

Ámbito objetivo de la tutela antidiscriminatoria por razón de orientación sexual: alcance a estadios previos a la contratación y legitimación procesal.

STJUE (Gran Sala) de 23 de abril de 2020 (asunto C-507/18).

Ángel Arias Domínguez

Subdirector de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura

Resumen: *Las normas antidiscriminatorias por razón de orientación sexual también protegen los estadios previos al acuerdo contractual, singularmente cuando se hacen declaraciones en contra de la contratación de determinados colectivos de trabajadores, incluso cuando no haya un perjudicado concreto y el daño sea meramente hipotético o potencial. Se entienden legitimados para entablar la acción judicial reparadora las asociaciones en defensa de esos colectivos, siendo indiferente que posean ánimo de lucro. La acción dirigida hacia la protección frente a dichas declaraciones discriminatorias puede contener una pretensión concreta de condena económica en concepto de daños.*

Palabras clave: *Discriminación por orientación sexual, estadios previos a la contratación laboral, legitimación procesal a asociaciones en defensa de colectivos LGTBI.*

Abstract: *Anti-discrimination rules based on sexual orientation also protect the stages prior to the contractual agreement, especially when statements are made against the hiring of certain groups of workers, even when there is no specific injured party and the damage is merely hypothetical or potential. Associations in defense of these groups are considered legitimized to initiate restorative legal action, regardless of whether they have a profit motive. The action directed towards the protection against said discriminatory declarations may contain a specific claim of economic sentence for damages.*

Keywords: *Sexual orientation discrimination, stages prior to hiring procedural, legitimation to associations in defense of LGTBI groups.*

I. Introducción

NH es un abogado que en un programa de radio generalista emite una opinión personal acerca de su firme convicción de que nunca contrataría para su bufete abogados homosexuales. No se estaba realizando en esos momentos una selección de personal en el despacho que regenta, por lo que sus afirmaciones pueden considerarse hipotéticas, no circunscribiéndolas a una situación actual o a persona concreta.

En el transcurso de una conversación profirió una serie de frases, “*paulatinamente incitado por el propio interlocutor*”, en las que sostenía su aversión genérica hacia los homosexuales, afirmando que no quería tenerles “*a su alrededor*”, y que no les contraría profesionalmente “*en una hipotética selección de los colaboradores*”, dejando claro, no obstante, que en esos momentos no estaba en marcha procedimiento alguno de selección de profesionales para el despacho de abogados en el que ejerce la profesión.

La *Associazione*, entidad dedicada a la protección de los derechos de las personas LGBTI y a la promoción de la cultura de la diversidad sexual, entabla un litigio contra NH, al entender que sus manifestaciones son contrarias a la normativa nacional (que era una trasposición de la Directiva 2000/78 para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación) que protege la discriminación en el empleo, surgiendo la referida cuestión prejudicial en el recurso de casación que resuelve los recursos anteriores.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala).

Fecha de la sentencia: 23 de abril de 2020.

Asunto: C-507/18.

Tipo y número recurso o procedimiento: cuestión prejudicial.

ECLI: EU:C:2020:289.

Fuente: CURIA.

Ponente: I. Jarukaitis.

Abogado General: Sra. E. Sharpston.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El Tribunal competente en primera instancia entiende que, efectivamente, se había producido una manifestación discriminatoria y condena al abogado demandado -NH- a abonar a la *Associazione* 10.000 euros en concepto de reparación del daño causado, así como a dar publicidad al fallo judicial en un periódico diario de tirada nacional. La corte de apelación desestimó el recurso intimado por NH, que recurre en casación ante el Tribunal Supremo, que es el remitente de la actual cuestión prejudicial ahora resuelta.

Dos problemas jurídicos se suscitan, uno adjetivo, relativo a la legitimación de la *Associazione* para sostener la acción procesal ejercitada, y otro sustantivo, de fondo, en relación con los límites de la libertad de expresión y su interacción con la normativa de tutela antidiscriminatoria.

El Tribunal plantea dos cuestiones prejudiciales distintas.

La primera para cuestionar si la asociación demandante, compuesta por abogados especializados en la representación y defensa de una categoría de personas con una orientación sexual diversa, puede ser considerada titular de un interés colectivo y ostentar, por ello, legitimación activa para sostener la concreta pretensión ejercitada, que tiene vinculada, además, una pretensión indemnizatoria.

La segunda sobre el alcance de la Directiva antidiscriminatoria, para interpelar si la norma de la Unión es aplicable a una declaración privada como la producida en este caso, emitida como opinión personal, sin relacionarse con procedimiento de selección alguno y sin estar dirigida frente a una persona concreta.

IV. Posición de las partes

1. El abogado demandado

El abogado no niega que efectivamente realizó las controvertidas declaraciones, ni tampoco pretexta que se han malinterpretado, o sacado de contexto. Simplemente sostiene que él había realizado una reflexión informal en un programa generalista de radio sobre la profesión de abogado en su condición de ciudadano, no como letrado y mucho menos como empleador, precisando que las mismas estaban desvinculadas de cualquier contexto profesional y de cualquier procedimiento de contratación de personal.

2. La Associazione demandante

Sostiene la Associazione que las declaraciones, aun siendo hipotéticas y estando, efectivamente, desligadas de cualquier procedimiento actual de selección de personal, infringen la normativa interna italiana de protección de la discriminación en el empleo y la ocupación. La tutela judicial intimada no sólo pretende que los tribunales declaren que las declaraciones son contrarias a derecho, sino que también pretende la condena a una determinada indemnización económica en concepto de daño producido.

V. Normativa aplicable al caso

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.

Art. 1: “...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”.

Art. 2: “...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.

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado 1: a) existirá discriminación directa 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. b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que:.../...i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios...”

Art. 3.1.a): “...se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con:.../...a) las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación [...], independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional, con inclusión de lo relativo a la promoción”.

Art. 9.2: “Los Estados miembros velarán por que las asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas que [...] tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Directiva, puedan iniciar, en nombre del demandante o en su apoyo, y con su autorización, cualquier procedimiento judicial o administrativo previsto para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Directiva”.

Art. 17: “Los Estados miembros establecerán el régimen de sanciones aplicables en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la presente Directiva y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar su

cumplimiento. Dichas sanciones, que podrán incluir la indemnización a la víctima, serán efectivas, proporcionadas y disuasorias...

Derecho italiano

El Decreto Legislativo n.º 216, por el que se traspone la Directiva 2000/78 para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, de 9 de julio de 2003

Art. 2.1.a): *“A efectos del presente Decreto [...], se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en la religión, convicciones personales, discapacidad, edad u orientación sexual. Este principio exige que no se lleve a cabo ninguna discriminación directa o indirecta, según las definiciones que figuran a continuación:*

a) existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por motivos de religión, convicciones personales, discapacidad, edad u orientación sexual”.

Art. 3.1.a): *“El principio de igualdad de trato sin distinción por religión, convicciones personales, discapacidad, edad u orientación sexual se aplicará a todas las personas tanto en el sector público como en el privado y será susceptible de protección judicial con arreglo a las formas previstas en el artículo 4, en particular en relación con los siguientes ámbitos:.../...a) acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación”.*

Art. 5: *“1. Las organizaciones sindicales, las asociaciones y las organizaciones representativas del derecho o del interés lesionado, en virtud de un poder otorgado mediante escritura pública o documento privado autenticado, so pena de nulidad, tienen legitimación activa a efectos del artículo 4, en nombre y por cuenta o en apoyo de la persona afectada por la discriminación, contra la persona física o jurídica a la que puede imputarse el comportamiento o acto discriminatorio”.*

VI. Doctrina básica

Aun cuando el tribunal responde en primer lugar a la segunda cuestión prejudicial, la referida a la cuestión de fondo, en este comentario se va a dar cuenta primero de la cuestión relativa a la legitimación procesal de la asociación de abogados demandante.

Afirma su pretensión que la Directiva 2000/78 patrocina que los Estados velen porque asociaciones como la suya pueden intimar cualquier procedimiento, judicial o administrativo, conducente a exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de las normas de la Unión, aunque reconocen que ello no obliga a que los Estados miembros así lo reconozcan cuando *“no haya una persona perjudicada identificable”*, pudiendo los Estados, naturalmente, mantener disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad de trato y no discriminación en el empleo.

La Directiva no se opone, por tanto, a que los Estados reconozcan legitimación a estas asociaciones para intimar cuantas acciones entiendan oportunas cuando no hay un demandante determinado, como es el caso, e incluso, y esto es muy importante, cuando no existe un demandado identificable, supuesto aquí no acontecido.

En estas condiciones el Tribunal de Justicia afirma que corresponde al Estado miembro decidir tanto el alcance de la legitimación procesal y si esta viene modulada por el ánimo de lucro de la asociación, como el contenido de la acción judicial, particularmente en relación con las sanciones que se anudan al incumplimiento de la normativa sustantiva.

A la cuestión de fondo le dedica la resolución la parte esencial de su razonamiento.

El Tribunal de Justicia comienza su argumentación precisando que la Directiva 2000/78 se aplica a todas las personas, tanto del sector público como del privado, en

relación con las “*condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional*”, incluyendo, de forma muy intuitiva, todos los criterios que se tienen en consideración para gestionar la selección de personal.

Ahora bien, no le corresponde a la Directiva determinar qué debe entenderse por “*condiciones de acceso al empleo o al ejercicio de una actividad*”, concepto cuya determinación tampoco se encomienda a lo dispuesto en la legislación interna, sino que debe integrarse, intuitivamente, por el sentido habitual que a tales expresiones le otorgue el lenguaje corriente, en relación con las referidas circunstancias o condiciones que se exigen para que una persona sea contratada.

Una vez determinado cómo se concreta el concepto jurídico discutido, es decir, el de condiciones de contratación o acceso a un empleo, el paso siguiente consiste en determinar si las expresiones o declaraciones controvertidas pueden considerarse incluidas en el concepto de condición de contratación. En este proceder hermenéutico la Directiva no auxilia al intérprete, porque de su interpretación estricta no se deduce una respuesta concluyente para el caso analizado.

Para analizar la cuestión debe partirse de los principios y propósitos de la norma aplicable de la Unión, principalmente para concluir que, en ningún caso, la interpretación de sus términos, es decir, la que procede del concepto de condición de acceso al empleo o al ejercicio de una profesión, debe realizarse de manera restrictiva.

De manera más concreta el Tribunal recuerda que ya ha abogado, en otros asuntos precedentes, porque la Directiva en cuestión sea aplicable a declaraciones efectuadas públicamente que versen sobre la política de contratación de una empresa, o sobre los criterios de selección de personal. Y, de manera muy específica, ha realizado dos precisiones concretas. En primer lugar, que aunque declaraciones similares a las aquí debatidas no sean emitidas por quien tengan la efectiva capacidad de realizar la contratación no por ello dejan de incluirse en el ámbito de aplicación de la Directiva. Y, en segundo lugar, que el hecho de que el empresario no se aparte públicamente de ese tipo de manifestaciones puede constituir un elemento que puede ser considerado pertinente por el Tribunal para valorar y calibrar los hechos en su conjunto y su consideración como discriminatorios, careciendo de relevancia que en el momento de efectuarse las declaraciones no se tuviese abierto un procedimiento de contratación de personal.

Ahora bien, para que puede predicarse el carácter discriminatorio debe poder establecer un “*vínculo entre tales declaraciones y las condiciones de acceso al empleo y al ejercicio profesional dentro de esa empresa no sea hipotético*”. Precisando, seguidamente, que la apreciación de dicha vinculación corresponde al Juez nacional, que debe tener en consideración todas las circunstancias concurrentes para calibrar la entidad discriminatoria de las declaraciones efectuadas.

Para esta operación hermenéutica debe tenerse presente, en primer lugar, la posición que ocupa en la organización la persona que realiza las declaraciones comprometidas y, singularmente, si operativamente tiene capacidad real para influir, de manera determinante, en la política de contratación de la empresa. En segundo lugar, la naturaleza y contenido de las propias declaraciones, especialmente si se refieren al procedimiento de contratación o a sus condiciones. Y, en tercer lugar, el contexto en el que se producen, teniendo presente, en todo caso, el ámbito de proyección de la libertad de expresión, que funciona como el último fiel en el balanceo de derechos y obligaciones que debe efectuarse para apreciar la antijuridicidad de la conducta y la entidad discriminatoria de las declaraciones.

Con respecto a este derecho el Tribunal precisa, naturalmente, que no es un derecho absoluto y que, precisamente por ello, su ejercicio es limitado. Tales limitaciones deben venir establecidas en las normas, y responder a una lógica proporcional que únicamente prohíba, en relación con la cuestión aquí controvertida, aquellas declaraciones que constituyan una discriminación en el empleo, teniendo en consideración que la expresión de opiniones por parte del empresario contratante, o

bien por alguien que se perciba como capaz de influir sobre el resultado final de la contratación, pueden influir en la decisión que al respecto tomen de los eventuales candidatos a la contratación, que puede desistir del proceso selectivo si toman en consideración las declaraciones discriminatorias.

Se subraya, de manera enfática, que corresponde al órgano jurisdiccional interno apreciar, dadas las circunstancias de las declaraciones, el contexto en el que se producen y su entidad, así como su relación con la contratación, si verdaderamente tienen capacidad de influir en la toma de decisiones que al respecto realicen los candidatos al proceso selectivo, en el sentido de no ser meramente hipotéticas.

VII. Parte dispositiva

La cuestión prejudicial relativa a la legitimación procesal de la *Associazione* se contesta afirmando que la normativa de la Unión no se opone a una norma nacional, como la aquí discutida, que efectivamente concede “*automáticamente*” legitimación procesal activa para entablar acciones legales a una asociación de abogados que tiene como objetivo social la protección y tutela de las personas con una orientación sexual diversa. Y ello con independencia de que no haya una persona concreta perjudicada, de que la asociación tenga ánimo de lucro, y de que la acción procesal intimada pretenda obtener, además de la declaración de ilegalidad de las manifestaciones radiofónicas controvertidas, una reparación económica por el daño causado.

El Tribunal no duda en afirmar que dentro del ámbito objetivo de aplicación de la Directiva están comprendidas declaraciones como las que se producen en este contexto, es decir, las efectuadas en un programa de radio de manera privada y sin que estuviese abierto procedimiento de selección de personal alguno, pero siempre, y esto es lo decisivo, “*que el vínculo entre tales declaraciones y las condiciones de acceso al empleo y al ejercicio profesional dentro de esa empresa no sea hipotético*”.

VIII. Pasajes decisivos

En relación con la legitimación procesal de la asociación:

§ 60 “*...los Estados miembros velarán por que las asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas que [...] tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de lo dispuesto en dicha Directiva puedan iniciar, en nombre del demandante o en su apoyo, y con su autorización, cualquier procedimiento judicial o administrativo previsto para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la citada Directiva*”.

§ 61 aunque “*...no obliga a que en los Estados miembros se reconozca a una asociación como la del litigio principal legitimación activa para iniciar un procedimiento judicial [...] cuando no haya una persona perjudicada identificable*”.

§ 63 [la Directiva 2000/78] “*no se opone en modo alguno a que los Estados miembros reconozcan, en su legislación nacional, el derecho de las asociaciones que tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de dicha Directiva a iniciar procedimientos judiciales o administrativos que tengan por objeto exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la citada Directiva sin que sea necesario que actúen en nombre de un demandante determinado o que exista un demandante identificable...*”

§ 64 “*Cuando un Estado miembro elige esta opción, le corresponde decidir en qué circunstancias una asociación [...] puede iniciar un procedimiento judicial para que se declare la existencia de una discriminación prohibida [...] y para que se sancione. [...] determinando] si el ánimo de lucro o la falta del mismo debe incidir en la apreciación de su legitimación activa al efecto y precisar el alcance de tal acción judicial...*”

Con respecto a la cuestión de fondo, el equilibrio entre el derecho a la libertad de expresión y la tutela antidiscriminatoria:

§ 30 La Directiva 2000/78 se aplicará “a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado [...] en relación con las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación, independientemente de la rama de actividad...”

§ 31 La Directiva “no remite al Derecho de los Estados miembros para definir el concepto de ‘condiciones de acceso al empleo [...] y al ejercicio profesional’”.

§ 32 No existe “en dicha Directiva definición de los términos condiciones de acceso al empleo [...] y al ejercicio profesional”, debiendo interpretarse “conforme a su sentido habitual en el lenguaje corriente, teniendo también en cuenta el contexto en el que se utilizan y los objetivos perseguidos por la normativa”.

§ 33 El concepto “hace referencia a circunstancias o a hechos cuya existencia debe acreditarse imperativamente para que una persona pueda obtener un empleo o acceder a un ejercicio profesional determinado”.

§ 39 Ahora bien, estos términos “no puede definirse de manera restrictiva”.

§ 40 En todo casi sí es aplicable “a declaraciones que versan sobre las condiciones de acceso al empleo [...] y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección”, incluyendo las “declaraciones públicas sobre una política de contratación de personal determinada...”

§ 41 De forma determinante precisa que el propio Tribunal ha afirmado en otras ocasiones que “el mero hecho de que las declaraciones que sugieren la existencia de una política de contratación homófoba no emanen de quien tiene la capacidad necesaria para definir directamente la política de contratación de personal del empresario de que se trate [...] no impide necesariamente que tales declaraciones puedan estar comprendidas en el ámbito de las condiciones de acceso al empleo y al ejercicio profesional de dicho empresario”, añadiendo que “el hecho de que tal empresario no se distancie claramente de las declaraciones en cuestión, al igual que la percepción del público o de los círculos interesados, constituyen elementos pertinentes que el tribunal que conoce del litigio puede tener en cuenta al realizar la apreciación global de los hechos...”

§ 43 Para apreciar que “tales declaraciones entren en el ámbito de aplicación material de dicha Directiva” deben “vincularse efectivamente a la política de contratación de personal de un empresario determinado, lo que exige que el vínculo que presenten con las condiciones de acceso al empleo y al ejercicio profesional para ese empresario no sea hipotético”.

§ 44 “En lo que atañe a los criterios que deben tomarse en consideración a estos efectos, procede precisar [...] que son pertinentes en particular, en primer lugar, la posición de la persona que efectúa las declaraciones consideradas y la calidad en la que se ha expresado, que deben acreditar o bien que él mismo es un empleador potencial, o bien que, de iure o de facto, puede influir de manera determinante en la política de contratación de persona [y que] puede ser percibido por el público o los círculos interesados como una persona que puede ejercer tal influencia, aun cuando carezca de la capacidad jurídica para definir la política de contratación de personal del empresario de que se trate...”

§ 45 “en segundo lugar, la naturaleza y el contenido de las declaraciones en cuestión”, en particular si son referidas “a las condiciones de acceso al empleo o al ejercicio profesional respecto al empresario de que se trate...”

§ 46 “En tercer lugar, debe tomarse en consideración el contexto en el que se efectuaron las declaraciones controvertidas, en particular su carácter público o privado, o incluso el hecho de que se hayan difundido al público, bien a través de los medios de comunicación tradicionales, o por las redes sociales”.

§ 52 las limitaciones a la libertad de expresión alcanzan a “...prohibir únicamente las declaraciones que constituyen una discriminación en el empleo o la ocupación”.

§ 55 “...en cualquier proceso de contratación de personal la selección fundamental se efectúa entre las personas que presentan su candidatura y las que no la presentan. Pues bien, la expresión de opiniones discriminatorias en materia de empleo y de ocupación por parte de un empresario o de una persona que se perciba como capaz de ejercer una influencia determinante en la política de contratación de personal de una empresa puede disuadir a las personas aludidas de presentar su candidatura a un empleo”.

§ 57 “...corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar si las circunstancias que caracterizan las declaraciones controvertidas en el litigio principal demuestran que el vínculo entre estas últimas y las condiciones de acceso al empleo y al ejercicio profesional dentro del bufete de que se trata no es hipotético...”

IX. Comentario

Dos son los aspectos destacables de la resolución que se comenta. La legitimación procesal de la asociación en defensa de los intereses del colectivo agraviado con las declaraciones de radio, y el contenido discriminatorio de las mismas.

Con respecto a la primera cuestión lo más destacable es la extensión que concede la normativa antidiscriminatoria de la Unión a la regulación en vía interna por los estados miembros a la legitimidad procesal para la defensa de los intereses colectivos o difusos. La legitimación viene determinada, desde un punto de vista dogmático, por la conexión existente entre el derecho sustantivo discutido en el proceso judicial y la capacidad para hacerlo valer, cuanto más personalísimo el derecho menos amplia la legitimación. Y al revés, cuando más difuso sea el derecho material tutelado más abierta puede ser la capacitación procesal para entablar y sostener una pretensión jurisdiccionalmente.

Pues bien, la resolución comentada sostiene que la tutela de la discriminación en el empleo y la ocupación (por los motivos aquí discutidos, o por cualesquiera otros pensables) puede organizarse por los Estados miembros de la manera más amplia posible, en realidad, de la manera más amplia pensable. Porque no sólo se permite que pueda concederse aunque no exista un perjudicado identificable de manera concreta y determinada, característica que asumen las pretensiones de tutela de los intereses difusos o colectivos, alcanzada por nuestra legislación procesal, sino también, y esto sí puede considerarse verdaderamente trascendente, se permite que puede intimarse la acción procesal incluso si no existe un “demandado identificable” (§ 63), adquiriendo la pretensión procesal una corporeidad realmente singular, pues podría intimarse la tutela judicial en supuestos en los que no se conoce quién lesiona el derecho sustantivo protegido.

Nuestra legislación no ha ido tan allá, porque aunque sí es cierto que patrocina la tutela jurisdiccional de intereses difusos o colectivo por legitimados procesalmente que no son perjudicados en sentido estricto, la admisión de la pretensión en estos casos requiere, siempre y en todo caso, la identificación precisa del legitimado pasivamente, de quien ha lesionado el derecho cuya tutela se pretende.

El caballo de batalla de la discriminación en el empleo consiste en anudar, racionalmente y de manera no meramente potencial, las declaraciones producidas con un perjuicio causado. Y sobre ello no se pronuncia el Tribunal de Justicia, pues entiende que es una competencia que entra de lleno en la competencia jurisdiccional de los órganos judiciales del país miembro. Si da, sin embargo, pautas para ello, basadas en lo que podríamos denominar indicios de discriminación: la entidad de la declaración, la persona que la efectúa y el contexto en el que se producen.

X. Apunte final

La extensión de la tutela jurisdiccional a los intereses colectivos ha sido una constante en nuestras normas procesales y una característica muy peculiar de los textos adjetivos laborales. El art. 20 LRJS y el art. 11 LEC caminan en esa dirección, ampliándose el ámbito objetivo de esta tutela colectiva a las cuestiones de discriminación por razón de sexo con la incorporación de un art. 11 bis a la LEC por obra de la Ley Orgánica de Igualdad de 2007.

Dicho precepto amplía la legitimación procesal (a sindicatos, y asociaciones en defensa de la igualdad) pero única y exclusivamente, para “*la defensa del derecho de igualdad de trato entre mujeres y hombres...*”, no para otras cuestiones sustantiva. No, en lo que aquí importa, para la tutela de la discriminación por la orientación sexual del trabajador.

No hay una previsión normativa al respecto, ni en lo que importa a la protección de la discriminación por razón de orientación sexual, que queda diluía en el constitucional principio de no discriminación, ni para la concesión de legitimación a las asociaciones o colectivos en defensa de esos intereses.

La consecución de la tutela procesal de estos intereses de forma colectiva, sin mediar un perjudicado concreto y determinado, puede lograrse por dos caminos diferentes.

Se puede, en primer lugar, innovar el ordenamiento, como pretendía la muy trabajada “*Proposición de Ley contra la discriminación por orientación sexual, identidad o expresión de género y características sexuales, y de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales*”, presentada por el Grupo Parlamentario Confederado de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, en la XII Legislatura, que decayó cuando se disolvieron las Cortes Generales.

En ella se preveía varias medidas muy interesantes desde el punto de vista procesal, pero sólo se concedía legitimación a las asociaciones “*que tengan entre sus finalidades la defensa y promoción de los derechos de las personas LGTBI*” en vía administrativa (art. 36), y en vía Contencioso-Administrativa (incorporando al art. 19 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa una nueva letra j) [por la DA 7ª]).

Incluso la norma más avanzada en esta materia tenía reparos para conceder legitimación en vía social.

Y se puede, en según lugar, entender hermenéuticamente que la discriminación por orientación sexual es una variante o derivación de la genérica discriminación por razón de sexo, con lo que serían aplicables para dicha tutela, sin necesidad de normativa nueva específica al efecto, todo el conjunto de reglas, sustantivas y adjetivas, con las que ya cuenta el ordenamiento jurídico, que no son pocas y no carecen de eficacia.

Y esta operación interpretativa es, precisamente, la que ha abordado (en el día que se cierra este comentario [16 de junio de 2020]) el Tribunal Supremo de los Estados Unidos^[1], en una sentencia histórica porque, básicamente, ha considerado aplicable la norma de 1964 que prohíbe la discriminación por razón de sexo para la tutela de varios despidos discriminatorio por razón de orientación sexual de los trabajadores, considerando, en definitiva, que esta cuestión no es sino una variación de la discriminación por razón de sexo^[2].

Nuestro legislador y nuestro Tribunal Constitucional tienen la palabra.

Referencias:

1. ^ *El País* de 15/6/2020: <https://elpais.com/sociedad/2020-06-15/el-tribunal-supremo-de-estados-unidos-prohibe-la-discriminacion-en-el-trabajo-por-razon-de-orientacion-sexual.html>
2. ^ Qué puede leerse en el siguiente enlace: https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/17-1618_hfci.pdf suministrado por la 'cortesía tuitera' del bloguero laboralista por excelencia, el Profesor Rojo Torrecilla.