

LA PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS SEXUALES EN LA UNIÓN EUROPEA

IVÁN MANZANO BARRAGÁN*

- III. INTRODUCCIÓN.
- II. LAS MINORÍAS SEXUALES EN EL DERECHO COMUNITARIO PRIMARIO.
 - 1. LA DISPOSICIÓN SOBRE LA NO DISCRIMINACIÓN EN EL TRATADO DE ÁMSTERDAM.
 - 2. LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL TRATADO DE LISBOA.
- III. LA DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL EN EL DERECHO DERIVADO.
 - 1. LA DIRECTIVA SOBRE IGUALDAD DE TRATO EN EL LUGAR DE TRABAJO.
 - 2. HACIA UNA NUEVA DIRECTIVA SOBRE IGUALDAD DE TRATO.
- IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA SOBRE MINORÍAS SEXUALES.
 - 1. UNA AMPLIA INTERPRETACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN POR CAMBIO DE SEXO.
 - 2. UNA VISIÓN RESTRICTIVA DE LA DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL.
 - 3. EL EMERGENTE RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO.
- V. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

Desde su aparición tras la Segunda Guerra Mundial, el Derecho internacional de los derechos humanos no cubrió cuestiones relacionadas con la identidad y orientación sexual de los individuos durante un largo período de tiempo. Esto no es de extrañar puesto que las actividades sexuales entre personas del mismo sexo eran entonces ilegales en la mayor parte de Estados del sistema internacional. El estatus de hombres y mujeres homosexuales como criminales y/o enfermos mentales en los ordenamientos ju-

* Técnico de Derechos Humanos - Human Rights Officer, Delegación de la Comisión Europea en Albania.

rídicos nacionales hacía impensable que los derechos asociados con la identidad e inclinación sexual pudieran ser considerados como parte integrante del emergente corpus de normas relativas a la protección del individuo¹.

Así pues, mientras los emergentes instrumentos internacionales de protección de los derechos fundamentales se referían a un número creciente de cuestiones relacionadas con la dignidad y libertad humana, olvidaron durante décadas la situación de persecución y discriminación sufrida por homosexuales y transexuales en todas las partes del mundo. En este sentido, las declaraciones y convenciones fundadoras del Derecho internacional de los derechos humanos no hacían mención alguna a los derechos de las personas pertenecientes a minorías sexuales. Este es el caso, notablemente, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que no contienen disposiciones relativas, al menos de modo explícito, a la sexualidad o a la orientación sexual.

Sin embargo, estos textos contienen diversas provisiones relativas al respeto de la vida privada y familiar de las personas², así como una cláusula de igualdad que prohíbe la discriminación sobre la base de una lista de motivos no exhaustiva³. A partir de estas disposiciones, hemos asistido a finales del siglo XX a un paulatino reconocimiento de los derechos de las minorías sexuales en el sistema universal de protección de los derechos humanos de las Naciones Unidas, así como en el sistema regional europeo, esto es, en el ámbito del Consejo de Europa y de la Unión Europea⁴.

¹ WALKER, K. L., «Evolving human rights norms around sexuality», *ILSA Journal of International and Comparative Law*, vol. 6, núm. 2, 2000, pp. 343-353.

² Artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

³ Artículos 2 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículos 2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

⁴ Para un análisis general sobre la protección internacional de los derechos de homosexuales y transexuales, véase por ejemplo DONNELLY, J., «Non-Discrimination and Sexual Orientation: Making a Place for Sexual Minorities in the Global Human Rights Regime» en BAEHR, P., FLINTERMAN, C. y SENDERS, M. (eds.), *Innovation and Inspiration: Fifty Years of the Universal Declaration of Human Rights*, Royal Netherlands Academy of Arts and Sciences, Amsterdam, 1999, pp. 93-110; HODSON, L., «Family values: the recognition of same-sex relationships in international law», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 22, núm. 1, 2004, pp. 33-57; LAU, H., «Sexual Orientation: Testing the Universality of International Human Rights Law», *University of Chicago Law Review*,

El objetivo del presente artículo es examinar el grado de protección de los derechos de las personas pertenecientes a minorías sexuales en el contexto del proceso de integración europea. Ésta es una cuestión de especial relevancia al considerar que, junto con los mecanismos de salvaguardia de los derechos fundamentales existentes en el marco del Consejo de Europa, la Unión Europea ha desarrollado un sistema supranacional de protección de los derechos de homosexuales y transexuales con carácter jurídicamente vinculante sin parangón en el sistema internacional.

Con esta finalidad, realizaremos en primer lugar una panorámica sobre el tratamiento que han recibido las minorías sexuales, y muy especialmente la discriminación por motivo de orientación sexual, en el Derecho comunitario primario desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam⁵. Seguidamente, examinaremos las disposiciones normativas concernientes a la identidad y orientación sexual contenidas en el Derecho derivado europeo, incluyendo la propuesta de Directiva sobre igualdad de trato actualmente en proceso de negociación en el seno de la Unión. Por último, nos detendremos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en aquellos casos relativos a personas homosexuales y transexuales.

II. LAS MINORÍAS SEXUALES EN EL DERECHO COMUNITARIO PRIMARIO

Los derechos de las minorías sexuales han emergido en el ordenamiento jurídico comunitario de manera muy reciente, con la introducción a mediados de los años noventa de una disposición en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea contraria a la discriminación por motivo de orientación sexual. Esta tardía aparición de las minorías sexuales en el Derecho de la Unión obedece, en parte, al propio surgimiento paulatino de un régimen comunitario de protección de los derechos fundamentales no previsto en los tratados fundacionales.

vol. 71, núm. 4, 2004, pp. 1689-1720; SANDERS, D., «Human Rights and Sexual Orientation in International Law», *International Journal of Public Administration*, vol. 25, núm. 1, 2002, pp. 13-44; SCHEININ, M., «Sexual Rights as Human Rights – Protected under Existing Human Rights Treaties?», *Nordic Journal of International Law*, vol. 67, núm. 1, 1998, pp. 17-35.

⁵ Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, *DOCE* C 340 de 10 de noviembre de 1997.

1. LA DISPOSICIÓN SOBRE LA NO DISCRIMINACIÓN EN EL TRATADO DE ÁMSTERDAM

A pesar del progresivo establecimiento desde finales de los años sesenta de un sistema comunitario de salvaguardia de los derechos fundamentales a cargo del Tribunal de Justicia, no fue hasta la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam que se produjo un avance significativo hacia la formalización jurídica de los derechos humanos en el proceso de construcción comunitaria. En primer lugar, el Tratado recogía en el artículo 6 TUE como principios de la Unión Europea la libertad, la democracia, el Estado de derecho y el respeto de los derechos humanos, e introducía la posibilidad de suspender los derechos de aquellos Estados miembros que hubiesen violado grave y persistentemente dichos principios.

La segunda aportación del Tratado de Ámsterdam, de especial relevancia para el objeto de estudio del presente artículo, fue la inclusión del artículo 13 TCE, que había de permitir al Consejo de la Unión Europea adoptar medidas para combatir la discriminación basada en un conjunto de condiciones, entre las cuales se encontraba la orientación sexual: «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» (artículo 13.1 TCE).

Dicho artículo constituía la primera referencia a la orientación sexual recogida en un tratado internacional, encuadrada en la parte del Tratado relativa a los principios de la Comunidad Europea, «lo que implicaba su importancia básica para todo el ámbito de la legislación comunitaria»⁶. De este modo, el Derecho primario proporcionaba por primera vez a la Unión Europea la base legal para llevar a cabo actuaciones de lucha contra las discriminaciones basadas en la orientación sexual de las personas.

La inclusión de esta disposición fue el resultado de los debates que se produjeron alrededor de la cuestión sobre la protección de los derechos humanos a nivel comunitario, en el marco de la Conferencia Intergubernamental que culminó en la firma del Tratado de Ámsterdam. Durante

⁶ PARMAR, S., «El Tratado de Ámsterdam» en KRICKLER, K. (coord.), *La orientación sexual y la Unión Europea tras el Tratado de Ámsterdam*, ILGA-Europa, Bruselas, 1999, pp. 17-28.

estas negociaciones, un gran número de Estados miembros, entre los cuales Finlandia, Austria, Italia y el Benelux, abogaron por la incorporación en el Derecho primario de una cláusula sobre los derechos humanos y el principio de no discriminación, siguiendo los posicionamientos del Parlamento Europeo en este sentido⁷. Por el contrario, el Reino Unido se opuso a la inclusión de semejante disposición, al considerar que la UE no era el contexto más adecuado para garantizar la protección de los derechos fundamentales.

El principio de igualdad de trato quedó finalmente recogido en los tratados en la redacción actual del artículo 13 TCE. Pese al avance que supuso la introducción de este artículo, al acabar con la duda sobre la competencia comunitaria para luchar contra la discriminación basada en la orientación sexual, cabe señalar algunas de las limitaciones de tal disposición. La primera de las limitaciones es que el artículo no introduce una prohibición explícita contra la discriminación, sino que únicamente habilita al Consejo de la UE a adoptar medidas antidiscriminatorias en relación con determinados colectivos. Por lo tanto, al requerir de antemano medidas de aplicación, el artículo 13 TCE no surte efectos directos, esto es, no puede ser esgrimido ante los jueces nacionales de los Estados miembros, a diferencia del artículo 12 TCE (prohibición de discriminación por nacionalidad) o del artículo 141 TCE (prohibición de discriminación salarial entre mujeres y hombres).

La segunda de las limitaciones de esta disposición es que las medidas de aplicación deben ser adoptadas por decisión unánime del Consejo, previa consulta al Parlamento Europeo. De este modo, se dificulta la adopción de medidas legalmente vinculantes sobre la base del artículo 13 TCE. Al respecto, cabe prever que la unanimidad resulte más difícil de alcanzar en una Unión ampliada, con mayor diversidad cultural y religiosa y diferentes grados de protección social, especialmente hacia las minorías sexuales⁸.

⁷ Véase BELL, M. y WADDINGTON, L., «The 1996 Intergovernmental Conference and the Prospects of a Non-Discrimination Treaty Article», *Industrial Law Journal*, vol. 25, núm. 4, 1996, pp. 320-336; PARLAMENTO EUROPEO, «Summary of the positions of the Member States and the European Parliament on the 1996 Intergovernmental Conference», JF/bo/259/96, Secretariado General del Parlamento Europeo, Luxemburgo, 1996.

⁸ «Proposals based on Article 13 EC must be acceptable to all Member States. Article 13 EC will, therefore, probably not lend itself to innovative action directed against discrimination. Indeed, as the heterogeneity of Community membership increases, the likelihood of obtaining agreement on all but the most anodyne of actions in respect of relatively uncontentious issues diminishes» (FLYNN, L., «The implications of article 13 EC – after

Asimismo, se limita a un mero papel consultivo al Parlamento Europeo, institución que tradicionalmente más se ha implicado en la lucha a escala comunitaria contra la co discriminación por orientación sexual.

Finalmente, el artículo 13 TCE sólo permite al Consejo de la Unión la adopción de legislación en materia de discriminación dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el Tratado. De este modo, el Consejo puede adoptar medidas antidiscriminatorias en ámbitos en los que la UE tiene clara competencia, como la discriminación en el lugar de trabajo, pero no así en campos susceptibles de discriminación como la vivienda, el matrimonio o la adopción, para los cuales no tiene competencia explícita en los tratados⁹.

2. LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL TRATADO DE LISBOA

Los avances introducidos por el Tratado de Ámsterdam en el ámbito de los derechos humanos y de la lucha contra la discriminación llevaron a una creciente convicción sobre la necesidad de adoptar un catálogo de derechos fundamentales en el seno de la Unión¹⁰. Como resultado, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹¹ fue firmada y proclamada solemnemente en Niza por los Presidentes del Consejo de la UE, de la Comisión y del Parlamento Europeo el 7 de diciembre de 2000. Sin embargo, los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión decidieron no introducir ninguna referencia a este texto dentro del Tratado de Niza¹², por lo que la Carta se vio privada de naturaleza jurídica vinculante.

Amsterdam, will some forms of discrimination be more equal than others?», *Common Market Law Review*, núm. 36, 1999, pp. 1127-1152).

⁹ BELL, M., «Novedades: legislación comunitaria y política de discriminación por orientación sexual» en BERGER, J., KRICKLER, K., LEWIS, J. y WUCH, M. (eds.), *Igualdad de lesbianas y gais: un tema importante en el diálogo civil y social*, ILGA-Europa, Bruselas, 1998, pp. 10-13.

¹⁰ Esta percepción se vio acusada a finales de los años noventa por la falta de potestad de la Comunidad Europea para adherirse al Convenio Europeo de Derechos Humanos, de acuerdo con el Dictamen 2/94 del Tribunal de Justicia de 28 de marzo de 1996, relativo a la competencia de la Comunidad para adherirse al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, *DOCE* C180 de 22 de junio de 1996.

¹¹ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *DOCE* C 364 de 18 de diciembre de 2000.

¹² Tratado de Niza por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, *DOCE* C 80 de 10 de marzo de 2001.

En relación con la protección de los derechos de las minorías sexuales, la Carta de los Derechos Fundamentales establece que la lucha contra la discriminación, incluida la motivada por la orientación sexual, constituye un valor fundamental de la Unión Europea. De este modo, según el artículo 21.1 de la Carta: «Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual»¹³.

Como puede apreciarse, dicha disposición establece una prohibición general de toda forma de discriminación, haciendo referencia a un listado no exhaustivo de condiciones más amplio que el recogido en el artículo 13 TCE. De este modo, la cláusula antidiscriminatoria de la Carta de los Derechos Fundamentales va más allá que la disposición introducida por el Tratado de Ámsterdam, la cual se limita a establecer la base legal para la adopción por parte de las instituciones comunitarias de medidas dirigidas a luchar contra la discriminación.

Cabe recordar que la Carta de los Derechos Fundamentales se vio incorporada en el articulado del proyecto de Constitución Europea¹⁴. De este modo, el catálogo comunitario de derechos humanos pasaba a adquirir obligatoriedad jurídica, lo cual implicaba la inserción en el Derecho primario de la prohibición de la discriminación basada en la orientación sexual. Sin embargo, el fracaso del proceso de ratificación del Tratado constitucional ha comportado que estos avances en materia de protección de libertades y derechos básicos en el seno de la Unión no hayan podido ser llevados a la práctica.

Dichos avances en el ámbito de los derechos fundamentales han sido no obstante recogidos en gran medida en el Tratado de Lisboa, adoptado en diciembre de 2007 y actualmente en proceso de ratificación¹⁵. En efec-

¹³ De acuerdo con la nota explicativa del *Presidium* de la Convención encargada de la redacción del proyecto de Carta de los Derechos Fundamentales, el artículo 21 de la Carta se inspira en el artículo 13 TCE y en el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como en el artículo 11 del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina (CHARTÉ 4473/00, 11 de octubre de 2000, p. 22).

¹⁴ Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, *DOUE* C 310 de 16 de diciembre de 2004.

¹⁵ Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, *DOUE* C 306 de 17 diciembre 2007. La numeración relativa al Tratado de Lisboa corresponde a las versiones consolidadas del

to, pese a no incorporar en su articulado la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, el artículo 6 TUE modificado por el Tratado de Lisboa hace referencia a la Carta¹⁶, equiparando su valor jurídico al del Derecho primario de la Unión Europea. La Carta, pues, será vinculante para los Estados miembros una vez que la nueva revisión de los tratados entre en vigor.

Por otra parte, el Tratado de Lisboa incluye desarrollos significativos en relación con el principio de igualdad de trato, que habían sido de igual modo incorporados previamente en la Constitución Europea. En primer lugar, el nuevo artículo 10 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (artículo III-118 de la Constitución Europea) integra el principio de no discriminación en todas las políticas de la UE, al establecer que: «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».

En segundo lugar, el artículo 19.1 del Tratado de Funcionamiento de la UE mejora la posición legislativa del Parlamento Europeo respecto a la adopción de medidas de lucha contra la discriminación, dando así respuesta a las demandas de la Eurocámara en este sentido¹⁷. Tal y como se desprende de este artículo, las actuaciones para combatir la discriminación seguirán adoptándose por unanimidad en el seno del Consejo. Sin embargo, dichas actuaciones precisarán de la conformidad del Parlamento Europeo, que abandona así su papel meramente consultivo en esta materia. Por todo ello, el Tratado de Lisboa, en caso de ser ratificado por todos los países de la Unión, constituirá un nuevo avance en la lucha a escala europea contra toda forma de discriminación, y un paso adelante hacia el respeto del principio de igualdad de trato independientemente de la orientación sexual del individuo.

Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, *DOUE C* 115 de 9 de mayo de 2008.

¹⁶ De cara a la firma del Tratado de Lisboa, el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión proclamaron solemnemente en Estrasburgo una versión adaptada de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea el 12 de diciembre de 2007, *DOUE C* 303 de 14 de diciembre de 2007.

¹⁷ «Sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual» (art. 19.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

III. LA DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL EN EL DERECHO DERIVADO

Una vez examinadas las referencias a la discriminación por orientación sexual contenidas en el Derecho primario, procederemos a continuación a analizar las medidas adoptadas por las instituciones europeas en este ámbito, así como aquéllas que se encuentran actualmente en proceso de elaboración en el marco del entramado institucional de la UE.

1. LA DIRECTIVA SOBRE IGUALDAD DE TRATO EN EL LUGAR DE TRABAJO

Pocos meses después de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, la Comisión Europea adoptó el 25 de noviembre de 1999 un paquete de medidas contra la discriminación en base al nuevo artículo 13 TCE. Este conjunto de medidas incluía una propuesta de Directiva a favor de la igualdad de trato en materia de empleo y trabajo; una propuesta de Directiva sobre el principio de igualdad de trato independientemente del origen racial y étnico tanto dentro como fuera del mercado laboral; y, finalmente, una propuesta de Decisión relativa al establecimiento de un programa de acción comunitario para la lucha contra la discriminación. A continuación, nos centraremos en el contenido del primero de estos actos legislativos, aprobado por el Consejo en noviembre de 2000.

La Directiva 2000/78/CE sobre igualdad de trato en el empleo y la ocupación¹⁸ establece un marco general para garantizar el respeto del principio de igualdad de trato en materia de empleo y ocupación en todo territorio de la Unión, incluyendo a los nacionales de terceros países, independientemente de la religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Dentro del límite de las competencias conferidas a la Comunidad, la Directiva tiene como ámbito de aplicación tanto el sector público como

¹⁸ 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, *DOCE* L 303 de 2 de diciembre de 2000. Para un análisis en profundidad de esta Directiva, véase WAALDIJK, K., «Legislation in fifteen EU Member States against sexual orientation discrimination in employment: the implementation of Directive 2000/78/EC» en WEYEMBERGH, A. y CARSTOCEA, S. (eds.), *The gays' and lesbians' rights in an enlarged European Union*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruselas, 2006, pp. 17-47; WAALDIJK, K. y BONINI-BARALDI, M., *Sexual orientation discrimination in the European Union*, TMC Asser Press, La Haya, 2006.

el privado, en relación con las condiciones de acceso al empleo, la promoción y la formación profesional, las condiciones de empleo y trabajo (incluidas las de despido y remuneración), y la pertenencia a determinadas organizaciones de trabajadores o de empresarios.

En el contexto de este acto normativo, se entiende por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de las condiciones antes mencionadas, considerando también el acoso como discriminación cuando se produce en relación con alguna de estas condiciones. Sólo en muy contadas circunstancias, una diferencia de trato no es considerada discriminatoria si está justificada objetiva y razonablemente en el marco del Derecho nacional por una finalidad legítima, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios. De igual modo, la prohibición de discriminación contenida en esta norma no es óbice para la acción positiva por parte de los Estados miembros a favor de determinados colectivos.

La Directiva establece requisitos mínimos para la protección del principio de igualdad de trato, dejando a los Estados que mantengan o introduzcan disposiciones más favorables para la consecución de este objetivo. Asimismo, obliga a los Estados miembros a suprimir las disposiciones de sus respectivos ordenamientos jurídicos que violen el principio de igualdad de trato. A tal fin, las autoridades estatales han debido adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en esta norma antes del 2 de diciembre de 2003¹⁹.

Al examinar las aportaciones que introduce la Directiva 2000/78/CE, cabe destacar en primer lugar que, hasta el momento de su adopción, las medidas antidiscriminatorias existentes en el ámbito del empleo en las Comunidades Europeas habían revestido un carácter predominantemente

¹⁹ El plazo máximo de transposición de la Directiva para los diez nuevos Estados miembros era el 1 de mayo de 2004, fecha de su entrada en la UE, y el 1 de enero de 2007 para Bulgaria y Rumanía. Examinar la transposición de esta Directiva excede la ambición del presente artículo, por lo que nos limitaremos aquí a remitir al informe presentado por la Comisión el 19 de junio de 2008 sobre la aplicación de dicha norma: Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «La aplicación de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación», COM (2008) 225 final, de 19 de junio de 2008. En el caso de España, la transposición de la Directiva 2000/78/CE en el ordenamiento jurídico español se realizó mediante la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE 313 de 31 de diciembre de 2003).

económico. Dejando de lado el principio de igualdad entre hombres y mujeres y el principio de no discriminación por nacionalidad, de larga tradición dentro del orden jurídico comunitario, no fue hasta la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam que, en virtud del artículo 13 TCE, la Unión Europea adoptó un enfoque más social y menos orientado a la consecución del mercado interior en materia de empleo.

La Directiva 2000/78/CE constituye la primera ocasión en la que se introduce en el Derecho derivado de la UE el principio de la no discriminación por motivo de orientación sexual. Con anterioridad, las instituciones comunitarias, especialmente la Eurocámara, ya se habían pronunciado en múltiples ocasiones en contra de esta categoría de discriminaciones en el entorno laboral²⁰. Sin embargo, no fue hasta la adopción de dicha Directiva que el orden comunitario pasó a contar con un instrumento jurídicamente vinculante en esta materia.

El objetivo y ámbito de aplicación de esta Directiva revisten una especial relevancia puesto que, tal y como señala en su preámbulo, la igualdad de trato en el empleo y la ocupación constituye un elemento esencial para garantizar la igualdad de oportunidades para todos, y contribuye a la plena participación de los ciudadanos en la vida económica, social y cultural, así como a su desarrollo personal. De este modo, con la Directiva 2000/78/CE pasan a estar prohibidas en la UE las discriminaciones salariales y los despidos motivados por las preferencias sexuales de los trabajadores y trabajadoras, así como el acoso que aún sufren las personas homosexuales en el entorno laboral.

Por lo que se refiere a los derechos de las parejas del mismo sexo en el ámbito laboral, se desprende de la Directiva 2000/78/CE que el trato diferencial entre parejas homosexuales y parejas heterosexuales no casadas violaría el principio de igualdad de trato, puesto que se basaría únicamente en la orientación sexual de los miembros de la unión. Por ello, los empresarios presumiblemente habrán de reconocer las mismas prestaciones a las uniones estables del mismo sexo que a las parejas no casadas de sexo opuesto. Sin embargo, habida cuenta de la falta de competencia comunitaria

²⁰ Véase, por ejemplo, la Resolución del Parlamento Europeo sobre discriminación sexual en el lugar de trabajo, de 13 de marzo de 1984 (*DOCE C* 104 de 16 de abril de 1984); la Resolución del Parlamento Europeo sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y las lesbianas en la Comunidad Europea, de 4 de febrero de 1994 (*DOCE C* 61 de 28 de febrero de 1994); o la Resolución sobre la igualdad de derechos de las personas homosexuales en la CE, de 17 de septiembre de 1998 (*DOCE C* 313 de 12 de octubre de 1998).

ria en cuestiones de estado civil, la norma no afecta a las ventajas que se derivan del matrimonio. Por consiguiente, la diferencia de trato entre uniones estables homosexuales y parejas casadas no constituiría una discriminación por motivo de orientación sexual, al estar basada en el estatus civil de la persona.

2. HACIA UNA NUEVA DIRECTIVA SOBRE IGUALDAD DE TRATO

Como continuación al paquete de medidas presentado en 1999 por la Comisión Europea, ésta adoptó el 1 de junio de 2005 una Comunicación sobre la estrategia marco para la no discriminación y la igualdad de oportunidades para todos²¹. Su objetivo era garantizar una protección jurídica eficaz contra la discriminación mediante la transposición en todos los Estados de la Unión del acervo comunitario sobre igualdad de trato. La Comunicación recogía el compromiso de la Comisión de emprender un estudio sobre la viabilidad de nuevas medidas destinadas a completar el marco jurídico comunitario sobre igualdad de trato, que ha conducido al debate actual sobre la adopción de una nueva Directiva para luchar contra la discriminación fuera del ámbito laboral.

Fruto de este compromiso, la Comisión anunció en su Estrategia Política Anual para 2008 que propondría «nuevas iniciativas diseñadas para prevenir y combatir la discriminación fuera del mercado de trabajo basada en el sexo, la religión, las creencias, la discapacidad, la edad y la orientación sexual, y para conciliar mejor la vida familiar con la vida profesional»²². Este compromiso fue reiterado en el Programa legislativo y de trabajo de la Comisión para 2008²³, que incluía una referencia expresa a una propuesta de Directiva relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato fuera del empleo.

Durante el proceso de elaboración interna de la propuesta de Directiva

²¹ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Estrategia marco contra la discriminación y por la igualdad de oportunidades para todos», COM (2005) 224 final, de 1 de junio de 2005.

²² Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones «Estrategia Política Anual para 2008», COM (2007) 65 final, de 21 de febrero de 2007.

²³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones «Programa legislativo y de trabajo de la Comisión para 2008», COM (2007) 640 final, de 23 de octubre de 2007.

a cargo de los servicios de la Comisión Europea, surgieron dudas sobre si el nuevo acto normativo había de incluir todas las condiciones de discriminación no cubiertas ya por la legislación comunitaria, o si debía limitarse a algunas de estas condiciones, en particular a la discapacidad. Esta última opción fue duramente criticada por organizaciones de defensa de los derechos de homosexuales y transexuales, que se pronunciaron en numerosas ocasiones a favor de una norma que cubriese todas las formas de discriminación, con el fin de evitar una visión jerárquica de los derechos de las minorías.

Finalmente, la Comisión presentó el 2 de julio de 2008 una propuesta de Directiva²⁴ que cubre todos los motivos de discriminación contemplados en dicho artículo que no han sido aún objeto de legislación específica. De este modo, la propuesta tiene como finalidad colmar las lagunas del marco jurídico existente y proteger contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual fuera del ámbito laboral, protección ya existente por motivos de sexo y raza u origen étnico. Por ello, la nueva norma ofrece un nivel de protección muy similar al previsto por la Directiva 2000/43/CE sobre igualdad de trato independientemente de la raza u origen étnico²⁵, y por la Directiva 2004/113/CE sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios²⁶.

Siguiendo el contenido de ambos textos, así como de la Directiva 2000/78/CE sobre igualdad de trato en el ámbito laboral arriba examinada, el nuevo acto normativo prohibirá la discriminación directa e indirecta, así como el acoso basado en uno de los motivos referidos. Dentro de

²⁴ Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, COM (2008) 426 final, de 2 de julio de 2008. Esta propuesta formaba parte de un paquete de iniciativas adoptado por la Comisión en julio de 2008 bajo el nombre de Agenda Social Renovada con el objetivo, entre otros, de luchar contra la discriminación. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Agenda Social Renovada: oportunidades, acceso y solidaridad en la Europa del siglo XXI», COM (2008) 412 final, de 2 de julio de 2008.

²⁵ Directiva 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, *DOCE* L 180 de 19 de julio de 2000.

²⁶ 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, *DOUE* L 373, de 21 de diciembre de 2004.

los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad, la prohibición de discriminación se aplicará a todas las personas, tanto del sector público como privado, en relación con la protección social (incluida la seguridad social y la asistencia sanitaria), los beneficios sociales y la educación, así como en el acceso y suministro de bienes y otros servicios (incluida la vivienda).

La propuesta recoge tanto en el preámbulo como en el articulado que sus disposiciones deberán entenderse sin perjuicio de los preceptos nacionales sobre el estado civil y familiar, los cuales continuarán siendo competencia exclusiva de los Estados miembros. Por otro lado, el principio de igualdad de trato no habrá de impedir que un país de la Unión mantenga o adopte medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por cualquiera de los motivos cubiertos por esta propuesta. Se prevé igualmente que la implementación de la Directiva no pueda dar lugar a una reducción del nivel de protección ya existente en la materia en los ordenamientos jurídicos nacionales.

En línea con las directivas existentes en materia de no discriminación, la nueva norma emplazará a los Estados a velar por la existencia de procedimientos judiciales o administrativos al alcance de las personas que crean ser víctimas de discriminación. Asimismo, los ordenamientos jurídicos nacionales habrán de garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato ante un tribunal u otro órgano competente. Los Estados deberán también adoptar medidas para proteger a las personas de posibles represalias como reacción ante una reclamación destinada a exigir el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de la Directiva. Finalmente, las autoridades nacionales se verán obligadas a suprimir todas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato.

En definitiva, tras dudar sobre la conveniencia de una iniciativa legislativa que abarcara todas las condiciones no cubiertas por la legislación comunitaria ya existente sobre igualdad de trato, la Comisión acabó adoptando una propuesta de Directiva que pretende equiparar el grado de protección ofrecido a todos los colectivos comprendidos en el artículo 13 TCE. De este modo, ha dado respuesta a las reivindicaciones de la Eurocámara y de organizaciones de gays, lesbianas y transexuales, sobre la necesidad de adoptar nuevos instrumentos legislativos comunitarios para luchar contra la discriminación basada en la preferencia sexual del individuo.

Por lo tanto, es posible prever que el Parlamento Europeo respalde

semejante propuesta de Directiva durante el procedimiento de consulta previsto para la adopción de este instrumento legislativo²⁷. Finalmente, cabe añadir que la propuesta de Directiva está siendo actualmente objeto de negociación en el seno del Consejo de la UE, aunque a día de hoy no existe una previsión de fecha para su adopción final. Pese a que un gran número de Estados miembros se han manifestado en principio favorables a la adopción de esta norma, existe una cierta reticencia a abordar los derechos de las minorías sexuales por parte de algunos gobiernos nacionales, que contemplan semejante normativa como una puerta abierta al eventual reconocimiento a escala comunitaria de los derechos de las parejas homosexuales.

IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA SOBRE MINORÍAS SEXUALES

A pesar de la ausencia de un catálogo de derechos fundamentales en los tratados originarios, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha desarrollado a lo largo de los años una jurisprudencia específica en el ámbito de los derechos humanos. Sin embargo, esta institución no ha desarrollado hasta la fecha una amplia jurisprudencia sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías sexuales, tal y como ha llevado a cabo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde los años ochenta. Esto no es de extrañar puesto que, hasta la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, la Unión Europea no había contado con una base legal en los tratados para desarrollar una legislación comunitaria en materia de discriminación por motivo de orientación sexual.

Aun así, el Tribunal de Justicia se ha basado en el artículo 141 TCE sobre igualdad de retribución entre hombres y mujeres, así como en diferentes actos normativos comunitarios, para pronunciarse en casos relativos a discriminaciones basadas en la orientación e identidad sexual. Entre las normas de Derecho derivado a las cuales ha hecho referencia el Tribunal,

²⁷ Estaba previsto que la Resolución del Parlamento Europeo relativa a la propuesta de Directiva sobre igualdad de trato se adoptara en la sesión plenaria en Estrasburgo de abril de 2009. El proyecto de informe sobre el cual la Eurocámara emitirá su Resolución fue adoptado el pasado 20 de marzo por la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior (A6-0149/2009). La exposición de motivos de dicho informe se hace eco de la satisfacción del Parlamento ante una propuesta de Directiva «largamente esperada», y destaca que esta norma constituye «un intento de igualar la importancia de la protección contra la discriminación por cualquier razón».

se encuentran la Directiva 75/117/CEE sobre igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras²⁸, y la Directiva 76/207/CEE sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo y las condiciones de trabajo²⁹, así como la propia Directiva 2000/78/CE sobre igualdad de trato en el lugar de trabajo.

1. UNA AMPLIA INTERPRETACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN POR CAMBIO DE SEXO

La primera de estas sentencias se produjo en el caso *P. contra S. y Cornwall County Council*³⁰ en el año 1996, en la que el Tribunal de Luxemburgo estimó contrario a la Directiva 76/207/CEE el despido de una persona transexual a raíz de su cambio de sexo. El caso hacía referencia a una empleada de un centro docente que había sido despedida tras comunicar su intención de someterse a una operación de reasignación de sexo de hombre a mujer, por lo que interpuso un recurso judicial al considerarse víctima de una discriminación por razón de sexo. Ante la duda sobre la interpretación de la Directiva 76/207/CEE sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, el juez nacional dirigió al Tribunal de Justicia dos cuestiones prejudiciales con el fin de establecer si el despido de un transexual a causa de un cambio de sexo constituía una infracción de dicha Directiva, y si esta norma prohibía tratar a un empleado en función de su transexualidad.

El artículo 5.1 de la Directiva 76/207/CEE prohíbe la discriminación por razón de sexo en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, incluidas las condiciones de despido. El Gobierno del Reino Unido sostuvo al respecto que el despido de una persona debido a una operación de reasignación de sexo no constituía una discriminación por razón de sexo a efectos de la Directiva. En este sentido, arguyó que la demandante habría sido

²⁸ Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos, *DOCE* L 45 de 19 de febrero de 1975.

²⁹ 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, *DOCE* L 39 de 14 de febrero de 1976.

³⁰ Sentencia de 30 de abril de 1996, *P / S y Cornwall County Council*, C-13/94, *Rec. 1996*, p. I-2143.

igualmente despedida si anteriormente hubiera sido una mujer y se hubiera sometido a una operación a fin de convertirse en hombre.

Alejándose de tal argumentación, el Tribunal de Justicia consideró que la Directiva debía aplicarse igualmente a las discriminaciones que tienen lugar a consecuencia del cambio de sexo del trabajador, puesto que tales discriminaciones se basan esencialmente, si no exclusivamente, en el sexo del interesado. Así pues, la sentencia estimó que cuando una persona era despedida por someterse a una operación de reasignación de sexo, recibía un trato desfavorable frente a las personas del sexo al que se consideraba que pertenecía antes de la operación, trato que entraba en contradicción con las disposiciones recogidas en la Directiva en cuestión³¹.

Unos años más tarde, el Tribunal de Justicia se pronunció nuevamente sobre una alegación de discriminación originada en el cambio de sexo de una persona transexual, en su sentencia en el caso *K.B. contra National Health Service Pensions Agency y Secretary of State for Health*³². En este caso, la demandante era una trabajadora del National Health Service que mantenía una relación afectiva con una persona nacida mujer e inscrita como tal en el registro civil, pero que había pasado a ser hombre tras una operación de reasignación de sexo. Hasta la entrada en vigor en el Reino Unido de la Ley de reconocimiento de género en julio de 2004, las personas transexuales no podían obtener certificados de nacimiento que reflejasen su nuevo sexo, de modo que no podían casarse en función de su nueva identidad sexual. Por consiguiente, K.B. y su compañero no habían podido contraer matrimonio.

El National Health Service comunicó a la demandante que, en caso de fallecimiento de ésta, su pareja no podría recibir la pensión de viudedad, puesto que sólo podía disfrutar de esta prestación el cónyuge superviviente, y ninguna disposición jurídica del Reino Unido reconocía la condición de cónyuge a falta de matrimonio legal. La demandante presentó entonces un recurso judicial en el que alegaba que las disposiciones nacionales constituían una discriminación de sexo contraria al artículo 141 TCE y a la Directiva 75/117/CEE sobre igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos. Ante este caso, el juez nacional planteó al Tribunal

³¹ A raíz de esta sentencia, el Reino Unido aprobó el Reglamento de 1999 sobre las discriminaciones relacionadas con el cambio de sexo, que modificó la Ley de 1975 sobre discriminación por razón de sexo, para incluir en su ámbito de aplicación los casos de discriminación directa de cualquier empleado basada en el cambio de sexo.

³² Sentencia de 7 de enero de 2004, *K.B.*, C-117/01, *Rec. 2004*, p. I-541.

de Luxemburgo una cuestión prejudicial sobre la interpretación de dichas disposiciones comunitarias.

Como respuesta, el juez comunitario consideró que la exigencia de contraer matrimonio para poder percibir la pensión de viudedad no era en sí misma discriminatoria por razón de sexo en el sentido del artículo 141 TCE y de la Directiva 75/117/CEE, ya que el hecho de que la solicitante fuera hombre o mujer era indiferente a efectos de conceder la prestación. Sin embargo, el Tribunal estimó que existía una desigualdad de trato que, si bien no afectaba directamente al disfrute de un derecho protegido por el Derecho comunitario, afectaba a uno de sus presupuestos. En otras palabras, la desigualdad de trato no se daba en el reconocimiento de una pensión de viudedad, sino en una condición previa indispensable para su concesión, a saber, la capacidad para contraer matrimonio.

El Tribunal de Justicia recordó que el Tribunal de Estrasburgo, en su sentencia en el caso *Goodwin*³³, había declarado en el año 2002 que la imposibilidad de que un transexual contrajese matrimonio con una persona del sexo al que pertenecía antes de la operación constituía una vulneración de su derecho a contraer matrimonio en el sentido del artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal de Justicia consideró, pues, que la legislación británica que impedía que K.B. y su compañero pudieran casarse y percibir así la prestación de supervivencia iba en contra del contenido del artículo 141 TCE.

2. UNA VISIÓN RESTRICTIVA DE LA DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL

Tras la amplia interpretación que realizó el Tribunal de Justicia en el caso *P. contra S. y Cornwall County Council*, al juzgar que la prohibición de discriminación por razón de sexo incluía las discriminaciones originadas en el cambio de sexo, el juez comunitario realizó una interpretación restrictiva de dicha prohibición en un asunto relativo a una discriminación por motivo de orientación sexual. En efecto, en su sentencia en el caso *Lisa Jacqueline Grant contra South-West Trains*³⁴, adoptada en febrero de 1998, el Tribunal dicta-

³³ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 11 de julio de 2002, *Goodwin / Reino Unido*, solicitud núm. 28957/95, ECHR 2002-VI.

³⁴ Sentencia de 17 de febrero de 1998, *Grant / South-West Trains*, C-249/96, *Rec. 1998*, p. I-621. Para un análisis en detalle de esta sentencia, véase BAMFORTH, N., «Sexual Orientation Discrimination after Grant v. South-West Trains», *Modern Law Review*,

minó que una discriminación basada en la inclinación sexual no entraba dentro del ámbito de aplicación del Derecho comunitario.

El origen de esta sentencia se encontraba en el recurso judicial que interpuso Lisa Jacqueline Grant contra South-West Trains, con motivo de la negativa por parte de la compañía a conceder reducciones en el precio del transporte a la compañera de la demandante. Estas reducciones estaban previstas en el contrato de trabajo para el empleado, su cónyuge y personas a su cargo, entendiéndose cónyuge como persona del otro sexo con la que se convive maritalmente. Sobre la base de estas disposiciones, la demandante había solicitado que le fueran concedidas ventajas en materia de transporte a su compañera, lo cual le fue denegado por la empresa ya que, en el caso de personas no casadas, dichas reducciones de precio sólo podían concederse a un compañero del sexo opuesto. Ante el recurso de Grant, el juez nacional planteó al Tribunal de Luxemburgo una serie de cuestiones prejudiciales con el fin de establecer si la negativa a conceder las referidas ventajas, basada en la orientación sexual de la empleada, era una discriminación por razón de sexo en el sentido del artículo 141 TCE, y de la Directiva 75/117/CEE sobre igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos.

Por un lado, el Tribunal de Justicia consideró en su sentencia que el requisito según el cual el trabajador debía vivir de manera estable con una persona del sexo opuesto para poder disfrutar de las reducciones en el precio del transporte no constituía una discriminación basada en el sexo, dado que se aplicaba de igual modo a los empleados masculinos y femeninos. Por otro lado, los jueces de Luxemburgo constataron que «en el estado actual del Derecho» en el seno de la Comunidad, las relaciones estables entre dos personas del mismo sexo no se equiparaban a las relaciones entre personas casadas o a las relaciones estables sin vínculo matrimonial entre personas del distinto sexo. Por ello, estimaron que el Derecho comunitario no obligaba a un empresario a equiparar la situación de una persona que tuviera una relación estable con un compañero del mismo sexo a la de una persona casada o en una relación con un compañero del sexo opuesto.

vol. 63, núm. 5, 2000, pp. 694-720; CANOR, I., «Equality for Lesbians and Gay Men in the European Community Legal Order – ‘They shall be male and female’?», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 7, núm. 3, 2000, pp. 273-299; y GUIGUET, B., «Le droit communautaire et la reconnaissance des partenaires de même sexe», *Cahiers de Droit Européen*, vol. 35, núm. 5-6, 1999, pp. 537-567.

Por último, la demandante había alegado que la negativa de la compañía a concederle las prestaciones a su compañera operaba una diferencia de trato basada en la orientación sexual. Dicha diferenciación, a la luz de la sentencia *P. contra S. y Cornwall County Council*, quedaba según la demandante comprendida dentro del concepto de «discriminación por razón de sexo» prohibida por el artículo 141 TCE. Sin embargo, mientras que las discriminaciones por motivo de cambio de sexo del trabajador resultaban inadmisibles bajo el Derecho comunitario, puesto que se basaban en el sexo de la persona, el Tribunal juzgó que este razonamiento no se aplicaba a las diferencias de trato basadas en la orientación sexual.

De este modo, el Tribunal de Justicia se alejó de la argumentación realizada por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que en el año 1994 había afirmado en el caso *Toonen contra Australia*³⁵ que la referencia al «sexo» que figura en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos incluía también las preferencias sexuales³⁶. De este modo, este órgano de Naciones Unidas estableció que la discriminación basada en la orientación sexual estaba prohibida por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁷. Sin embargo, el Tribunal de Justicia subrayó que el Comité de Derechos Humanos no era un órgano jurisdiccional y que sus opiniones carecían de valor jurídico vinculante. Además, constató que esta interpretación no parecía reflejar la interpretación gene-

³⁵ Comunicación de 4 de abril de 1994, *Toonen / Australia*, núm. 488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992.

³⁶ «Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social» (artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

³⁷ Sobre el tratamiento de las minorías sexuales en el marco de las Naciones Unidas, véase por ejemplo HELFER, L., «Will the United Nations Human Rights Committee require recognition of same-sex marriages» en WINTEMUTE, R. y ANDENAES, M. (eds.), *Legal recognition of same-sex partnerships: a study of national, European and international law*, Hart Publishing, Portland, 2001, pp. 732-741; SAIZ, L., «Bracketing sexuality: human rights and sexual orientation – a decade of development of denial at the UN», *Health and Human Rights: an international journal*, vol. 7, núm. 2, 2004, pp. 48-80; WALKER, K. L., «United Nations human rights law and same-sex relationships: where to from here?» en WINTEMUTE, R. y ANDENAES, M. (eds.), *Legal recognition of same-sex partnerships: a study of national, European and international law*, Hart Publishing, Portland, 2001, pp. 743-757.

ralmente admitida del concepto de discriminación por razón de sexo recogida en diferentes instrumentos internacionales en materia de protección de los derechos fundamentales, y no podía llevar al juez comunitario a ampliar el alcance del artículo 141 TCE.

El Tribunal de Justicia volvió a dictar en 2001 una sentencia relativa a parejas del mismo sexo en el caso *D. y Suecia contra Consejo*³⁸. En este caso, el Tribunal desestimó los recursos de casación interpuestos por el demandante y por el Gobierno sueco contra la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, por la cual éste había desestimado el recurso de anulación interpuesto por D. contra la decisión del Consejo de denegarle una asignación familiar. Los hechos hacían referencia a D., funcionario de nacionalidad sueca de las Comunidades Europeas que prestaba sus servicios en el Consejo de la UE. Tras inscribirse en el registro en Suecia como pareja estable con otro nacional sueco del mismo sexo, solicitó al Consejo que equiparase su estado civil con el de casado, tal y como establecía la legislación sueca, con el fin de obtener la asignación familiar prevista en el Estatuto de los funcionarios europeos³⁹. El Consejo rechazó su petición, al considerar que las disposiciones del Estatuto no permitían equiparar el estado civil de la pareja inscrita con el matrimonio, y el Tribunal de Primera Instancia confirmó la legalidad de dicha decisión.

D. y Suecia interpusieron sendos recursos de casación contra la sentencia de este órgano judicial europeo. El recurrente alegaba que, teniendo en cuenta que el estatus civil era una competencia exclusiva de los Estados, el concepto de casado y cónyuge contenido en el Estatuto de los funcionarios europeos debía ser interpretado a la luz del ordenamiento jurídico de cada país miembro. En consecuencia, en aquellos Estados en los que las disposiciones legales nacionales equiparasen las uniones civiles al matrimonio, el mismo trato debía ser reconocido en aplicación de dicho Estatuto. Sin embargo, el Tribunal de Justicia declaró que, a la vista de la gran variedad de regímenes nacionales que reconocían jurídicamente

³⁸ Sentencia de 31 de mayo de 2001, *D y Suecia / Consejo*, C-122/99 P y C-125/99 P, *Rec. 2001*, p. I-4319. Véase DENYS, C., «Homosexuality: a non-issue in Community Law», *European Law Review*, vol. 24, núm. 4, 1999, pp. 419-425.

³⁹ Reglamento (CEE, Euratom, CECA) 259/68 del Consejo, de 29 de febrero de 1968, por el que se establece el Estatuto de los Funcionarios de las Comunidades Europeas y el régimen aplicable a los otros agentes de estas Comunidades y por el que se establecen medidas específicas aplicables temporalmente a los funcionarios de la Comisión (Estatuto de los funcionarios), *DOCE* L 56 de 4 de marzo de 1968.

a las parejas del mismo sexo, no podía interpretar el Estatuto de los funcionarios europeos de modo que se equiparasen al matrimonio situaciones legales que diferían de éste. Asimismo, el Tribunal añadió que «corresponde en exclusiva al legislador (comunitario) adoptar, en su caso, las medidas que puedan cambiar esta situación, por ejemplo, modificando la redacción del Estatuto»⁴⁰.

Por otro lado, el recurrente sostenía que la denegación de la asignación familiar se había visto motivada por el hecho de que su pareja fuera del mismo sexo, lo cual constituía una discriminación basada en el sexo e infringía el principio de igualdad de trato, en contra del artículo 141 TCE. En cambio, el Tribunal consideró que las disposiciones del Estatuto, que restringían las asignaciones referidas a los funcionarios casados, no operaba una discriminación basada en el sexo, puesto que el funcionario recibía el mismo trato tanto si era hombre como mujer. En este sentido, afirmó que la decisión del Consejo no venía motivada por el sexo o la orientación sexual del recurrente, sino por la naturaleza jurídica del vínculo entre el funcionario y su pareja, no equiparable al matrimonio.

Resulta posible sostener que ambas sentencias del Tribunal de Justicia se vieron condicionadas por la cuestión de la legitimidad institucional en el seno de la Unión. En efecto, la inclusión por el Tratado de Ámsterdam del artículo 13 TCE abría la puerta a la adopción de medidas legislativas para luchar contra la discriminación por razón de orientación sexual. Por ello, el Tribunal habría juzgado razonable dejar que éste fuera un ámbito de actuación del Consejo, en lugar asumir un papel «legislativo» mediante una interpretación del artículo 141 TCE sobre un tipo de discriminación polémico en la UE⁴¹. Asimismo, la sentencia en el caso Grant pudo verse condicionada por el contexto político en la UE, marcado por el proceso de ratificación del Tratado de Ámsterdam. El Tribunal se habría abstenido, pues, de forzar desarrollos legales por la vía judicial en un ámbito de

⁴⁰ El actual Estatuto de los funcionarios europeos, vigente desde el 1 de mayo de 2004, declara en su preámbulo que a los funcionarios que mantienen una relación no matrimonial reconocida como estable por un Estado miembro y que no pueden contraer matrimonio, se les deben conceder las mismas ventajas que a las parejas casadas: «A efectos del presente Estatuto, las uniones no matrimoniales tendrán la misma consideración que el matrimonio». Reglamento (CE, Euratom) 723/2994 del Consejo, de 22 de marzo de 2004, por el que se modifica el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas y el régimen aplicable a otros agentes de las Comunidades Europeas, *DOUE* L 124 de 27 de abril de 2004.

⁴¹ BAMFORTH, N., *op. cit.*

especial trascendencia, con el fin de evitar dar argumentos a los euroescépticos de los diferentes Estados miembros⁴².

Tras la aprobación de la Directiva 2000/78/CE sobre igualdad de trato en el empleo y la ocupación, resulta posible pronosticar que el Tribunal de Justicia fallaría hoy en día en sentido contrario en caso de pronunciarse sobre asuntos similares a los aquí descritos. En estas sentencias, como hemos visto, el Tribunal declaró que la discriminación por razón de sexo no cubría la discriminación por orientación sexual, y que esta categoría de discriminaciones no se hallaba a la sazón prohibida por ninguna norma comunitaria. Esta situación ha cambiado con la adopción de la Directiva 2000/78/CE, que prohíbe un trato diferencial en el ámbito laboral basado, entre otras condiciones, en la orientación sexual de los trabajadores.

3. EL EMERGENTE RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO

Recientemente, el Tribunal de Justicia adoptó en abril de 2008 la sentencia en el caso *Tadao Maruko*⁴³, que supuso una inflexión en la jurisprudencia del juez comunitario en materia de derechos de las parejas del mismo sexo. La sentencia hacía referencia al caso de un ciudadano alemán que en 2001 se había constituido en pareja estable con un empleado afiliado al Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen (Vddb), organismo de gestión de los seguros de vejez y supervivencia del personal artístico de los teatros alemanes. Tras la muerte de su compañero en 2005, Maruko solicitó una pensión de viudedad al Vddb, que le fue denegada al no prever este organismo en sus estatutos tal prestación para los miembros supervivientes de las parejas de hecho, sino únicamente para las parejas casadas.

Cabe señalar que, unos años antes, el legislador federal alemán había adoptado la Ley sobre parejas estables inscritas, de 16 de febrero de 2001, que preveía la constitución de parejas de hecho entre personas del mismo sexo. Dicha norma modificó el Código de la Seguridad Social alemán, el cual preveía, en su versión modificada por la Ley de 15 de diciembre de 2004, que a efectos del reconocimiento del derecho a una pensión de viudedad, una pareja estable inscrita se entendía equiparable a un matrimonio

⁴² TERRET, S., «A bridge too far? Non-discrimination and homosexuality in European Community law», *European Public Law*, vol. 4 núm. 4, 1998, pp. 487-506.

⁴³ Sentencia de 1 de abril de 2008, *Tadao Maruko / Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, C-267/06.

y que, por lo tanto, el miembro superviviente de la pareja se asimilaba legalmente a un viudo. Sin embargo, el régimen específico del Vddb se encontraba fuera del régimen general alemán de la Seguridad Social.

El juez alemán responsable de resolver el recurso interpuesto por Maruko se dirigió al Tribunal de Justicia con el fin de saber si la denegación de una pensión de viudedad a un miembro de una pareja estable inscrita constituía una discriminación por razón de orientación sexual, prohibida por la Directiva 2000/78/CE. El demandante y la Comisión Europea estimaban que la negativa a otorgar la prestación de supervivencia al miembro superviviente de la pareja estable inscrita constituía una discriminación indirecta a efectos de la Directiva referida, en la medida en que dos personas del mismo sexo no podían contraer matrimonio en Alemania y, por tanto, no podían recibir esta prestación.

En este sentido, los jueces de Luxemburgo resaltaron que Alemania había adaptado su ordenamiento jurídico para permitir a las personas del mismo sexo vivir como una unión, y asimilar estas uniones al matrimonio en lo relativo a las pensiones de viudedad. Por ello, el Tribunal de Justicia estimó que si el órgano jurisdiccional alemán decidía que los cónyuges supervivientes y los miembros de una pareja estable inscrita se hallaban en una situación comparable en relación con la prestación de viudedad, una normativa como el régimen de previsión profesional de los teatros alemanes conllevaba entonces una discriminación directa por motivo de orientación sexual, al no reconocer la pensión de viudedad al miembro superviviente de una pareja homosexual.

A primera vista, la sentencia puede parecer un gran avance en el respeto de los derechos de las minorías sexuales en el marco de la UE. Se trata de la primera ocasión en que el Tribunal de Justicia se ha manifestado en contra de una discriminación basada en la orientación sexual, según lo dispuesto en la Directiva 2000/78/CE. Sin embargo, un análisis más detallado de la sentencia muestra que su alcance es restringido, puesto que en realidad se limita a constatar que, en aquellos países en los que constituirse en pareja de hecho equivale a casarse, el Estado debe garantizar a ambas instituciones (unión estable y matrimonio) derechos y ventajas igualmente equiparables.

En este sentido, en la Sentencia *Maruko* el Tribunal de Luxemburgo declaró que se había producido una violación de la Directiva 2000/78/CE al no haberle sido reconocida la pensión de viudedad al miembro superviviente de una pareja estable, teniendo en cuenta que la legislación alema-

na equiparaba estas uniones a las parejas casadas a tal efecto. En el caso de que Alemania no hubiera otorgado semejante reconocimiento a las parejas de hecho del mismo sexo, semejante denegación de la prestación de viudedad no habría ido en contra de la norma comunitaria. Por ello, tal razonamiento del Tribunal de Justicia no parece ofrecer protección ante la discriminación por razón de orientación sexual en el lugar de trabajo allí donde es más necesaria, esto es, en los ordenamientos jurídicos nacionales en los que las uniones del mismo sexo no son legalmente equiparables al matrimonio⁴⁴, y en los que la institución matrimonial no está abierta a las parejas homosexuales.

En efecto, son los Estados miembros los que establecen la compatibilidad entre uniones homosexuales y heterosexuales, y de este modo deciden de modo indirecto sobre la aplicabilidad de la Directiva 2000/78/CE. Por ello, es posible afirmar que esta línea de razonamiento puede conducir en el seno de la Unión a la creación de una Europa de dos velocidades en el reconocimiento de los derechos de gays y lesbianas. Así, mientras algunos Estados tienen leyes de parejas de hecho o matrimonios del mismo sexo que permiten que se reconozcan prestaciones como las pensiones de viudedad, en otros países estas garantías no son posibles, lo cual se traduce en un distinto grado de protección garantizado por el Tribunal de Justicia sobre la base de las mismas disposiciones del Derecho comunitario.

V. CONSIDERACIONES FINALES

A diferencia de la mayor parte de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión, los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas no incluyeron un catálogo escrito de derechos y libertades fundamentales. Esto no ha impedido que, a medida que se profundizaba el proceso de integración europea, haya ido emergiendo paulatinamente un régimen comunitario de salvaguardia de estos derechos. Sin embargo, no ha sido hasta la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam que la Unión Europea ha dispuesto de una clara base legal para luchar contra las discriminaciones de las que son objeto las personas pertenecientes a minorías sexuales. Desde entonces, las instituciones comunitarias han adoptado un conjunto de medidas orientadas a la consecución de la igualdad de trato

⁴⁴ TOGGENBURG, G., «'LGBT' go to Luxembourg: on the stance of Lesbian Gay Bisexual and Transgender Rights before the European Court of Justice», *European Law Reporter*, núm. 5, 2008, pp. 174-185.

para todos, y destinadas a luchar contra la discriminación basada en las diferentes condiciones recogidas en el artículo 13 TCE, entre las cuales la orientación sexual.

En este sentido, cabe destacar la Directiva 2000/78/CE sobre igualdad de trato en el ámbito laboral, así como la propuesta de Directiva presentada recientemente por la Comisión Europea, que habrá de prohibir la discriminación por motivo de la preferencia sexual del individuo en una multiplicidad de ámbitos fuera del empleo. De ser aprobada esta nueva Directiva, la UE contará con un amplio marco de protección de las minorías sexuales, equiparable al grado de protección ofrecido ante el trato diferencial basado en el género y el origen racial. De este modo, tales disposiciones prohibirán en todo el territorio de la Unión discriminaciones aún persistentes en Europa tales como el acoso experimentado por niños y niñas homosexuales en las escuelas, la discriminación sufrida por gays y lesbianas en el acceso a servicios sanitarios, la prohibición de entrada en locales de ocio y de restauración, o la imposibilidad para parejas del mismo sexo de conseguir habitaciones dobles en hoteles.

Aun así, cabe recordar que estas disposiciones legales no ponen en entredicho los derechos y ventajas que dimanen del matrimonio, puesto que las cuestiones ligadas al estatus civil y familiar continúan siendo potestad de las autoridades nacionales. Por ello, teniendo en cuenta que, en general, únicamente las parejas de sexo opuesto pueden casarse en los Estados miembros de la UE, algunos autores consideran que preservar las diferencias de trato entre parejas casadas heterosexuales y parejas no casadas homosexuales perpetúa en el orden jurídico comunitario la discriminación directa por motivo de orientación sexual⁴⁵.

⁴⁵ «As only opposite-sex couples can get married, any difference in treatment on the grounds of marriage is, by definition, direct discrimination on grounds of sexual orientation» (BELL, M., «Sexual orientation discrimination in employment: an evolving role for the European Union» en WINTEMUTE, R. y ANDENAES, M. (eds.), *Legal recognition of same-sex partnerships: a study of national, European and international law*, Hart Publishing, Portland, 2001, p. 668). No obstante, es más ampliamente aceptado el razonamiento según el cual tales diferencias de trato representan una forma indirecta de discriminación basada en la orientación sexual, ya que el requisito de contraer matrimonio para tener acceso a determinadas prestaciones constituye un criterio aparentemente neutral, pero que en la práctica excluye a gays y lesbianas al no poder éstos casarse con personas del mismo sexo. Véase por ejemplo BONINI-BARALDI, M., «European Law» en WAALDIJK, K. y BONINI-BARALDI, M. (eds.), *Combating sexual orientation discrimination in employment: legislation in fifteen EU member states*, 2004, disponible en www.ec.europa.eu/employment_social.

De este modo, el Derecho comunitario continuará privando a las parejas del mismo sexo, excluidas por lo general de la institución matrimonial, de las prestaciones ligadas al matrimonio. Aun así, como hemos visto en la sentencia del caso *Maruko*, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha reconocido en fecha reciente que, una vez la legislación nacional reconoce las parejas estables del mismo sexo como equiparables a las parejas casadas, el principio de igualdad de trato debe ser respetado.

Finalmente, podemos concluir que en el marco de la Unión Europea se ha avanzado considerablemente durante los últimos años hacia la defensa de un número creciente de derechos de homosexuales y transexuales en ámbitos como el entorno laboral. Asimismo, hemos testimoniado una incipiente protección del derecho a la vida familiar de las parejas del mismo sexo, la cual previsiblemente se irá consolidando a medida que un número mayor de países reconozca legalmente las uniones estables entre personas homosexuales. En este sentido, podemos presumir que la UE continuará jugando un papel notable para «empujar» a aquellos Estados miembros que van quedando atrás en el reconocimiento de los derechos de las minorías sexuales, a fin de avanzar conjuntamente hacia la plena igualdad de trato de todos los europeos y europeas, independientemente de su preferencia e identidad sexual.

LA PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS SEXUALES EN LA UNIÓN EUROPEA

RESUMEN: El presente artículo examina el grado de protección de los derechos de las minorías sexuales ofrecido en el contexto del proceso de integración europea, centrándose en las disposiciones contenidas en el Derecho primario y derivado de la Unión Europea, y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la materia. El artículo constata la emergencia de un incipiente sistema de protección de los derechos de las minorías sexuales a escala comunitaria, de carácter jurídicamente vinculante, en particular tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, que dotó a la UE de una nueva base legal para luchar contra la discriminación por orientación sexual.

PALABRAS CLAVE: Minorías sexuales, discriminación, orientación sexual, igualdad de trato.

THE PROTECTION OF SEXUAL MINORITIES IN THE EUROPEAN UNION

ABSTRACT: This article examines the protection of sexual minorities' rights within the European integration process, focusing on the legal provisions contained in the pri-

mary and secondary EU law, as well as on the relevant case law of the Court of Justice of the European Communities. The article ascertains the emergence of an incipient legally binding system for the protection of the rights of sexual minorities at Community level, especially since the Treaty of Amsterdam entered into force, which provided the European Union with a new legal basis to combat discrimination on grounds of sexual orientation.

KEY WORDS: Sexual minorities, discrimination, sexual orientation, equal treatment.

LA PROTECTION DES MINORITÉS SEXUELLES DANS L'UNION EUROPÉENNE

RÉSUMÉ: Cet article examine l'étendue de la protection des droits des minorités sexuelles offerte dans le processus d'intégration européenne, se concentrant sur les dispositions contenues dans le Droit primaire et dérivé de l'Union européenne, ainsi que sur la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes dans ce domaine. L'article constate l'émergence d'un système naissant de protection des droits des minorités sexuelles au niveau communautaire, ayant une force juridique contraignante, particulièrement depuis l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam, qui a doté l'UE d'une nouvelle base légale lui permettant de lutter contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

MOTS CLÉS: Minorités sexuelles, discrimination, orientation sexuelle, égalité de traitement.