

diversos aspectos de la vida social. La recepción entre las políticas nacionales del impulso coordinado y de apoyo estructural abierto por la Unión Europea en esta materia ha dado sin duda frutos importantes, siquiera a nivel de objetivos generales y de programación, como es entre nosotros el Programa para España de Iniciativa comunitaria EQUAL (2000-2006), o el Plan de Acción para personas con discapacidad (1997-2002)³². Sin embargo, a diferencia de otro tipo de líneas de actuación dirigidas a los discapacitados, como es en materia de accesibilidad o movilidad, y que pueden tener más posibilidades de éxito por cuanto la Comunidad ejerce sobre ellas sus amplias competencias legislativas, el marco del empleo y más específicamente la igualdad de oportunidad en el empleo y la ocupación para los discapacitados sigue siendo hoy por hoy una responsabilidad inmediata de los Estados miembros, por muy incisivo que sea el impulso y el apoyo desplegado por las instancias comunitarias, de modo que aquéllos siguen sus propias pautas a la hora de crear y poner en práctica programas y servicios dirigidos a las personas con discapacidad. Las políticas nacionales surgen en contextos bien distintos entre unas y otras, a pesar de que todos los sistemas se enfrentan a las mismas cuestiones fundamentales a la hora de hacer realidad el principio de igualdad de oportunidades. De hecho, en periodos de escasez de empleo las personas discapacitadas sufren de forma más grave sus consecuencias, y en momentos actuales de un claro proceso de destrucción de empleos en empresas europeas se hace más imperiosa la necesidad de proteger y promover los derechos de participación y de integración de los discapacitados. En este sentido, la coordinación, seguimiento y supervisión, desde las instancias comunitarias, de las políticas nacionales fundamentalmente en materia de empleo de personas discapacitadas debe seguir inspirando toda la planificación estratégica que ha venido articulándose en estos últimos años.

³² Elaborado como revisión y desarrollo de la LISMI, el Plan fue aprobado en 1996 participando en dicha elaboración técnicos de los distintos ministerios implicados, de las CCAA, de las ONG más representativas, así como de los sindicatos y de los empresarios. Se caracteriza por ser un plan integral, que abarca las necesidades fundamentales del colectivo. A su vez, es un Plan Marco, que respeta al máximo las competencias de cada una de las diversas administraciones, y una propuesta de políticas activas, que apuesta firmemente por la participación de los discapacitados en la vida social, cultural y económica de nuestro país. Finalmente, es un Plan estratégico que se desarrolla y concreta a través de planes bienales de actuación. El contenido del Plan de Acción se estructura en Planes Sectoriales que se concretan en programas incluyendo por ejemplo contratación por tiempo indefinido de desempleados minusválidos y transformación de contratos temporales, contratos formativos para los minusválidos, integración laboral del minusválido a través de CEE, y promoción de empleo autónomo de minusválidos.

LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL EN LA DIRECTIVA 2000/78

ALICIA RIVAS VAÑÓ

Investigadora Instituto Universitario Europeo

EXTRACTO

La directiva 2000/78 incluye entre los motivos prohibidos de discriminación la orientación sexual, lo que supone un avance en el tratamiento jurídico del derecho de los colectivos homosexuales a la no discriminación. Esta introducción no es casual ni completamente novedosa. Por el contrario, enlaza con movimientos anteriores de otras instituciones comunitarias que habían iniciado con anterioridad acciones encaminadas a garantizar la igualdad de trato de los homosexuales, aunque los resultados hasta la fecha no habían sido muy destacables. En el ámbito del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, sin embargo, sí se había logrado un reconocimiento del principio de no discriminación para los homosexuales. La directiva supone una primera medida de desarrollo del artículo 13 del Tratado de Roma, y opera en uno de los ámbitos donde mayores posibilidades de discriminación por orientación sexual pueden producirse, el del empleo y las relaciones laborales. Puede resultar bastante efectiva en este campo, particularmente mediante la utilización de los conceptos de acoso y de discriminación indirecta. Si bien en su aplicación práctica planteará sin duda numerosos problemas, partiendo de la propia noción de orientación sexual, que no aparece definida en la propia directiva. Con todo es un primer caso que debe ser recibido con optimismo, toda vez que puede suponer un importante impulso en el reconocimiento de los derechos de los homosexuales en Europa, mejorando su situación jurídica en una mayoría de los Estados miembros.

ÍNDICE

1. La incorporación de la prohibición de discriminación por orientación sexual en el ámbito de la Unión Europea: 1.1. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia; 1.2. El concepto de sexo y la orientación sexual
2. El artículo 13 del Tratado de Ámsterdam y la orientación sexual: la protección antidiscriminatoria para el colectivo homosexual
3. La directiva 2000/78 y la orientación sexual: protección laboral frente a la discriminación: 3.1. Concepto de orientación sexual; 3.2. Concepto de discriminación: discriminación directa, indirecta, y acciones de discriminación positiva; 3.3. Ampliación del concepto de acoso; 3.4. Posibles excepciones a la prohibición de discriminación por orientación sexual. 3.5; La prohibición de discriminación por orientación sexual y la pareja homosexual
4. Conclusiones

1. LA INCORPORACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA

La orientación sexual como factor relevante para el derecho existe desde hace bastante tiempo. De hecho casi todos los códigos penales decimonónicos incluían entre los delitos contra la moral y el orden público, el delito de mantener relaciones sexuales con personas del mismo sexo, aún cuando dichas relaciones fueran realizadas en privado y por mayores de edad que consentían. Se pueden observar, sin embargo, diferencias en el tratamiento de la homosexualidad en este sentido, por cuanto en algunos Estados europeos se consideraba delito cualquier actividad sexual entre personas del mismo sexo, mientras en otros se hacía referencia explícita y exacta al acto de sodomía y felación. De igual manera, unos Estados perseguían la homosexualidad tanto masculina como femenina, mientras que otros se preocupaban tan sólo de la masculina, no habiendo ningún caso de persecución del lesbianismo exclusivamente en nuestro ámbito geográfico.

Ya en este siglo, y junto con el tratamiento anteriormente señalado, que no ha dejado de aplicarse hasta la década de los ochenta en algunos Estados europeos, la orientación sexual fue objeto de atención también por parte del régimen totalitario de la Alemania nazi, constituyendo los homosexuales, junto con judíos, gitanos, y prisioneros políticos, un colectivo perseguido y aniquilado, y siendo además el grupo de víctimas a las que Alemania tardó más tiempo en pedir perdón y en indemnizar¹. Por otra parte, el tratamiento que los regímenes comunistas hayan podido dispensar a sus ciudadanos homosexuales está lejos

¹ R. PLANT, *The Pink Triangle: the Nazi War against Homosexuals*, Mainstream Publishing, Edinburgh, 1987.

de conocerse en toda su extensión, si bien los datos conocidos hasta ahora apuntan en una dirección no muy distinta a la persecución, las humillaciones de todo tipo, la tortura e incluso la pena de muerte.

Sin embargo, afortunadamente, desde finales de la década de los setenta, el acercamiento del derecho al fenómeno homosexual ha empezado a variar, cambiando de considerarlo como un fenómeno objeto de regulación por el derecho penal, a tratarlo dentro de una dinámica, al inicio de tolerancia en el sentido de simple libertad de acción en el terreno exclusivamente privado, para acabar con la incorporación, en el ámbito del Derecho Comunitario, de la prohibición de discriminación por orientación sexual, con un marcado carácter proteccionista hacia el colectivo homosexual².

1.1. La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha tenido ocasión de pronunciarse, antes de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, y las modificaciones hechas en el mismo por el Tratado de Niza, sobre la cuestión de la orientación sexual en el ámbito del Derecho Comunitario. Además de otros momentos en los que el Alto Tribunal ha podido emitir su parecer en relación a este tema, aquí interesan dos casos que, por su contenido así como por su cercanía en el tiempo, resultan de gran interés para conocer como se llega a la prohibición de discriminación por orientación sexual recogida en el artículo 13 del Tratado de Ámsterdam y posteriormente desarrollada en la directiva 2000/78. Se trata de los casos *P.v.S. y Grant*³.

Comencemos, siguiendo un criterio temporal, por el caso *P.v.S.* Se trataba en este caso del despido de un transexual, la señora P., que se sometió a una operación de cambio de sexo de hombre a mujer en el periodo de tiempo en el que trabajaba para S. y el Cornwall County Council. Como consecuencia de este cambio de sexo, es despedida. La señora P. acude entonces al *Industrial Tribunal* de Truro, que plantea una cuestión al Tribunal de Justicia.

En su sentencia, el Tribunal de Justicia hace una interpretación de la directiva 76/207 del todo novedosa. Hemos de recordar que estamos en un momento del Derecho Comunitario en el que no hay mención alguna a la prohibición de discriminación por orientación sexual, exceptuando las recomendaciones del Parlamento Europeo en esta materia⁴. Así pues, el Tribunal de Justicia, para

² Sobre la situación de los homosexuales en el ámbito europeo, anterior a la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam y a importante jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ver K. WAALDIJK, "The legal situation in the Member States", en A. CLAPMAN, & K. WAALDIJK (coord.), *Homosexuality: a European Community Issue*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1993, pg.70.

³ *P v. S and Cornwall County Council*, de 30 de abril de 1996, Asunto C-13/94 y *Grant v. South-West Trains Ltd.*, de 17 de febrero de 1998, asunto C-249/96, respectivamente.

⁴ Así, en la Resolución del Parlamento Europeo de 1997 sobre el respeto de los derechos humanos en la Unión Europea ya se contenían algunas menciones la orientación sexual,

tutelar los derechos de esta señora transexual, acude a una interpretación de la discriminación por razón de sexo mucho más amplia de lo que hasta ese momento se había dado. El sexo deja de ser un factor meramente biológico, para convertirse en una condición psicológica con relevancia para el derecho⁵.

El caso *Grant*, por el contrario, supone la vuelta a una consideración más clásica de la idea de discriminación por razón de sexo. En este caso se trataba de averiguar si la negación por parte de la empresa South-West Trains, de beneficios en los transportes a favor de la pareja de una lesbiana, la señora Grant, era considerada como discriminación por razón de sexo. Se trataba además de una situación interesante por cuanto los beneficios en los transportes, considerados como salario, se concedían tanto a las parejas de los trabajadores unidas por un vínculo matrimonial, como a las parejas de hecho heterosexuales. Sin embargo, en este caso, y a pesar de las expectativas creadas por el caso *P.v.S.*, el Tribunal de Justicia hace una valoración de la situación como ajena a las competencias del Alto Tribunal, por entender que no se puede considerar como discriminación por razón de sexo la diferencia de trato hacia las parejas homosexuales, y que una protección en este sentido sería un claro caso de excesivo activismo judicial⁶.

El Tribunal de Justicia en este caso considera que se está tratando un asunto relacionado con la orientación sexual, y no con la discriminación por razón de sexo, lo que supone una vuelta a una concepción más clásica de la idea de sexo

pidiéndose a los Estados miembros "la eliminación de cualquier trato injusto de los homosexuales y lesbianas, en particular en lo que se refiere a la mayoría de edad sexual, los derechos civiles, el derecho al trabajo, los derechos sociales y económicos, etc..." (punto 54).

⁵ Esta sentencia fue comentada por numerosos iuslaboralistas europeos. En España pueden destacarse los trabajos de M. ALONSO OLEA, "El despido de un transexual", *Actas de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 1997, pg.237; M. MARISCAL DE GANTE & E. LÓPEZ PASARO, "Transexualidad y discriminación", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n°97, 1999, pg.601; J.M. MORALES ORTEGA, op. cit. infra; M.A. VICENTE PALACIO, "Transexualidad y contrato de trabajo", *Tribuna Social*, n°67, 1996, pg.55; A. RIVAS VAÑO & M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "Orientación sexual y no discriminación: el debate en Europa", *Temas Laborales*, n° 52, 1999, pg.3. En otros países, C. BARNARD, "P v. S: Kite Flying or a New Constitutional Approach?", en A. DASHWOOD & S. O'LEARY, *The principle of Equal treatment in EC Law*, Sweet & Maxwell, London, 1997, pg.59; *idem*, "The Principle of Equality in the Community Context: P, Grant, Kalanke and Marshall: Four uneasy bedfellows?", *Cambridge Law Journal*, no. 57, 1998, pgl.352; A. C. LOUX, 'Is He Our Sister? Sex, Gender, and Transsexuals Under European Law'. *Web Journal of Current Legal Issues*, vol. 3, 1997; R. WINTEMUTE, 'Recognising New Kinds of Direct Sex Discrimination: Transsexualism, Sexual Orientation and Dress Code.' *Modern Law Review*, vol. 60, 1997, en pg.335; P. SKIDMORE, "Sex, gender and comparators in employment and discrimination", *Industrial Law Journal*, vol.26, 1997, pg.51; G. PERA, "Comento di Giurisprudenza sulla causa P c. S". *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1997, pags. 8-12..

⁶ Puntos 35 y 36 de la sentencia *Grant*.

a estos efectos, que ya no incluye manifestaciones de la identidad sexual como pueda ser la preferencia sexual hacia uno u otro sexo. Así el Alto Tribunal ha evitado los efectos, tal vez no ponderados en su momento, que una interpretación consistente de la jurisprudencia creada en *P.v.S.* puede provocar, como es la ampliación del concepto de sexo al colectivo homosexual a efectos de las posibilidades que abre en relación a la protección contra la discriminación⁷.

1.2. El concepto de sexo y la orientación sexual

Como hemos apuntado en el apartado anterior, gran parte de la problemática en torno a la orientación sexual en Europa en los últimos tiempos se ha realizado en relación con la tutela antidiscriminatoria por razón de sexo. Esta situación, propiciada por factores en el ámbito comunitario como la ausencia de una protección específica del colectivo homosexual, o por un desarrollo casi exclusivo en relación a la discriminación de la protección por razón de sexo y de nacionalidad, ha derivado en un interesante debate acerca de los límites y alcance de la idea de sexo en Derecho Comunitario, que si bien, como veremos:

⁷ También este fallo ha dado lugar a numerosos comentarios, entre los que se pueden citar los de M. BELL, "Shifting conceptions of sexual discrimination at the Court of Justice: from P v. S to Grant", *European Law Journal*, n° 5, 1999, pg.63; C. BARNARD "Some are more equal than others: the decision of the Court of Justice in Grant vs South-West Trains", *Cambridge Journal of European Law*, 1999; de la misma autora "P v. S: Kite Flying or a New Constitutional Approach?", en A. DASHWOOD & S. O'LEARY (coords.), op.cit., pg.59; *idem*, "The Principle of Equality in the Community Context: P, Grant, Kalanke and Marshall: Four uneasy bedfellows?", *Cambridge Law Journal*, no. 57, 1998, pg. 352; P. SPACKMAN, "Grant vs South-West Trains: equality for same-sex partners in the European Community", *American University Journal of International Law*, n° 12, 1997, pg.1063; T. CONNOR, "European Community Discrimination Law: no right to equal treatment in Employment in respect of same sex partner", *European Law Review*, n°4, 1998, pg.378; y K BERTHOU & A. MASSELO. "La CJE et les couples homosexuels", *Droit Social*, n°1, 1998, pg.20. También en España ha recibido una cierta atención, como puede comprobarse por los estudios de Y. SÁNCHEZ-URAN AZAÑA, "El principio de no discriminación sexual en el Derecho Social Comunitario: ¿avance sustancial del Tratado de Amsterdam?", en A.A.V.V., *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en homenaje al Profesor Juan Antonio Sagarroy Bengoechea*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1999, pg.363; J.M. MORALES ORTEGA, "Nuevos fenómenos discriminatorios: homosexualidad y transexualidad", *Relaciones Laborales*, n° 18, 1999, pg.55; y J. GONZÁLEZ VEGA, "Buscando en la Caja de Pandora: el derecho comunitario ante la discriminación por razones de orientación sexual", *La Ley-Unión Europea*, n°. 4522, 1998; L. PERAL FERNÁNDEZ, "Concepto de sexo y discriminación por razón de sexo en el Derecho Social Comunitario Europeo: la contradictoria sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto Grant respecto de su jurisprudencia en el asunto P/S", *Derechos y Libertades*, n°8, 2000, pg.393.

más adelante, resulta ahora, a la vista del reciente desarrollo de la protección contra discriminación del Tratado de Ámsterdam, a efectos prácticos poco útil, contiene aportaciones teóricas de gran interés, por cuanto ponen de manifiesto la falta de contenido de un mandato de no discriminación si éste no viene acompañado de claras referencias normativas, de principios en los que sustentarlo.

Debido a la inexistencia en el caso *Grant* de un análisis profundo de lo que el concepto de discriminación supone en Derecho Comunitario, y en particular en relación a la idea de sexo, se dio una situación de argumentación absurda en torno a si se debían utilizar unos u otros parámetros para comparar las situaciones de las parejas homosexuales y las heterosexuales, lo que llevó a crear un discurso algo vacío e inútil en torno a este caso. Así, mientras las alegaciones de la Sra. Grant hacían referencia al "criterio del factor distintivo único" -"but for test"- de manera que su argumentación se basaba en que si ella hubiera sido un hombre se le habrían otorgado los beneficios salariales que se pedían, esto es, lo único que cambiaba era el sexo del trabajador⁸, el Tribunal de Justicia comparaba su situación con la de un trabajador masculino que estuviera viviendo con otro hombre, y llegaba a la conclusión de que en ambos casos el tratamiento recibido por parte de la empresa habría sido el mismo, de manera que no se puede hablar de discriminación por razón de sexo⁹.

En realidad, de lo que se debía haber tratado es de la importancia de un concepto como la discriminación por razón de sexo, del alcance que tal concepto tiene en Derecho Comunitario, y de la posibilidad de decisión del Tribunal de Justicia en un asunto de estas características. Y ello debido a que en realidad estamos hablando de una ampliación de la idea de sexo, y por tanto del principio de no discriminación por razón de sexo, que es del todo novedosa, y que podría considerarse como ajena a la intención del legislador, así como una intrusión por parte del Tribunal en asuntos que se encuentran fuera de la esfera de sus competencias.

Porque de lo que se trataba era de seguir el razonamiento que se estableció en torno al caso *P.v.S.*, esto es, que el sexo no es tan sólo un atributo biológico cuyas características particulares no deben obstaculizar el reconocimiento de los mismos derechos para todos, sino que también se trata de un atributo de la personalidad, de una característica psicológica cuyas manifestaciones deben ser protegidas. Lo que las asociaciones de gays y lesbianas trataron de forzar con el caso *Grant*¹⁰ no es otra cosa que la ampliación del concepto que el Tribunal de Justicia ya había reconocido en *P.v.S.* para incluir la orientación sexual como forma de manifestación de esa característica de la personalidad que es el sexo. Evidentemente, detrás de esta conceptualización hay un interés político claro,

⁸ Punto 17 de la sentencia *Grant*.

⁹ Puntos 27 y 28 de la sentencia *Grant*.

¹⁰ En concreto fue la organización británica Stonewall la que apoyó la presentación de la cuestión prejudicial que dio lugar a la sentencia *Grant*. Sobre los detalles de esta estrategia, M.BELL, "Shifting conceptions...", op.cit. *infra*, pg.77.

el hacer extensivo al colectivo homosexual todo el aparato de protección establecido para la lucha contra la discriminación por razón de sexo en Derecho Comunitario, sin tener que pasar por la vía legislativa, que en un asunto como este puede suponer encontrarse con obstáculos fruto de las reticencias morales de los Estados a proteger a los homosexuales¹¹.

Sin embargo, y a pesar del efecto negativo que la sentencia tuvo para aspiraciones de gays y lesbianas europeos, el debate sobre la propia naturaleza de la idea de sexo resulta de gran interés no sólo para los homosexuales y transexuales, sino también, y muy particularmente, para las mujeres que pueden ver protegidas manifestaciones de género que hasta ahora no se contemplaban.

A pesar de la decepción que en medios homosexuales supuso la sentencia, ya que se trataba de un caso sobre el que se tenían grandes esperanzas, parece que la negativa del Tribunal de Justicia de ofrecer una protección antidiscriminatoria al colectivo homosexual a través de la idea de sexo forzado el reconocimiento de la orientación sexual como motivo independiente por el que una diferencia de trato se encuentra en principio injustificada. Así aunque en el corto plazo parece que la asunción de la orientación sexual en la prohibición de discriminación por razón de sexo podría ser beneficiosa para los homosexuales (no olvidemos que disfrutarían de todo un aparato de protección legal, jurisprudencial y doctrinal), a más largo plazo el reconocimiento de la orientación sexual como criterio independiente que merece protección merece afrontar la situación de los homosexuales europeos de una forma más clara y efectiva.

2. EL ARTÍCULO 13 DEL TRATADO DE ÁMSTERDAM Y LA PROTECCIÓN ANTIDISCRIMINATORIA PARA EL COLECTIVO HOMOSEXUAL

Como resultado, si bien tan sólo en parte, de la presión ejercida por el colectivo homosexual en el ámbito del Derecho Comunitario¹², el Tratado de Ámsterdam, en su artículo 13¹³, establece la prohibición de discriminación por diferentes motivos, algunos de ellos ya clásicos, como la religión, y otros, entu-

¹¹ Sobre el papel de la moral en la consecución de la igualdad de derechos para gays y lesbianas, ver N. BAMFORTH, *Sexuality, Morals and Justice, a Theory of Lesbian and Gay Rights Law*, Londres, 1997.

¹² En particular, en relación al lobby homosexual y la importancia del mismo en la evolución de la protección comunitaria del colectivo homosexual, ver, M. BELL, "Shifting conceptions of sexual discrimination at the Court of Justice: from P v. S to Grant" *European Law Journal*, nº 5, 1999.

¹³ En general sobre el artículo 13 del Tratado, en el contexto de las reformas del Tratado de Ámsterdam, véase "M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "Aspectos sociales del Tratado de Ámsterdam", en J. ARAGON (coord.), "Euro y empleo", Consejo Económico y Social, Madrid, 1999.

los que se encuentra la orientación sexual, marcadamente innovadores en la tradicional lista de atributos personales y sociales por los que una diferencia de trato está, en principio, injustificada¹⁴.

Reconociendo en lo que vale, y no sólo por el resultado concreto de la obtención de la protección antidiscriminatoria para el colectivo homosexual, la labor de los grupos de gays y lesbianas a nivel europeo¹⁵, hay que añadir aquí, sin embargo, la posible influencia en la inclusión de la orientación sexual en el artículo 13 del Tratado de Ámsterdam, de la jurisprudencia desarrollada recientemente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁶. Debemos en cualquier caso reconocer también en este ámbito la paciente y concienzuda labor de los colectivos homosexuales que han llevado caso tras caso ante Estrasburgo hasta conseguir un amplio reconocimiento de sus derechos más básicos.

Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha mantenido hasta hace muy poco una postura que en su día fue revolucionaria al reconocer el derechos de los homosexuales al disfrute de su vida privada. En su más que conocida sentencia *Dudgeon*¹⁷, el TEDH estableció una jurisprudencia ya clásica en relación a la interpretación del derecho a la vida privada, interpretación que se considera de particular importancia para los gays y lesbianas. Establece el TEDH en la citada sentencia que las relaciones sexuales entre adultos que consienten pertenecen sin ningún género de duda a la vida privada, ya que sólo motivos excepcionales pueden justificar una invasión de la vida privada cuando está en juego la vida sexual del individuo¹⁸. En el caso de la lucha contra la homosexualidad, tal justificación excepcional no se considera satisfactoria, no siendo la protección de la moral ni de los derechos de los demás motivo suficiente para una tal invasión.

Ésta es la jurisprudencia que en su día permitió la despenalización de las prácticas homosexuales cuando éstas tienen lugar en privado y por adultos que

¹⁴ Sobre las particularidades del artículo 13, en relación concretamente a la orientación sexual, ver M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO y A. RIVAS VAÑO, "Orientación Sexual y No Discriminación: el Debate en Europa". *Temas Laborales*, nº 52, 1999, pg. 3 sigs.

¹⁵ Resulta de gran interés el caso del lobby homosexual como ejemplo de la permeabilidad de las instituciones y el Derecho Comunitario a los grupos de presión.

¹⁶ Un estudio detallado de esta jurisprudencia se encuentra en A. RIVAS VAÑO, "Homosexualidad, Privacidad y Discriminación en el Convenio Europeo de Derechos Humanos". *Orientaciones*, nº 1, 2000, pags. 13-38.

¹⁷ Sentencia *Dudgeon v. United Kingdom*, de 22 de Octubre de 1981. Disponible en <http://www.echr.coe.int>

¹⁸ Así lo dice el Tribunal al afirmar que "[t]he present case [*Dudgeon*] concerns a most intimate aspect of private life. Accordingly, there must exist particularly serious reasons before interferences on the part of the public authorities can be legitimate for the purposes of paragraph 2 of Article 8 (art. 8-2)." Sentencia *Dudgeon v. United Kingdom*, epígrafe 52, párrafo 3.

consienten, extendiéndose sus efectos, gracias a nuevos casos, a todo el ámbito del Consejo de Europa¹⁹. Sin embargo, tal jurisprudencia no ha protegido al colectivo homosexual de tratos desfavorables, como por ejemplo la diferente edad de consentimiento para realizar prácticas heterosexuales y homosexuales, e incluso para realizar prácticas lésbicas o gays. Por otro lado, tampoco ha sido útil para la equiparación de las parejas homosexuales con las heterosexuales, ni en general ha sido un instrumento que permitiera la protección de los homosexuales contra la discriminación por ese motivo²⁰. La particular naturaleza del artículo 14 del CEDH, tal y como ha sido entendido por el TEDH, es la causante de la prolongación en el tiempo de tal situación. Y ello porque se trata de un artículo que ha sido interpretado de una manera bastante restrictiva por el Alto Tribunal, de modo que su naturaleza de por sí subsidiaria, en cuanto la prohibición de discriminación en el Convenio se encuentra intrínsecamente ligada a los derechos reconocidos por el mismo, no teniendo entidad ni naturaleza propia, ha sido amplificada en la jurisprudencia del TEDH²¹. Así establece el Tribunal que no existe necesidad de pronunciarse sobre la posibilidad de violación del artículo 14 cuando ya se haya constatado violación de alguno de los derechos sustantivos del Convenio, y que sólo cuando resulte un elemento fundamental en la violación de alguno de estos derechos, se analizará la posible violación de tal derecho en conjunción con el artículo 14. No establece el Tribunal, por otro lado, un perfil claro de cuando se entiende que la posibilidad de discriminación es un elemento fundamental de la violación de uno de los derechos sustantivos del Convenio. Así, en definitiva, la interpretación del artículo 14 del Convenio dada por el Tribunal ha permitido a éste decidir de un modo más que arbitrario cuando y cuando no pronunciarse sobre la prohibición de discriminación en relación a los demás derechos reconocidos en el Convenio. Y ello ha afectado de una manera más que adversa a los derechos de los homosexuales europeos, por cuanto han visto confinada la protección ofre-

¹⁹ Más tarde, las sentencias *Norris v. Ireland*, de 26 de Octubre de 1988, y *Modinos v. Cyprus*, de 22 de Abril de 1993, contribuyeron a asentar la jurisprudencia establecida en el caso *Dudgeon*.

²⁰ Para una visión crítica de la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal en relación a la orientación sexual y la vida privada y familiar, ver: L.R. HELFER, "Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights." *Cornell International Law Journal*, vol. 26, 1993, pg. 133.

²¹ El Tribunal ha recibido duras críticas por el desarrollo de una jurisprudencia limitativa de los efectos del artículo 14 así como de la amplitud del margen de apreciación dejado a los Estados en el número monográfico: "The Doctrine of the Margin of Appreciation under de European Convention on Human Rights: Its Legitimacy in Theory and Application in Practice." *Human Rights Law Journal*, vol. 19, no. 1; H.C. YOUROW, "The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence." *Connecticut Journal of International Law*, vol. 3, 1987, pg. 111; L.R. HELFER, "Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights." *Cornell International Law Journal*, vol. 26, 1993, pg. 133.

cida por el Convenio a la tutela del derecho a la vida privada, no habiéndose extendido tal protección, por medio de la prohibición de discriminación, a los aspectos públicos de la homosexualidad²².

Sin embargo recientemente tal situación ha sido subsanada por el TEDH, en la sentencia *Da Silva Mouta*²³, en la que por primera vez el Alto Tribunal establece la prohibición de discriminación por orientación sexual. Y lo hace en unos términos tan rotundos y escuetos que sorprende bastante, además de hacerse necesaria una mayor aportación de argumentos de la que se ofrece²⁴. Dispone el TEDH en esta sentencia, en la que se trataba de decidir si se podía denegar la tutela de una niña a su padre sólo por el hecho de que éste fuera homosexual, que el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece, sin ninguna duda, la prohibición de discriminación por orientación sexual. Semejante novísima jurisprudencia se ofrece sin más explicaciones²⁵.

La invocación de la jurisprudencia de Estrasburgo por el Tribunal Europeo de Justicia en el caso *Grant* parece, desde esta perspectiva, al menos desafortunada, por cuanto, si bien aún no se había pronunciado la sentencia del caso *Da Silva Mouta*, si resultaba evidente que un cambio de actitud hacia el colectivo homosexual se estaba produciendo²⁶.

El artículo 13 del Tratado de Ámsterdam surge así en un clima de cambio de actitudes hacia la homosexualidad que se deja sentir en foros como el Consejo de Europa, además de otros ámbitos internacionales y nacionales que

²² En relación con los límites que la protección del derecho a la vida privada ofrece al colectivo homosexual, ver G. SELVANERA, "Gays In Private: The Problems with the Privacy Analysis in Furthering Human Rights." *Adelaide Law Review*, vol. 16, 1994, pg.331.

²³ Sentencia *Da Silva Mouta v. Portugal*, de 21 de Diciembre de 1999.

²⁴ Y habría resultado necesaria una mayor aportación de argumentos por cuanto poco antes, en la ahora desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos, la discusión acerca de la aplicación del artículo 14 al colectivo homosexual encontró posturas muy enfrentadas, en particular en el caso *Sutherland v. Reino Unido* (demanda nº 25186/94, decisión de la Comisión de 1 de julio de 1997), que trataba sobre la diferente edad de consentimiento, y siendo la primera vez que se analiza y se concluye que ha habido discriminación por orientación sexual, si bien el caso no llegó al Tribunal, al cambiar el Reino Unido la ley y equiparar la edad de consentimiento.

²⁵ En palabras del Tribunal, "la Cour ne peut dès lors que conclure qu'il y a eu une différence de traitement entre le requérant et la mère de M., qui reposait sur l'orientation sexuelle du requérant, notion qui est couverte, à n'en pas douter, par l'article 14 de la Convention. La Cour rappelle à cet égard que la liste que renferme cette disposition revêt un caractère indicatif, et non limitatif (...)" Sentencia *Da Silva Mouta v. Portugal*, epígrafe 28, párrafo 2.

²⁶ El Tribunal de Justicia hace uso de la jurisprudencia establecida por la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para apoyar su afirmación de que no hay un consenso europeo acerca del reconocimiento en igualdad de condiciones que los heterosexuales de los derechos de gays y lesbianas, puntos 33 y 34 de la sentencia *Grant*.

aquí no podemos detallar²⁷. Entre éstos se encuentran organismos del propio aparato institucional de la Unión Europea, particularmente el Parlamento Europeo, que ha avanzado mucho más deprisa en la dirección de reconocer los derechos de los colectivos homosexuales europeos.

Se constituye este artículo como el primer instrumento comunitario de lucha contra la discriminación por orientación sexual, además de contemplar otros motivos por los que se prohíbe discriminar. Dice este artículo que

"Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual".

En lo que aquí nos interesa conviene resaltar que la prohibición de discriminación establecida en el artículo 13 del Tratado de Ámsterdam es una cláusula de no discriminación que no tiene efecto directo, esto es, que necesita de una labor legislativa posterior, cuyo procedimiento se establece en el propio artículo, para desplegar todo su potencial; a diferencia de la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad establecida en el artículo 12, cuyo carácter absoluto y vinculación directa hace que no necesite de mayor labor legislativa para que sea invocable ante los tribunales nacionales o ante el Tribunal de Justicia.

Si bien en principio la redacción de este artículo hizo temer que no se llegara a una puesta en práctica efectiva de la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual en Derecho Comunitario, debido entre otras cosas a la necesidad de unanimidad en el Consejo para la aprobación de cualquier acción en este sentido, la llegada de la directiva que seguidamente vamos a comentar se constituye en una prueba más del cambio social que en relación a la homosexualidad se está produciendo en Europa, un cambio significativo que prueba el alto nivel de desarrollo y tolerancia que las sociedades europeas están adquiriendo.

²⁷ Para un análisis global de la situación de los homosexuales en el mundo, véanse los estudios de J. D. WILETS, 'International Human Rights Law and Sexual Orientation.' *Hasting International and Comparative Law Review*, vol. 18, 1994, pg. 1; y R. A. POSNER, *Sex and Reason*, Harvard University Press, 1992, pg. 37 sigts. Pero la mayor fuente de información sobre el tratamiento jurídico de los homosexuales en prácticamente todo el mundo, analizada país por país, se encuentra en el servidor de la *International Lesbian and Gay Association (ILGA)*, en <http://www.ilga.org/information>.

3. LA DIRECTIVA 2000/78 Y LA ORIENTACIÓN SEXUAL: PROTECCIÓN LABORAL FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN

La directiva 2000/78²⁸ surge como concreción, en el ámbito laboral, de los criterios establecidos en el artículo 13 del Tratado de Ámsterdam. Y resulta de una particular importancia por el ámbito del que se ocupa, el laboral, en el que los homosexuales se encontraban hasta ahora tremendamente desprotegidos. No obstante la presión ejercida por los grupos de gays y lesbianas a favor del reconocimiento de sus derechos, la mayor parte de las campañas desarrolladas en los diferentes Estados se dirigen fundamentalmente a la equiparación de las parejas homosexuales con las heterosexuales, y la consiguiente equiparación de los derechos derivados de la situación de pareja. Tratándose de reclamaciones de una tremenda importancia para gays y lesbianas, lo cierto es que un problema tan grave como es la discriminación en el ámbito laboral, ha quedado hasta ahora algo olvidado, siendo sin embargo el laboral uno de los sectores en los que la discriminación por orientación sexual resulta más marcada y más difícil de perseguir. Es por este motivo por el que esta directiva es especialmente bien recibida, ya que su utilidad y relevancia va a ser fundamental.

3.1. Concepto de orientación sexual

La directiva 2000/78 establece la prohibición de discriminación por orientación sexual en el ámbito laboral, con las características y excepciones que más adelante veremos. Sin embargo, y a diferencia de otros motivos "nuevos" por los que se prohíbe discriminar, la edad y la discapacidad, no se hace referencia en los considerandos de la directiva a la orientación sexual de forma particularizada, sino tan sólo en conjunción con la no discriminación por motivos de religión y de convicciones. De esta manera, y siendo éste un dato que al menos resulta curioso, no se establece ningún perfil concreto que afecte a la noción de orientación sexual exclusivamente, tal y como sucede, sin embargo, con la prohibición de discriminación por edad y por discapacidad.

De este modo, resulta difícil establecer qué se entiende en la directiva como orientación sexual a los efectos de la prohibición de discriminar en el ámbito laboral que se pretende²⁹. Podemos, no obstante, adelantar que la terminología "orientación sexual" surge en particular para defender los derechos de las personas homosexuales, esto es, aquellas que sienten atracción sexual por personas de su mismo sexo. Sin embargo, no puede terminar aquí la definición de lo que entendemos por orientación sexual a efectos de la directiva que

²⁸ 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.

²⁹ Sobre el concepto de orientación sexual a efectos legales, ver G.M.HEREK, "Myths about Sexual Orientation: a Lawyer's Guide to Social Science Research". A.A.V.V. *Law and Sexuality*, 1991.

estamos examinando, y ello porque surgen toda una serie de cuestiones en relación a la orientación sexual que quedan sin resolver con una definición tan escueta. No se trata aquí de cuestionar si determinadas prácticas sexuales, tales como el sadomasoquismo, entran dentro de la definición de orientación sexual utilizada por la directiva. Sin bien este es un problema que puede plantearse en el futuro, como ha sucedido en instancias como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos³⁰, resulta evidente que la directiva, así como el artículo 13 del Tratado, se refieren, al hablar de orientación sexual, a la preferencia del individuo a realizar prácticas en las que se dan las siguientes condiciones: en primer lugar, se trata de prácticas sexuales; además son prácticas realizadas entre adultos, adultos que consienten y tienen capacidad para consentir; por otro lado, se exige, al igual que en las prácticas heterosexuales, un cierto grado de intimidad en la realización de estas prácticas; para continuar, se trata de prácticas que no suponen un daño físico ni psicológico para las personas que las realizan; y por último, se trata de prácticas en las que las personas implicadas son del mismo sexo biológico, prácticas por tanto, de carácter homosexual.

Sin embargo, ni siquiera con estas características es suficiente para definir lo que la orientación sexual significa para el derecho, en particular para la directiva que estamos tratando. Y ello porque, si bien las condiciones expuestas definen la tendencia individual hacia un tipo determinado de prácticas sexuales, ello no aporta elementos suficientes que ayuden a entender en toda su amplitud lo que la orientación sexual puede significar. La característica personal de tener una orientación sexual homosexual no se agota en la realización de actos sexuales de carácter homosexual. Si ello fuera así, poco más que la protección del derecho a la vida privada sería necesario, por cuanto se trataría de actividades vinculadas estrictamente a la intimidad de la persona. La homosexualidad no se concibe ya desde un punto de vista exclusivamente sexual. Resulta así de particular importancia la definición que de orientación sexual se utilice a efectos de esta directiva por cuanto el nivel de protección de la misma puede variar considerablemente en función de tal definición. Si la definición se limita exclusivamente al factor sexual, la protección antidiscriminatoria se limitará a la posible diferencia de trato que en el ámbito laboral se da a un trabajador del que se sepa que mantiene relaciones sexuales con personas de su mismo sexo, o que es éste el tipo de prácticas sexuales que prefiere. Si, sin embargo, se amplía tal definición a toda la serie de elementos que, ligados a la preferencia sexual, se pueden dar en las personas homosexuales, y que pueden ir desde el acceso a beneficios para las parejas de los trabajadores homosexuales en igualdad de condiciones que las parejas heterosexuales, hasta la aceptación de una determinada estética, el nivel de protección que la directiva puede suponer es mucho mayor. Se trata en definitiva de saber si el término orientación sexual va a quedar restringido a los mínimos elementos ligados a la preferencia por la realización de prácticas homosexuales, o si tal término va a definir una forma

³⁰ Sentencia *Laskey, Jaggard y Brown v. Reino Unido*, de 19 de febrero de 1997.

de ser, un atributo de la personalidad cuyas características, además de aquellas relacionadas exclusivamente con la vida sexual, van a ser contempladas y protegidas.

Lamentablemente, la directiva no parece ofrecer datos suficientes que nos guíen en un sentido u otro. Sin embargo, sí podemos acudir a la doctrina y la jurisprudencia ofrecidas en relación a la idea de discriminación por razón de sexo, ya que en este ámbito se ha producido una discusión similar que parece haberse inclinado hacia la consideración del sexo no sólo como un atributo biológico sino como un elemento de la personalidad con una relevancia social que va más allá de las diferencias biológicas. Así, en relación a la discriminación por razón de sexo, se ha pasado de una protección de los aspectos de diferenciación biológica entre hombre y mujer, de manera que tales aspectos no justificaran una diferencia de trato, al reconocimiento de la vertiente social del sexo, de tal forma que la prohibición de discriminación por sexo se ha extendido a la protección de los aspectos que, si bien ajenos en sentido estricto a la biología, afectan más a un sexo que a otro. Por último, como veíamos en el caso *P v. S* el sexo, a efectos de la protección contra discriminación, deja de ser un factor biológico en algunos casos para convertirse en un atributo de la personalidad, ajeno a la realidad biológica, y cuya protección se hace necesaria. Podría entenderse, dada la experiencia acumulada en relación con la discriminación por razón de sexo, y utilizando un criterio teleológico de interpretación, que el concepto de orientación sexual de la directiva es lo suficientemente amplio como para proteger los aspectos de la personalidad vinculados de forma menos evidente con la preferencia por prácticas sexuales homosexuales. Sin embargo esto es algo que sólo en desarrollo jurisprudencial de la directiva aclarará con el tiempo.

En relación a lo que venimos diciendo se produce un problema curioso de interpretación que afecta al colectivo transexual. Se trata de saber si este colectivo va a ser protegido a través de la idea de no discriminación por razón de sexo, o bien hay que incluirlo en la noción de orientación sexual. Y esta cuestión no es un tema irrelevante a efectos prácticos, ya que dependiendo de la inclusión en uno u otro motivo por el que no se puede discriminar, la protección ofrecida por el Derecho Comunitario variará notablemente. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia parece establecer, en el caso *P v. S*, que la transexualidad es un fenómeno que afecta al sexo del individuo y por tanto es incluíble en la noción de sexo a efectos de la protección contra discriminación. A decir verdad, esta jurisprudencia parece hoy día ser la más favorable para los transexuales por cuanto se beneficiarían de toda la legislación comunitaria relativa a la no discriminación por razón de sexo. Sin embargo, lo que a corto plazo puede suponer un gran beneficio para el colectivo transexual, se puede convertir con el paso del tiempo en un obstáculo al reconocimiento de las características propias y de las necesidades particulares de los transexuales, que podrían estar mejor reconocidas a través de la inclusión de la transexualidad en la categoría de orientación sexual³¹.

³¹ Sobre las particularidades del colectivo transexual, así como sobre sus reivindicaciones específicas, ver M. ELOSEGUI ITXASO, "Transexualidad, Derecho a la Vida Privada y

3.2. Concepto de discriminación: discriminación directa, indirecta acciones de discriminación positiva

El artículo 1 de la directiva que estamos analizando hace referencia al objeto de la misma, y se expresa en los siguientes términos: *La presente directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por 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*. Este artículo establece prohibición de discriminación en el ámbito del empleo por los motivos expuestos y que no son otros que los incluidos en el artículo 13 del Tratado de Ámsterdam si bien faltan los motivos de sexo, cuya protección se encuentra recogida en varias directivas anteriores a la adopción de este artículo, y origen racial o étnico que es objeto de protección particularizada en una directiva específica.

Sin embargo, lo que a efectos de esta directiva debemos entender por discriminación se encuentra establecido en el artículo 2 de la misma, en los términos que no son más que la plasmación en este ámbito concreto de la idea que de discriminación se viene utilizando desde hace largo tiempo en Derecho Comunitario, en particular gracias a la construcción jurisprudencial que en relación con la libre circulación de trabajadores y la discriminación por razón de sexo ha establecido el Tribunal Europeo de Justicia³².

Así, el artículo 2, en su párrafo primero, dice que *a efectos de la presente Directiva, se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1*.

Dos aspectos de la idea de discriminación aparecen como fundamentales los conceptos de discriminación directa e indirecta que el artículo 2, en su segundo punto, define de la siguiente manera:

1. La discriminación directa existirá cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1.

Derecho al Matrimonio. El Caso Español a la Luz de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Estadounidense". *Actualidad Civil*, nº 10, 1994, pags. 173-199; DÍEZ DEL CORRAL, "La Transexualidad en el Derecho Español". *Actualidad Civil*, nº 3, 1986, pags. 2549-2557; J. VIDAL MARTÍNEZ, "¿Se incluye el 'cambio de sexo' (transexualidad), en el 'libre desarrollo de la personalidad' al que se refiere el artículo 10-1 de la Constitución Española?". *Revista General de Derecho*, nº 334, 1989, pags. 987-1015.

³² La bibliografía en torno al concepto de discriminación utilizado en Derecho Comunitario es extensísima, no siendo posible aquí incluirla toda. Baste con nombrar algunos ejemplos como M. RODRÍGUEZ-PINERO y M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y Discriminación*, Madrid, 1986; M. BARBERÁ, *Discriminazione ed Eguaglianza nel Rapporto di Lavoro*, Milán, 1991; W. McKEAN, *Equality and Discrimination under International Law*, Oxford, 1985; C. SAEZ LARA, *Mujeres y Mercado de Trabajo, La Discriminación Directas e Indirectas*, Madrid, 1994.

La discriminación directa, cuya adopción es anterior en el tiempo al concepto de discriminación indirecta, ya que nace cuando la idea de igualdad asumía la forma de un principio de igualdad formal, se constituye en su inicio como un concepto que hace hincapié casi exclusivamente en la idea de la comparación entre situaciones y la aplicación de la norma a estas situaciones. Desde el momento en que las situaciones fruto de la comparación se consideraban similares a efectos de aplicación de la norma, la aplicación de la misma de forma diferenciada era considerada como una forma de discriminación, y por tanto como una práctica contraria a derecho. Con el paso del tiempo, y gracias a una concepción de la igualdad como igualdad material, tendente a la consecución de la justicia social, y por tanto con un claro contenido ideológico, el concepto de discriminación es objeto de una interpretación finalista de la norma, que ya no ve sólo el referente de comparación entre situaciones para determinar si ha habido o no discriminación, sino que observa también los resultados de la aplicación de la norma para decidir en función de los mismos si se trata de una norma discriminatoria o no. Así surge el concepto de discriminación indirecta.

Y no sólo esto, sino que la propia idea de discriminación directa varía en cuanto a la amplitud de supuestos a la que se aplica, ya que son consideradas situaciones similares las que con anterioridad se creían distintas, esto es, situaciones en las que el factor sexual era considerado irrelevante a la hora de decidir si la situación era similar, en el caso de la discriminación por razón de sexo, ahora tiene una importancia tal que lo que en el pasado se constituía como situaciones diferentes y por tanto merecedoras de un trato distinto, hoy, debido a la consideración de que la diferenciación de las situaciones está basada en el sexo, se conciben como situaciones iguales, y por tanto cualquier diferencia de trato debe ser justificada. Por otro lado, los motivos que se protegen contra discriminación se valoran de un modo distinto y así el sexo deja de tener un carácter meramente biológico para configurarse como un factor de la personalidad con consecuencias sociales que la prohibición de discriminación debe contemplar.

En relación a la discriminación directa por orientación sexual, varios asuntos resultan relevantes a la hora de su aplicación. Primero debería definirse que es lo que se considera orientación sexual a efectos de la aplicación de la norma, ya que dependiendo de su definición, serán más o menos los aspectos de la orientación sexual que se protegerán. Como ya hemos visto, sin embargo, la directiva no es nada clara a este respecto y habrá que esperar a un desarrollo jurisprudencial para determinar el nivel de protección que esta norma otorga.

En segundo lugar, y este es un aspecto más práctico de la cuestión, las dificultades para probar la existencia de una discriminación por orientación sexual son enormes. No obstante, la directiva ha contemplado este obstáculo, y así el artículo 10 establece que corresponde a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato. Sin embargo, no corresponde a la parte demandada el demostrar que el demandante tiene una orientación sexual determinada.

En general, y teniendo en cuenta que como hemos dicho dependerá cierta medida de la labor jurisprudencial posterior a esta directiva el que misma despliegue todo su potencial, para el colectivo homosexual se trata un paso importantísimo en la consecución de la igualdad.

2. Habrá, por el contrario, discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar u desventaja particular a personar con una religión o convicción, con u discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinada respecto de otras (...).

El concepto de discriminación indirecta fue primero desarrollado jurisprudencialmente, a través de una interpretación extensiva y teleológica de la normativa sobre libre circulación de trabajadores³³. Se trata como ya hemos dicho una extensión, o si se quiere de un entendimiento más completo y rico de la idea de discriminación que recoge mejor ahora la naturaleza del principio de igualdad material que se pretende conseguir. Así en la sentencia Sotgiu, ya en 1974, el Tribunal de Justicia afirmaba que el Derecho Comunitario prohíbe "no sólo las formas más abiertas de discriminación por razón de nacionalidad, sino también las formas de discriminación encubiertas que, mediante la aplicación de otros criterios de diferenciación, produzcan de hecho el mismo resultado"³⁴.

Lo importante ahora no es sólo lo que se considera trato diferente, ni tampoco exclusivamente el criterio que se utiliza para diferenciar, sino el resultado concreto de trato diferente que se produce y que afecta en mayor medida a uno de los colectivos que se considera deben ser protegidos. Así, en relación a la discriminación por razón de sexo, "se puede decir que hay discriminación indirecta cuando el uso de un criterio aparentemente neutro, es decir, aplicable por igual a ambos sexos afecta a un porcentaje considerablemente mayor de personas de un solo sexo"³⁵.

Resulta determinante en relación al concepto de discriminación indirecta la incidencia que sobre un determinado grupo protegido tenga la medida en cuestión, incidencia que se contabiliza en número de personas afectadas por la decisión³⁶. De esta manera, el uso de estadísticas aparece como fundamental e

³³ Sobre el origen y la aplicación de este concepto a la discriminación por razón de sexo en particular en relación al trabajo a tiempo parcial, ver, M. RODRÍGUEZ-PINERO ROYO, "Trabajo a Tiempo Parcial y Derecho Comunitario". *Relaciones Laborales*, n.º 15-16, 1998, pp. 43-74.

³⁴ *Idem*, en pág. 61.

³⁵ SENDEN, "La Igualdad Salarial en la Legislación Comunitaria". En CRUZ VILLALÓN (coord.), *La Igualdad de Trato en el Derecho Comunitario Laboral*. Pamplona, 1997, pág. 146.

³⁶ Ver en este sentido, ORDÓÑEZ SOLIS, *La Igualdad entre Hombres y Mujeres en el Derecho Europeo*, Madrid, 1999, págs. 138-146. En particular cita este autor la sentencia Seymour-Smith y Pérez, en la que los porcentajes eran del 77,4% de trabajadoras masculinos frente al 68,9% de trabajadoras femeninas afectadas por la norma.

la determinación de cuando se ha producido una discriminación indirecta. De hecho la directiva que estamos comentando establece expresamente en el considerando número 15, y tras determinar que la apreciación de los hechos que puedan considerarse como discriminación directa o indirecta corresponde a los órganos judiciales y otros órganos competentes nacionales, con arreglo a las legislaciones o prácticas nacionales, que *"estas normas podrán disponer que la discriminación indirecta se establezca por cualquier medio, incluso a partir de pruebas estadísticas"*. Por otro lado, y como ya hemos comentado en relación a la discriminación directa, se invierte la carga de la prueba. Todo ello para facilitar la prueba de que efectivamente se ha producido una discriminación indirecta, puesto que si ya es difícil la prueba de la existencia de una discriminación directa, la dificultad aumenta considerablemente en el caso de la discriminación indirecta.

Y no sólo eso, ya que en el caso de la discriminación por orientación sexual la situación es si cabe aún más difícil. La utilización de métodos estadísticos para la determinación de cuando se ha producido una discriminación indirecta se presenta como un instrumento de gran utilidad en el caso de la mayoría de los motivos protegidos por la norma antidiscriminatoria, motivos que se encuentran a la vista, que no se hayan ocultos, y sobre los cuales el estudio estadístico resulta relativamente fácil. Sin embargo en el caso de la orientación sexual nos encontramos con una característica personal que no sólo no se percibe a primera vista, sino que en la mayoría de los casos se encuentra conscientemente ocultada por las personas que la poseen. El rechazo social hacia al homosexualidad hace que muchos homosexuales escondan su condición, y situaciones que pueden afectar en particular a gays y lesbianas no se conocen en general ni por supuesto existen estadísticas fiables sobre la incidencia de determinadas actuaciones sobre este colectivo. La prohibición de discriminación indirecta se configura así como un instrumento de protección frente al trato desigual que en el caso de la orientación sexual será difícilmente puesto en práctica por las dificultades que su prueba conlleva.

Por último, un paso más en la consecución del principio de igualdad material que parece estar imponiéndose en Derecho Comunitario es la posibilidad de adopción de medidas de acción positiva. Así la directiva que tratamos no constituye, como su artículo 7 establece, un obstáculo a la adopción, por parte de los Estados miembros, de *"medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1"*.

británica que se juzgaba, por lo que el Tribunal de Justicia considera que *"a primera vista, tales estadísticas no parecen mostrar que un porcentaje considerablemente menor de trabajadores femeninos que de trabajadores masculinos reúna el requisito impuesto por la norma controvertida"*.

3.3. Ampliación del concepto de acoso

La directiva, en su artículo 2, dedicado como ya se ha visto al concepto de discriminación, hace referencia en su apartado 3 al acoso en los siguientes términos:

El acoso constituirá discriminación a efectos de lo dispuesto en el apartado 1 cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con alguno de los motivos indicados en el artículo 1 que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. En este respecto, podrá definirse el concepto de acoso de conformidad con las normativas y prácticas nacionales de cada Estado miembro.

Para comenzar, puede resultar al menos llamativo que la idea de acoso incluya en el artículo encargado de definir el concepto de discriminación efectos de esta directiva. Sin embargo, esto no es más que la consecuencia del origen de la idea de acoso, que en Derecho Comunitario nació a través de un desarrollo jurisprudencial que se apoyó en la prohibición de discriminación por razón de sexo para dar cabida a la protección frente al acoso sexual en el trabajo³⁷. Así, la base normativa comunitaria para legislar en materia de acoso sexual ha sido la 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 empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo³⁸. La Recomendación de la Comisión de 27 de noviembre de 1991, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo³⁹, que incluye un Código de Conducta referente al acoso sexual y a las medidas que se deben adoptar para evitarlo, ha sido entendida como interpretación auténtica del ámbito de aplicación de la directiva 76/207. De este modo, el acoso sexual se configura como una forma de discriminación por razón de sexo, como una actuación que perjudica al trabajador o la trabajadora y que se encuentra fundamentalmente vinculada al sexo de la víctima. Por ello, no es de extrañar que ahora, en la directiva que

³⁷ Sobre el acoso sexual en general, T. PÉREZ DEL RIO, "El acoso sexual en el trabajo su sanción en el orden social", *Relaciones Laborales*, nº17, 1990, pg.86; y S. DEL REY GUANTER, "El acoso sexual en el trabajo", *Relaciones Laborales*, tomo 1993-II. Más recientemente, R. FERNANDEZ VILLARINO, "Acoso sexual en el trabajo. Un acercamiento al hilo de la Ley 50/1998", *Trabajo*, nº7, 1999, pg.225; así como E. Sánchez & E. LARRAURI, "El nuevo delito de acoso sexual y su sanción administrativa en el ámbito laboral: un comentario con motivo de las recientes reformas en Derecho Penal y Laboral", accesible en www.ceveal.com/public.htm.

³⁸ DO L 39 de 14.2.1976, p. 40.

³⁹ D.O.C.E. nº L 49, de 24 de febrero de 1992; puede encontrarse en la red en la dirección <http://europea.eu.int/eur-lex/es/lif/dat/1992/es-392X0131.html>.

nos ocupa, aparezca el acoso como parte esencial en la conceptualización de la idea de discriminación.

El concepto de acoso que se utiliza en la directiva que nos ocupa carece, sin embargo, de un elemento que resulta esencial en la Recomendación de la que hemos hecho referencia: no se trata de acoso sexual. El elemento sexual ha sido suprimido de la regulación dada por esta directiva, lo que tiene importantes consecuencias. Es fundamental conocer la definición que de acoso sexual se utiliza en la Recomendación, ya que ello nos ayudará a valorar la diferente conceptualización que de la idea de acoso, sin el elemento sexual, se hace en la directiva. Así, la Recomendación define el acoso sexual de la siguiente manera:

"la conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afecten a la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, incluida la conducta de superiores y compañeros, constituye una violación intolerable de la dignidad de los trabajadores o aprendices, y resulta inaceptable si:

- a) *dicha conducta es indeseada, irrazonable y ofensiva para la persona que es objeto de la misma;*
- b) *la negativa o el sometimiento de una persona a dicha conducta por parte de empresarios o trabajadores (incluidos los superiores y los compañeros) se utilizan de forma explícita o implícita como base para una decisión que tenga efectos sobre el acceso de dicha persona a la formación profesional, al empleo, a la continuación del mismo, a los ascensos, al salario o cualesquiera otras decisiones relativas al empleo; y/o*
- c) *dicha conducta crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para la persona que es objeto de la misma"*

El acoso sexual aparece así como una serie de comportamientos cuya base común es el sometimiento de un trabajador a una situación indeseada por el mismo, en la que la relación de poder resultante de la relación de trabajo se pone de manifiesto, y que puede expresarse a través de diferentes situaciones subsumibles en dos categorías:

1. El chantaje sexual, que supone la petición de favores sexuales por parte de un superior o compañero a la víctima, a cambio de ventajas en el trabajo o bajo la amenaza de represalias. Este es el supuesto que primero se protegió legalmente, al ser el supuesto que en principio resulta más agresivo y ofensivo para el trabajador.
2. El medio ambiente hostil, que se concreta en una serie de comportamientos tendentes a someter al trabajador a una situación de humillación, al crear un entorno agresivo y ofensivo para el mismo. En este

supuesto cabría señalar actuaciones del tipo de bromas ofensas, pintadas, comentarios, exposición de fotografías y carteles, y todo aquello que suponga el establecimiento de un ambiente de trabajo que atente contra la dignidad del trabajador afectado.

Siendo estas las características esenciales que configuran la idea de acoso sexual, hay que señalar que en la directiva que nos ocupa el tipo de comportamiento que hemos denominado como chantaje sexual desaparece, convirtiéndose el acoso a estos efectos en la creación de un medio ambiente laboral hostil. Y ello no es más que una consecuencia lógica de los motivos que se quieren proteger contra la discriminación en esta directiva. Resulta difícil imaginar un chantaje sexual por parte de un superior o compañero de trabajo por el mero hecho de que la víctima sea mayor, o minusválida, o tenga una religión determinada. Sin embargo, sí parece evidente que se puede crear un medio ambiente hostil que atente contra la dignidad del trabajador, por uno de estos motivos, a través de comentarios insultantes, fotografías, actitudes y actuaciones.

Si bien esto parece evidente para casi todos los motivos por los que una diferencia de trato constituye discriminación, no es así para el caso de la discriminación sexual⁴⁰. En este supuesto es claramente concebible la posibilidad de un acoso sexual, como así lo ejemplifica la Recomendación antes citada, al señalar que *"algunos grupos específicos son particularmente vulnerables al acoso sexual"*, entre los que se señalan expresamente a las lesbianas y a los homosexuales, lo que les hace merecedores de una protección especial; y así, se afirma que *"no se puede negar que el acoso sexual motivado por la inclinación sexual disminuye la dignidad laboral de las personas afectadas y que resulta imposible considerar dicho fenómeno como un comportamiento laboral aceptable"*. De esta manera, la orientación sexual se ve así doblemente protegida: de un lado, por la Recomendación citada, que protege al trabajador homosexual contra el acoso sexual en el trabajo; de otro, la directiva que comentamos, que protege al trabajador homosexual contra el acoso en general, acoso que se concreta en la creación de un medio ambiente hostil. Cabría plantear si no se trata de una discriminación por regulación, regulación redundante, fundamentalmente en el caso del medio ambiente hostil, al ser ésta una forma de acoso que es contemplada también en el caso del acoso sexual. Lo determinante ante este conflicto, para decidir si es válida una u otra regulación, sería el carácter sexual de comportamiento de que se trate. Pero ello no resulta fácil de delimitar ante un motivo de discriminación que tiene un carácter, si no exclusivamente, si marcadamente sexual.

La creación de un medio ambiente hostil para un trabajador homosexual, tanto a nivel práctico como teórico, viene íntimamente ligado al carácter sexual de la característica personal que se pretende proteger. Así resulta de

⁴⁰ Sobre la aplicación de la normativa sobre acoso sexual a los homosexuales, véase RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO y A. RIVAS VAÑO, "Orientación Sexual y No Discriminación: el Debate en Europa". *Temas Laborales*, nº 52, 1999, págs. 3-38.

concebir comportamientos que constituyan la creación de un medio ambiente hostil para el trabajador homosexual en que el elemento sexual no se encuentre presente. Tan sólo a través de una concepción de la idea de orientación sexual amplia, en la que no sólo la característica sexual de la orientación sexual sea protegida, sino que se recojan toda la serie de atributos o elementos de la personalidad ligados a la orientación sexual, tendrá sentido una regulación diferenciada de las actuaciones que crean un medio ambiente hostil para el trabajador, según sean estas de carácter marcadamente sexual, o hagan eco de los atributos ligados a la orientación sexual del trabajador.

La configuración de la idea de acoso en relación con el concepto de discriminación por los motivos establecidos en esta directiva, y desvinculada de todo elemento sexual puede acarrear, sin embargo, situaciones de conflicto entre esta normativa comunitaria y derechos fundamentales protegidos por los sistemas jurídicos de los Estados miembros. Así por ejemplo, cabe imaginar conflictos entre la protección contra el acoso aquí establecida y la protección del derecho a la libertad de expresión, o del derecho a la libertad de opinión⁴¹. Sin embargo, y como la propia directiva parece propiciar, habrá que estar a lo que las normativas y prácticas nacionales de cada Estado miembro decidan para concretar, tanto la amplitud de la idea de acoso aquí establecida y los posibles conflictos con otros bienes jurídicos protegidos, como los problemas de doble regulación que en el caso de la orientación sexual se plantean.

3.4. Posibles excepciones a la prohibición de discriminación por orientación sexual

La directiva que estamos analizando establece determinados criterios que, a modo de excepciones, sirven para no valorar como discriminatorias determinadas diferencias de trato que en otro caso incurrirían en el tipo de prohibición que esta norma establece. Entre estas excepciones nos encontramos con unas que afectan de forma general a todos los motivos por los que esta directiva prohíbe discriminar, y otras que tan sólo vienen referidas a determinados motivos particularizados.

Entre estos últimos, a efectos de la prohibición de discriminación por orientación sexual, nos interesan particularmente dos situaciones:

1. La que establece excepciones al principio de no discriminación por motivos religiosos o por las convicciones personales, recogida en el punto segundo del artículo 4 referente a los requisitos profesionales, de modo que las actividades profesionales de las iglesias o de otras organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones, puedan tratar de modo diferente a una persona basándose en la religión o las convicciones de esa persona. Para que esta excepción surta efecto, la característica personal por la que se produce la diferencia

⁴¹ Estos conflictos son usuales en la aplicación de la normativa acerca del acoso sexual.

de trato debe ser un requisito profesional esencial, legítimo y justifico respecto de la ética de la organización. Esta excepción parece hacer referencia exclusivamente a las diferencias de trato basadas tan sólo en la religión o las convicciones personales del trabajador de que se trate. Sin embargo, y teniendo en cuenta la postura oficial de determinadas iglesias en particular la católica, respecto de la homosexualidad, parece probable que se planteen problemas en el caso de las relaciones de estas entidades con los trabajadores homosexuales⁴². Asumiendo que la concepción de orientación sexual plasmada en la presente directiva, como venimos diciendo, hace referencia a una característica personal más que a una convicción o posicionamiento ideológico en materia sexual, y que cualquier caso se trata de un motivo bien diferenciado de los motivos religiosos y de convicciones personales, recogidos como motivos distintos por la directiva, no parece que pueda justificarse una diferencia de trato por la orientación sexual del trabajador afectado, bajo el paraguas del punto segundo del artículo 4 de la directiva que nos ocupa.

2. La segunda situación particular que puede ser problemática en relación a la no discriminación por orientación sexual es la excepción relativa al Ejército. La batalla planteada por los colectivos homosexuales respecto de la incorporación de éstos al Ejército de una forma libre sin tener que esconder su orientación sexual es de todos conocida, que ha recibido gran atención por parte de los medios de comunicación. En Estados Unidos la polémica suscitada en relación a la política del "don't tell, don't ask", y en Europa casos como la iniciativa militares homosexuales británicos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴³, han hecho que no se trate de un asunto nuevo ni

⁴² En el caso de la religión católica, la corriente de pensamiento que de manera más firme se opone a la protección y aceptación del colectivo homosexual es la llamada "nueva escuela de derecho natural", que considera inmoral cualquier intento de integración social de este colectivo, y que está compuesta por autores muy cercanos al Vaticano. El autor más señalado de esta corriente de pensamiento es J. FINNIS. Un planteamiento general de su postura puede encontrarse en su trabajo "Is Natural Law Theory Compatible With Limited Government" en R. GEORGE. (ed.) *Natural Law, Liberalism, And Morality*, Oxford University Press Oxford, 1996, pg.1 sigs. También en "Law, Morality, and Sexual Orientation", *Notre Dame Law Review*, vol. 69, 1994, pg. 1049 sigs. Una importante crítica a estas posturas en MACEDO, "Homosexuality and the Conservative Mind", *The Georgetown Law Journal*, vol. 84, 1995, pg.261 sigs; *Idem*, "Against the Old Sexual Morality of the New Natural Law", en R.GEORGE (ed.), *Natural Law, Liberalism, And Morality*, op. cit., pg.27. V también la postura de M. PERRY, "The Morality of Homosexual Conduct: A Response to John Finnis", *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, vol. 9, 1995, pg.41.

⁴³ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que la investigación sobre homosexualidad de los miembros del Ejército suponía una violación del derecho a la vida privada protegido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Ver sentencias *Lustig-Prean y Beckett v. Reino Unido* y *Smith y Grady v. Reino Unido* ambas de 27 de septiembre de 1999.

discutido en la escena pública. Sin embargo, y aunque en principio podría entenderse como un foco de tensión a la hora de implementar la directiva, no parece que la cuestión del Ejército vaya a dar mayores problemas, sobre todo por la claridad de la directiva en relación a los motivos por los que se puede consentir una diferencia de trato que no sea considerada discriminación a estos efectos, y que son, exclusivamente, la discapacidad y la edad.

Respecto de las excepciones que de modo general permite la directiva en relación a la prohibición de discriminación establecida por la misma, podemos diferenciar entre excepciones que afectan al propio concepto de discriminación, y aquellas que, en casos particulares, en relación con los requisitos profesionales, o la discriminación indirecta, se justifican por la actividad concreta de que se trate.

La excepción establecida en la directiva de modo más genérico y que afecta de manera importante al concepto mismo de no discriminación se concreta en el punto 5 del artículo 2, y reza como sigue:

La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de las medidas establecidas en la legislación nacional que, en una sociedad democrática, son necesarias para la seguridad pública, la defensa del orden, y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud, y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos.

Es interesante señalar cómo esta cláusula genérica de excepción tiene una marcada similitud con las cláusulas restrictivas de los artículos 8 a 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que se han entendido tradicionalmente como la fórmula que garantizaba un mínimo de soberanía nacional frente a los órganos de Consejo de Europa, y como efecto del carácter subsidiario que estos órganos tienen en relación con la implementación de la Convención, que corresponde en primer término a los mismos Estados⁴⁴.

Sin embargo, y en relación con la orientación sexual, es importante hacer notar la desaparición en el texto de la directiva del motivo de la protección de la moral, que sí aparece en el texto de la Convención a que hacíamos referencia con anterioridad. Ello resulta un cambio extraordinariamente beneficioso para los homosexuales por cuanto los Estados han justificado tradicionalmente la discriminación por orientación sexual basándose en la moral social imperante

⁴⁴ Sobre la idea de que la primera responsabilidad en el entendimiento y la aplicación del Convenio recae sobre los Estados, de acuerdo con el artículo 1 del mismo, ver: P. MAHONEY, "Judicial Activism and Judicial self-restraint in The European Court Of Human Rights: Two Sides Of The Same Coin", *Human Rights Law Journal*, vol. 11, pg. 57, 1990; T.H. JONES, "The Devaluation Of Human Rights Under The European Convention", *Public Law*, otoño de 1995, pg 430.

que aquellos tenían la obligación de proteger. De esta manera, la cláusula general de excepción de la prohibición de discriminación establecida en la directiva, en el caso de la orientación sexual tendrá unos efectos ciertamente limitados, como por otra parte parece ser la intención de la misma.

En relación con las excepciones que veníamos comentando con anterioridad y que se refieren a supuestos específicos en los que se permite una diferencia de trato, se trata de excepciones admitidas siempre que persigan fines legítimos y los medios utilizados sean adecuados, necesarios y proporcionales. Se trata en definitiva de un criterio de razonabilidad que se impone siempre que de la aplicación de normas de este tipo se trata. En particular, respecto de la discriminación indirecta (artículo 2.b)i)- y de los requisitos profesionales (artículo 4.1.- el criterio de razonabilidad puede impedir el que situaciones absurdas, fruto de la aplicación estricta de la prohibición de discriminación, den en la realidad cotidiana. En cualquier caso, razones poderosas tienen que ofrecerse para justificar una diferencia de trato basada en la orientación sexual como en el resto de motivos protegidos por la directiva. Habrá que estar, no obstante, a la espera de lo que las autoridades administrativas y judiciales de los Estados miembros, como señala en punto 15 de los considerandos de la directiva, establezcan como criterios que permitan que una diferencia de trato sea hallada justificada.

3.5. La prohibición de discriminación por orientación sexual y la pareja homosexual

La prohibición de discriminación por orientación sexual en el ámbito de lo laboral es, como ya hemos señalado, un importante avance en la protección y normalización de la situación del colectivo homosexual en Europa. Dicho esto y siendo evidentes las ventajas que para los homosexuales europeos supone la implementación de la presente directiva, cabe sin embargo observar deficiencias aún importantes incluso en el propio ámbito de lo laboral, y que al menos en principio, esta directiva podría no resolver, siendo las autoridades nacionales las encargadas de su primera interpretación, y habiendo visto la al menos decepcionante jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con la homosexualidad.

Nos estamos refiriendo en particular al problemático asunto de la igualdad en derechos de las parejas homosexuales con las heterosexuales, estén estas últimas unidas por un vínculo matrimonial o no⁴⁵. La prohibición de

⁴⁵ Un estudio sobre el régimen jurídico de las uniones de hecho heterosexuales y homosexuales en España se encuentra en X. O'CALLAGHAN (Director), *Consecuencias Jurídicas de la Uniones de Hecho*, Madrid, 1998; J.M. MATINELL y M.T. ARECES PIÑOL (Editores), *Uniones de Hecho*, Lleida 1998; P.A. TALAVERA, *Fundamentos para el Reconocimiento Jurídico de las Uniones Homosexuales. Propuestas de Regulación en España*, Madrid, 1999.

discriminación por orientación sexual de la directiva que hemos analizado no tiene porqué proteger los beneficios laborales de las parejas homosexuales en igualdad de condiciones con las parejas heterosexuales. No se daría problema alguno en relación a la pareja heterosexual que no tiene un vínculo matrimonial, la pareja de hecho, ya que en estos casos sería difícil negar la concesión de los mismos beneficios a la pareja homosexual, sin incurrir en la discriminación que la directiva prohíbe.

El problema surge en relación al matrimonio y la diferencia de trato basada en la existencia de un vínculo matrimonial. Porque puede darse la situación en la que se reconozcan determinados beneficios laborales a las parejas unidas matrimonialmente, y no a aquellas que se hayan constituido tan sólo de hecho, sean estas heterosexuales u homosexuales. En este caso se podría decir que no existe una discriminación por orientación sexual en tanto las parejas de hecho heterosexuales reciben el mismo tratamiento que las homosexuales. Lo determinante en estos casos sería la existencia del matrimonio, de la institución matrimonial, que hasta ahora en Europa se encuentra cerrada a las parejas homosexuales⁴⁶. El argumento en favor de esta diferencia de trato se sustenta así en la naturaleza del matrimonio, en su importancia social y en la imposibilidad del Derecho Comunitario de incidir en la constitución de una institución como la matrimonial, ajena a las competencias del mismo, de manera que el mandato antidiscriminatorio en relación a la orientación sexual en el trabajo se encontraría inhabilitado para ejercer su potencial cuando la institución matrimonial se encontrara comprometida.

Ésta, que es una posible situación, tendrá difícil solución a corto plazo, con los instrumentos técnicos de que disponemos en la actualidad y dependerá de la buena voluntad de las autoridades nacionales o del Tribunal de Justicia para interpretar extensivamente la prohibición de discriminación por orientación sexual del artículo 13 del Tratado así como de la directiva que estamos comentando. Sin embargo, una posible vía de interpretación de la directiva, acorde con la finalidad de normalización e integración del colectivo homosexual que la misma representa, es aquella que sustenta que la exigencia de vínculo matrimonial para la percepción de determinados beneficios laborales constituye de por sí una forma de discriminación por orientación sexual, si no directa sí indirecta. Y ello por un motivo fundamental, tal es la imposibilidad para las parejas homosexuales de contraer matrimonio. No se trata de exigir que el matrimonio esté abierto a los homosexuales, está es una exigencia que los colectivos de gays y lesbianas están empezando a proclamar en foros políticos y jurídicos, sino de afrontar la imposibilidad de la consecución del matrimonio para las parejas homosexuales, de modo que si bien el Derecho Comunitario no tiene competencias para incidir en tal situación, al menos sí puede mitigar sus

⁴⁶ Salvo en Holanda. Sobre el estado de reconocimiento de las parejas homosexuales en Europa, la mejor guía se encuentra en la página web de ILGA-Europe, disponible en <http://www.ilga.org/information>.

efectos. En realidad resulta difícil entender un concepto de discriminación indirecta como el que ha establecido el Tribunal de Justicia Europeo así como diferentes normas comunitarias que ya veíamos anteriormente sin incluir caso que estamos tratando, ya que cumple con todos los requisitos necesarios para ser merecedor de la protección que la discriminación indirecta puede ofrecer en este ámbito.

Así, cuando se trata el problema de las parejas homosexuales el criterio de comparación a efectos de investigar si se ha producido una discriminación por orientación sexual es siempre equivoco. Comparar a las parejas homosexual con las parejas de hecho heterosexuales es un criterio erróneo por cuanto se está tratando como similares situaciones que en absoluto lo son. De hecho, las parejas heterosexuales que no acceden al matrimonio están haciendo uso de una libertad de elección —entre formalizar o no su situación— a la que las parejas homosexual no tienen acceso, estas no pueden casarse. Este es el punto de partida válido para realizar un juicio sobre discriminación en relación a las parejas homosexuales. La visión contraria, que asume que desde el momento en que entra en juego el matrimonio ya no se puede hablar de discriminación puesto que estamos ante una institución que por su naturaleza no admite el acceso a la misma de las parejas homosexuales no es más que una forma de discriminación indirecta del colectivo homosexual, debido a las consecuencias que para el mismo tiene.

Si la discriminación indirecta se constituye como una situación de desventaja de un grupo frente a otro por medidas que en principio resultan de carácter neutro en su configuración, la negación de beneficios en el ámbito laboral o prestaciones a parejas de hecho que sí se conceden a los matrimonios, es en el caso de los homosexuales un claro ejemplo de discriminación indirecta en el empleo, por cuanto estas parejas, a diferencia de las parejas heterosexuales tienen negado el acceso al matrimonio. Por otro lado el criterio de la incidencia de estas medidas se encuentra más que satisfecho, por cuanto son todas las parejas homosexuales las que se encontrarían en semejante situación.

Por último, otro asunto que puede afectar de manera importante a las parejas homosexuales es la exclusión del ámbito de aplicación de la directiva establecida en el artículo 3.2. de la misma y que establece que "*la presente directiva no afectará a la diferencia de trato por motivos de nacionalidad y se aplicará sin perjuicio de las disposiciones y condiciones por las que se regulan la entrada y residencia de nacionales de terceros países y de apartados en el territorio de los Estados miembros y del trato que se derive de la situación jurídica de los nacionales de terceros países y de los apartados*". De este modo, las dificultades de reagrupamiento familiar de parejas homosexuales y las que uno de los miembros es nacional de tercer país, o la libertad de circulación de trabajadores comunitarios con sus parejas en el territorio de la Unión son asuntos que esta directiva no parece resolver⁴⁷, como tampoco las diferer

⁴⁷ Sobre la incidencia de la libertad de circulación de trabajadores en el reconocimiento de los derechos de la pareja homosexual, ver A. CLAPHAM & J. WEILER, "Huma

cias entre parejas de hecho heterosexuales y matrimonios con parejas homosexuales a la hora de la percepción de prestaciones de la Seguridad Social, como establece el artículo 3.3 de la presente directiva, al regular que *"la presente directiva no se aplicará a los pagos de cualquier tipo efectuados por los regímenes públicos o asimilados, incluidos los regímenes públicos de seguridad social o de protección social"*.

4. CONCLUSIONES

La importancia que la protección contra discriminación por orientación sexual en el ámbito laboral tienen esta directiva para el colectivo homosexual es indudable. Y no sólo por las consecuencias particulares que para los homosexuales, en el mundo del trabajo, vaya a tener, sino también por la relevancia social que la asunción del derecho a no ser discriminado por orientación sexual tiene. Se trata además de una medida comunitaria, de aplicación en toda Europa, que se va a ver beneficiada de ese halo reverencial que todo lo comunitario tiene, al menos en España. Y resulta paradójico, sin embargo, que sea precisamente en la esfera comunitaria, donde se discute aún acerca del lugar de los derechos humanos en el ordenamiento comunitario, donde se haya producido un reconocimiento más claro del derecho a ser homosexual, y donde se hayan dado los instrumentos necesarios para luchar contra la discriminación por orientación sexual de un modo más directo. Tal vez la permeabilidad de las instituciones comunitarias a la presión de los lobbies es lo que ha permitido que la acción de las asociaciones de gays y lesbianas haya dado como resultado el nivel de reconocimiento y protección que el colectivo homosexual empieza a disfrutar. Solo cabe añadir que si bien lo conseguido es mucho, también en mucho lo que queda por conseguir, pero en cualquier caso parece que el Derecho Comunitario, con todos sus inconvenientes, ha abierto un camino esperanzador para poder ser homosexual de pleno derecho en Europa.

dignity shall be inviolable: the human rights of Lesbians and Gay men in the European Community legal order", *Collected Courses of the Academy of European Law*, vol III, libro 2, 1994, pg.237.

LA PROPUESTA DE REFORMA DE LA DIRECTIVA 76/201: EVOLUCIÓN Y ADAPTACIÓN DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN EL DERECHO COMUNITARIO

AMPARO BALLESTER PASTOR

Profesora Titular de Universidad del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia

EXTRACTO

Aunque ya son antiguos los intentos por reformar la Directiva 76/207, una serie de circunstancias concurrentes en la actualidad vaticinan que la propuesta de reforma objeto del actual comentario será objeto de aprobación: de un lado, el Tratado de Amsterdam ha incorporado al derecho originario de la Comunidad un concepto omnicompreensivo del principio de no discriminación que ha dado lugar a las Directivas "gemelas" 2000/43 y 2000/78, cuyo contenido hace parecer desfasado al de la Directiva 76/207; de otro lado, la voluminosa doctrina del TJCE aplicando esta Directiva ha interpretado extensivamente algunos de sus presupuestos hasta el punto de que resultaba necesaria una recreación normativa que los incorporara. Así las cosas, la propuesta de Directiva acomete concepciones y regulaciones nuevas en relación con la discriminación indirecta, la acción afirmativa, la protección de la maternidad, el acoso sexual, las profesiones de las que son excluidas las mujeres o los mecanismos de protección y sanción frente a la discriminación. Al análisis de estos temas se dedica el presente comentario.