs. 493-514.
- PRECIADO DOMÈNECH, C. H.: *Igualdad y no discriminación en el derecho de la Unión Europea*, Albacete (Bomarzo), 2016.
- PRIETO ÁLVAREZ, T.: *La dignidad de la persona: núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de libertades públicas*, Navarra (Cizur Menor), 1999.
- PRIETO SANCHIS, L.: *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid (Editorial Debate), 1990.
- PRIETO SANCHIS, L.: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid (Trotta), 2003.
- RIVAS VAÑÓ, A.: “La prohibición de la discriminación por orientación sexual en la directiva 2000/78/CE”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 59, 2001, págs. 193-220.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FÉRNANDEZ LÓPEZ, M. F.: *Igualdad y discriminación*, Madrid (Tecnos), 1986.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Igualdad y discriminación en el Derecho Comunitario”, en AAVV (FALGUERA BARÓ, M.A., MORALO GALLEGO, S., Coords.): *Derecho social europeo*, Madrid (CGPJ), 2007, págs. 205-239.
- SORIANO MARTÍNEZ, E.: “El matrimonio homosexual en Europa”, *Revista Bolivariana de Derecho*, núm. 12, 2001, págs. 204-216.
- SUÁREZ, L.: “La determinación de los límites a los derechos fundamentales en la constitución española de 1978”, *Revista de ciencias jurídicas*, núm. 16-17, 2011-2012, págs. 201-217.
- UGARTE PÉREZ, J.: *Una discriminación universal. La homosexualidad bajo el franquismo y la transición*, Barcelona (Egales), 2008.
- VASÁK, K.: "Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights", *The UNESCO Courier*, núm. XXX, 11, 1977, págs. 28-29.

Visitado el 23 de abril de 2017: <https://www.defensordelpueblo.es>

Visitado el 31 de mayo de 2017: <http://www.mundocooperante.org/>

Visitado el 31 de mayo de 2017: <http://www.who.int/topics/gender/es/>