

Unha aproximación legal á discriminación no traballo do colectivo LGTB

A Legal Approach to Work Discrimination of GBTL



JONATHAN LEMA TOURIÑÁN

Graduado en Relacións Laborais e Recursos Humanos, así como en Socioloxía, pola
Universidade da Coruña (UDC). Graduado en Ciencias Políticas e da Administración pola UNED.
Estudante do Mestrado en Dirección e Administración de Empresas da Universidade da Coruña (UDC)
<jonathanltourinan@gmail.com>

Recibido: 30/06/2014

Aceptado: 30/07/2014

Resumo

Este traballo de investigación fundaméntase no estudo do impacto da lexislación europea sobre a igualdade de tratamento no emprego e na ocupación de lesbianas, gais, bisexuais e transexuais (LGTB). Para iso, analizamos a Directiva 2000/78/CE do Consello, do 27 de novembro, relativa ao establecemento dun marco xeral para a igualdade de tratamento no emprego e a ocupación, alén da súa aplicación no caso español, así como outra lexislación europea e española.

Palabras chave: LGTB, xustiza social, Unión Europea, dereito do traballo.

Abstract

This research work is based on the study of the impact of European legislation on equal treatment in employment and occupation of lesbian, gay, bisexual and transgender (GBLT). For this, we analyze the Directive 2000/78 / EC of the Council of 27 November on the establishment of a general framework for equal treatment in employment and occupation, beyond its application in the Spanish case, as well as other Spanish and European legislation.

Keywords: *GBLT, Social justice, European Union, Employment law.*

Introdución

Aínda que a inexistencia de estatísticas nos impide facer calquera tipo de análise cuantitativa, a Organización Internacional do Traballo (OIT) estableceu outro método sociolóxico/psicolóxico de estudo para a discriminación laboral do colectivo homosexual, o cal se reduce á observación participante nos ámbitos empresariais e públicos. Este, xunto con outros métodos cualitativos, permitiu delimitar algúns actos típicos da discriminación laboral por causa da orientación ou a identidade sexual. A denegación de emprego, o despedimento improcedente ou a existencia de teitos de cristal, o acoso ou *mobbing*, a denegación de prestacións á parella do mesmo sexo (no ámbito privado, na súa maior parte)¹, e a máis que preocupante autoexclusión, son os principais síntomas da homofobia discriminatoria no ámbito das relacións laborais.

Existe certo patriarcalismo, machismo e androcentrismo que está vixente nas nosas empresas e, por conseguinte, no mercado laboral. Isto tradúcese en que todo estereotipo e rol que se afaste daquel do home masculino, forte e dominante é susceptible de ser discriminado². Por iso é polo que a discriminación só comeza cando o individuo intenta saír do seu silencio e da clandestinidade, o que comunmente se coñece como «saír do armario», e vivir un estilo de vida afastado do heteronormativo. Como sinala a Federación Estatal de Lesbianas, Gais, Transexuais e Bisexuais: «A presenza da homofobia no ámbito laboral, envolve o homosexual nunha contradición que claramente se fai expresa na visibilidade da opción sexual e que xera un ocultamento ou omisión da mesma ante o temor de ser discriminado»³.

Mentres se decida acatar un estilo de vida marcado pola heterossexualidade non existirá polémica. Así pois, a decisión tómase entre permanecer calado/a ou exiliarse a profesións que «formularon unha hipótese de mobilidade laboral ascendente específica dos homosexuais (masculinos en todo caso)»⁴, como as dos perruqueiros,

¹ É obrigado deixarmos constancia de que o ámbito público foi sempre un adiantado no tocante á equidade nos dereitos. Os primeiros convenios colectivos españois de traballadores que prestan os seus servizos en organismos públicos xa facían especial mención á igualdade entre parellas do mesmo e distinto sexo en relación coas prestacións de que podían gozar, mesmo antes das leis de parella de feito e de matrimonio igualitario, aínda que sobre todo despois da aparición destas.

² Malia ser certo que a mentalidade está a cambiar, custa máis facelo naqueles estados europeos provenientes dunha época totalitaria e dun estado de benestar familiar, como España. Isto é, por tanto, unha mostra da dureza e rixidez do noso mercado laboral.

³ FEDERACIÓN ESTATAL DE LESBIANAS, GAIS, TRANSEXUAIS E BISEXUAIS (s. d.) [en liña] «Diversidad sexual en el ámbito laboral». Dispoñible no enderezo web <http://www.ugt-pv.es/2010/DOSSIER_Diversidad_ambito_laboral%2009.pdf>.

⁴ ERIBO, D. (2001) *Reflexiones sobre la cuestión gay. Sexualidad y profesiones*. Barcelona, Anagrama.

artistas, xornalistas, dependentes etc. De todo o anterior, dedúcese a existencia de profesionais que ocultan a súa identidade ou sexualidade por medo a sufriren calquera tipo de discriminación en todos os demais tipos de traballo, á vez que se fomenta a proliferación da exclusión social de membros deste colectivo. O exemplo máis claro témolo nos transexuais, que atopan na prostitución unha saída ante a ineficacia da procura de emprego.

Por iso, os colectivos e asociacións gais, o activismo e a cooperación co sector político foron, en España, o motor da consecución e da mellora duns dereitos que unha democracia inxusta proveniente dunha época totalitaria non prevía. No caso español, sen desmerecermos o papel da sociedade e as súas achegas, é perceptible que se avanzou máis a base de dereitos pioneiros para a época que en ideoloxías e entendemento social, os cales han ir adaptándose mediante o costume, a visibilidade e a normalización das persoas homosexuais, e, un pouco menos, das transexuais.

No informe específico da OIT para o tema que aquí nos compete⁵ recoñécese que a discriminación laboral por causa da orientación sexual non está abondo documentada, xa que alude a un aspecto da intimidade das persoas, debido a que moitas veces prefiren quedar caladas antes de denunciar. A impunidade nestes actos é alta, xa que son difíciles de probar e ademais existe un forte estigma social sobre as lesbianas, os gais, os transexuais e bisexuais (en diante LGTB). Como se di no citado informe da OIT, «é importante reflexionar sobre a necesidade de loitar non soamente contra a discriminación por orientación sexual, senón pola recuperación dos dereitos laborais, os cales foron expropiados aos traballadores no contexto da imposición do modelo neoliberal».

Así as cousas, podemos ver como o dereito comunitario vai unha vez máis por diante da sociedade, e como a Unión Europea (en diante UE) se converte nunha pioneira no campo dos dereitos sociais e laborais que estudamos, *grosso modo*, neste traballo, coa publicación da Directiva 2000/78/CE do Consello, do 27 de novembro, relativa ao establecemento dun marco xeral para a igualdade de tratamento no emprego e a ocupación. Sen ela, moitos dos países membros da UE -aínda que non todos- non se verían obrigados a integraren no seu ordenamento xurídico un cadro regulador da igualdade do colectivo LGTB, nin sequera a lexislaren sobre esta materia. Así pois, a principal reacción que se dá dentro da UE é unha resposta social e política ante os novos sucesos.

⁵ OIT (2007) *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*. Xenebra, OIT. Disponible no enderezo web <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc96/pdf/rep-i-b.pdf>>.

O ámbito normativo español tamén será reflectido no noso estudo, en que veremos que España conta coas súas propias regulacións, que respecta o ordenamento comunitario e que tanto os organismos da Seguridade Social como os entes sindicais teñen en conta esta perspectiva de equidade a respecto do colectivo gai.

O estudo da igualdade é, ante todo, un estudo que sempre recalca os principios e os valores en que se basea todo o ordenamento xurídico, e abrangue así o ámbito do dereito laboral. Con todo, os xuristas adoitamos cometer o erro de tratar as diversas áreas do dereito como compartimentos estancos, polo que, co obxecto de evitalo, faremos referencia a outras ordes distintas da laboral, como a penal ou a civil, para salientarmos a repercusión dalgunhas actuacións discriminatorias no ámbito laboral con influencia e competencia obxectiva noutras ordes.

Así pois, presentamos nas seguintes páxinas un texto cuxa comprensión intentamos que fose doada para calquera que for o seu lector ou a súa lectora, e agardamos que así sexa. Comezaremos cunha perspectiva histórica do movemento social LGTB en España e os fitos lexislativos e sociais conseguidos, a que seguirá unha recompilación de normativa comunitaria e española, así como a consulta de informes provenientes da UE que nos darán ese punto de vista sociolóxico e politicolóxico que cremos necesario transmitir, sempre relativo ao ámbito das relacións no traballo; e finalizaremos cunha parte pertencente ás políticas sociolaborais necesarias e francamente interesantes de ter en conta, sacadas á luz a partir dunha proposición de lei presentada no seo do Parlamento de Galicia⁶.

2. Acción social, colectivo e movemento LGTB

Os dereitos laborais actuais son froito da historia, das interaccións entre patróns e traballadores, da loita interminable de clases e, obviamente, dos distintos movementos sociais, en especial do movemento obreiro. O movemento LGTB tamén xorde como resultado dunha loita constante contra un mercado, un estado, unha lexislación e unha sociedade discriminatorios. Esta loita conta cunha historia propia que, no caso español, como pode verse na Figura 1, podemos dividir en varias etapas.

⁶ A Proposición de Lei pola visibilidade e non-discriminación de lesbianas, gais, transexuais e bisexuais de Galicia sería aprobada a trámite polo Parlamento Galego en 2013 e conta coa pretensión de ser presentada como proposición de lei no ámbito estatal. No momento de realizarmos este traballo encóntrase en fase de emenda polos distintos partidos políticos que compoñen o Parlamento de Galicia.

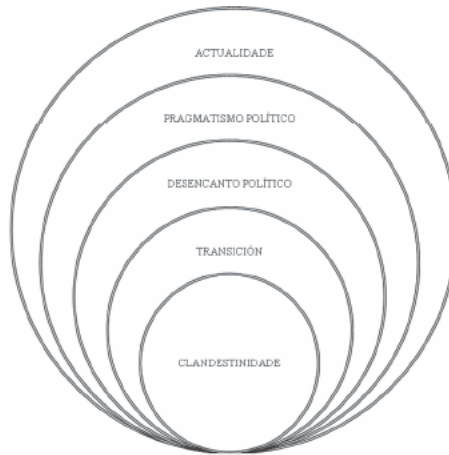


Figura 1. Etapas do movemento LGTB en España. Fonte: elaboración propia.

a) Entre estas etapas⁷, a máis dura foi –como cabería agardarmos– a primeira delas, a clandestina, que se centra nos últimos anos do franquismo e mostra o seu maior grao de visibilidade en cidades como Barcelona, onde se inician as reivindicacións dos primeiros activistas.

Malia tomarse como modelo as Revoltas de Stonewall Inn⁸ (Nova York, 1969), era un momento marcado pola ilegalidade e o perigo de practicar o asociacionismo⁹ en xeral. Está vixente a revisión da coñecida como *Ley de vagos y maleantes* republicana¹⁰ realizada en 1954 polo Goberno franquista¹¹, que inclúe os homosexuais entre os seus perseguidos e –a diferenza do texto aprobado durante a II República– establece penas para eles. Ese é o exemplo da modificación do art. 6.2: «Os

⁷ As distintas etapas, así como moitos aspectos do movemento LGTB, foron traballados a partir do útil material atopado na bitácora de Leopold Estapé, «L'armari obert». Tamén contactamos con Leopold vía telemática, e dámoslle fiabilidade ao aquí exposto.

⁸ Os disturbios de Stonewall están considerados o fito inicial do movemento de liberación e polos dereitos civís de lesbianas, gais e transexuais nos Estados Unidos.

⁹ O goberno franquista limitou dereitos como o asociacionismo libre, que nalgúns casos chegou a condenar como delito de sedición contra o Estado.

¹⁰ A lei orixinal foi promulgada polo Goberno republicano no ano 1933. Orixinalmente non sancionaba delitos, senón que intentaba evitar a súa futura comisión. Buscaba regular a situación dos «vagabundos, nómades, proxenetas e xente de carácter antisocial».

¹¹ Lei do 15 de xullo de 1954, pola que se modifican os artigos 2 e 6 da *Ley de vagos y maleantes*, do 4 de agosto de 1933.

homosexuais sometidos a esta medida de seguridade deberán ser internados en institucións especiais e, en todo caso, con absoluta separación dos demais».

b) A etapa que denominaremos «de transición», que inclúe o período preconstitucional desde a morte do xeneral Francisco Franco até a aprobación da Constitución española en 1978, caracterizaríase pola manifestación e reivindicación en diferentes campos (feminismo, gais e lesbianas, consumidores ou obreiros).

En 1970 a *Ley de vagos y maleantes* foi derogada e substituída pola Lei 16/1970, do 4 de agosto, sobre perigosidade e rehabilitación social, que incluía penas de até cinco anos de internamento en cárceres ou manicomios para os homosexuais. Esta lei e o tipificado delito de escándalo público no Código penal foron empregados para reprimir a homosexualidade na última parte da ditadura franquista; ora ben, após a morte do ditador, o indulto de 1975 e a amnistía de 1976 tampouco incluíron ningunha persoa presa das consideradas «perigosos sociais».

En 1979 elimináronse varios artigos da Lei 16/1970, do 4 de agosto, entre eles o referente aos «actos de homosexualidade». A loita dos colectivos homosexuais centrouse entón en conseguir a eliminación do delito de escándalo público, o que non se lograría até o ano 1983 coa publicación da Lei orgánica 8/1983, do 25 de xuño, de reforma urxente e parcial do Código penal. A Lei 16/1970, do 4 de agosto, sería derogada completamente en 1995, tras a vinda do vixente Código penal.

c) A seguinte etapa, de «desencanto político», abranguería a década dos oitenta do século pasado. Recibe este nome porque vén representar o estancamento vivido nas políticas de igualdade e mellora de dereitos despois dunha época de grandiosa bonanza. A loita comeza a diluírse e tómase conciencia da necesidade de reivindicar nunha menor escala, centrándose en pequenos campos, para seguir avanzando (lei de parellas de feito, adopción, prestacións de seguridade social á parella do mesmo sexo etc.).

d) Por último, quedaríannos dúas etapas que se entrecruzan, denominadas de «pragmatismo político» e de «actualidade», que herdan o realismo de loitar por pequenos obxectivos e a súa consecución. Caracterízanse por ser etapas relativamente longas, que nos conducen desde 1990 até os nosos días. Veñen acompañadas de grandes fitos legislativos como os que posibilitan as unións de feito, a adopción, o rexistro de parellas, o matrimonio e o recoñecemento da non-discriminación, en definitiva, por razóns de orientación ou identidade sexual. De todas as maneiras, para facernos mellor unha idea da evolución vivida no noso país, recomendamos examinar a seguinte táboa:

1970-1975	Primeiros grupos organizados de gais e lesbianas en Barcelona
1975-1980	Creación de organizacións feministas Legalización das organizacións de gais e lesbianas (1980)
1980-1985	Comezo das políticas de igualdade (1983) Despenalización das operacións de cambio de sexo (1983) Manifestacións contra a lexislación discriminatoria
1985-1990	Primeiras Xornadas de Lesbianas (1988) Plataforma Antidiscriminatoria, con doce puntos polos dereitos das lesbianas (1989)
1990-1995	Creación do primeiro rexistro de parellas de feito en Vitoria (1994) Os rexistros policiais con datos relativos á sexualidade seguen utilizándose até 1995 Pedimento das organizacións dunha lei de parellas de feito Andalucía inclúe a asistencia a transexuais no catálogo de prestacións
1995-2000	Cambios no Código penal para protexer e respectar a orientación da cidadanía (1995) IV Conferencia das Mulleres en Pequín, en que se discuten os dereitos sexuais e de orientación sexual (1995)
2000-2005	Rexeitamento das catro propostas de lei de parellas de feito no Parlamento Rexeitamento das catro propostas de lei de parellas de feito no Parlamento Créase o primeiro servizo público de asistencia a homosexuais e lesbianas en Vitoria Aparece o III Plan de igualdade vasco, que inclúe a protección das lesbianas e a loita contra a lesbofobia entre as súas actuacións
2005-2009	Servizos públicos para a poboación LGTB nas diferentes comunidades autónomas En xuño de 2005 prodúcense cambios no Código civil que permiten o matrimonio entre dúas persoas do mesmo sexo ¹² Aprobación da Lei de identidade de xénero en marzo de 2007, que permite o cambio rexistral do nome sen a obrigatoriedade de cirurxía

Táboa 1. Fitos civís e sociais en España en relación coa igualdade de tratamento (período 1970-2009). Fonte: PLATERO MÉNDEZ, R. (2011) «Discriminación por identidade sexual o identidade de xénero» en Cancio Álvarez, M.^a (coord.^a) *Estudios interdisciplinares sobre igualdade*. Madrid, Iustel.

¹² En novembro do ano 2012 esta modificación é ratificada polo Tribunal Constitucional, que non ve inconstitucionalidade ningunha nela, na STC 198/2012, do 6 de novembro de 2012. Recurso de inconstitucionalidade 6864-2005. Interposto por máis de cincuenta deputados do Grupo Popular do Congreso en relación coa Lei 13/2005, do 1 de xullo, pola que se modifica o Código civil en materia de dereito a contraer matrimonio. Garantía institucional do matrimonio e protección da familia: constitucionalidade da regulación legal do matrimonio entre persoas do mesmo sexo. BOE n.º 286, do 28 de novembro de 2012.

Na anterior táboa non están todos os fitos, mais antóllasenos un bo resumo daqueles máis emblemáticos. Sobre todo, reflicte a importancia que teñen os dereitos civís na sociedade, cando falamos de igualdade real. Isto, no longo prazo, tamén se traduce nunha mellora das circunstancias laborais, porque como xa se mencionou, o dereito non é nin será nunca algo creado con compartimentos estancos. A posibilidade de matrimonio en igualdade de condicións, por exemplo, eliminou inxustizas –e igualmente dores de cabeza para as persoas afectadas– canto ás prestacións da parella, trámites coa Seguridade Social e problemas relativos aos dereitos individuais no traballo (vacacións, libre disposición de días, días por matrimonio etc.), entre moitos outros posibles.

Non hai moito, aínda que non era o común, podían verse sentenzas de tribunais que negaban prestacións e discriminaban por razón da orientación sexual, debido a que non contabamos cunha lexislación suficientemente protectora como a actual. Para ilustrarmos isto, podemos citar o exemplo da Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Madrid 244/1998, do 25 de marzo de 1998¹³, que negaba a un traballador unha licenza na súa empresa por convivir cunha parella do mesmo sexo, entendendo que si a gozaría se a súa parella fose de distinto sexo. Este traballador inscribira a súa unión no Rexistro de Parellas de Feito da Comunidade Autónoma de Madrid, e defendía que segundo o convenio aplicable tiña dereito a quince días libres por contraer matrimonio. O Tribunal Superior de Xustiza de Madrid desestimou a demanda alegando a inexistencia dos requisitos que legal e convencionalmente se esixían para gozar do permiso, en definitiva, a celebración do matrimonio. Certo é que non se vulneraba o art. 14 da Constitución española (en diante CE), pois naquela época, nun momento en que non existía a posibilidade de establecer unha unión matrimonial igualitaria, a parella de feito non era asimilable ao matrimonio.

Por todo o anterior, reafirmámonos na necesidade de non entender o dereito laboral como un campo excluínte e exclusivo, senón como un tipo de dereito que necesita beber doutras fontes, xa sexa da UE, de que falaremos no seguinte punto, ou das distintas normas aprobadas no ordenamento xurídico español, que tamén trataremos. Como conclusión a este apartado, parece necesario pór de manifesto que son poucos os casos de normas que amparen o colectivo LGTB e deixen de incorporar entre os seus preceptos algún artigo que mencione a necesidade de colaborar cos colectivos e de que estes accedan a fondos públicos para loitaren pola súa causa en igualdade de condicións. Un reflexo claro de que o dereito e a sociedade moitas veces se ven obrigados a ir da man.

¹³ Sala do Social, Sección 5.^a.

3. A Unión Europea

Atendermos ao tratamento da cuestión na normativa derivada da UE é un preámbulo necesario para o estudo da lexislación vixente respecto ao tema LGTB nas relacións laborais. Á fin e ao cabo, España pertence á UE desde 1986 e a normativa comunitaria adoita ser de obrigada transposición á lexislación nacional de todos os estados membros. Por outra banda, de acordo co art. 96.1 da CE calquera tratado internacional ou norma comunitaria terá carácter de normativa interna: «os tratados internacionais validamente subscritos, unha vez publicados oficialmente en España, formarán parte do ordenamento interno».

Isto é así cando non lle corresponda ao propio Estado desenvolver algunha directiva comunitaria, como veremos foi o caso das modificacións que se introduciron no Estatuto dos traballadores no ano 2003 debido á aparición e o mandato explícito da Directiva 2000/78/CE do Consello, do 27 de novembro, relativa ao establecemento dun marco xeral para a igualdade de tratamento no emprego e a ocupación, que prohíbe a discriminación por motivos de orientación sexual no contexto do emprego e a formación profesional e protexe as persoas lesbianas, gais e bisexuais¹⁴. O obxectivo de tales cambios non foi outro que adaptar a lexislación española relativa ao tema tratado pola devandita directiva para conseguir equipararnos ao resto dos estados membros no prazo de tres anos¹⁵.

3.1. Homofobia e discriminación por causa da orientación sexual e a identidade de xénero nos estados membros da UE

En 2007 o Parlamento Europeo solicitou á Axencia de Dereitos Fundamentais da UE (en diante FRA, pola súa sigla en inglés) a elaboración dunha serie de investigacións sobre a discriminación do colectivo LGTB no seu contexto. Como resultado deste pedimento, en 2009 a FRA publicou os estudos *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States. Part I. Legal Analysis*¹⁶, e *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member*

¹⁴ As persoas transxénero, pola súa vez, tamén están protexidas polas directivas sobre igualdade que prohiben a discriminación por razón de xénero.

¹⁵ A Directiva 2000/78/CE do Consello, do 27 de novembro de 2000, mencionaba de xeito expreso que a transposición e adaptación ao ordenamento xurídico dos diferentes estados debería producirse nun prazo máximo de tres anos.

¹⁶ AXENCIA DE DEREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÓN EUROPEA (2009a) *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States. Part I. Legal Analysis*. Luxemburgo, Oficina de Publicacións da Unión Europea. Dispoñible no enderezo web <<http://tinyurl.com/hpewhc8>>.

¹⁷ A Directiva 2000/78/CE do Consello, do 27 de novembro de 2000, mencionaba de xeito expreso que a transposición e adaptación ao ordenamento xurídico dos diferentes estados debería producirse nun prazo máximo de tres anos.

*States. Part II. The Social Situation*¹⁷, xunto cun informe de síntese de ambos, *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States. Synthesis Report*¹⁸. No segundo destes estudos que citamos, podemos ler o seguinte:

«Nos últimos anos, unha serie de feitos producidos nos Estados membros da UE, tales como a prohibición das “marchas do Orgullo”, o discurso de odio por parte de políticos ou as declaracións intolerantes de líderes relixiosos, deron o sinal de alarma e desencadearon un novo debate sobre o grao de homofobia e discriminación contra lesbianas, gais, bisexuais, transexuais e persoas transxénero na Unión Europea. Estes sucesos levaron o Parlamento Europeo a adoptar en 2005 unha resolución en que se condena a homofobia e a discriminación por orientación sexual».

Por declaracións como a anterior dicimos que a UE sempre foi unha abandeirada da igualdade e os dereitos civís do colectivo LGTB, e que o seu motor voa máis aló do económico. En definitiva, a UE tamén entende que a orientación ou a identidade de xénero son elementos propios do ámbito privado da persoa e non deben influír en ningún outro ámbito, moito menos para discriminar. Con todo, o máis importante é que o segundo destes estudos que citamos serve para facernos unha moi boa idea do estado do colectivo LGTB en distintos aspectos como as actitudes cara ás persoas que o integran; os crimes e o discurso de odio; a liberdade de reunión; a educación; a saúde; as institucións relixiosas; o deporte; a imaxe ante os medios; o asilo e a discriminación múltiple que pode sufrir. Así mesmo, non deixa de analizar a discriminación por motivo da orientación sexual no emprego, tema central da nosa investigación.

No tocante a isto, as perspectivas non semellan boas, posto que o número de denuncias rexistradas por este motivo é bastante escaso, probablemente polo medo a empeorar a situación ou a declararse pertencente ao colectivo LGTB. O estudo continúa falando sobre a invisibilidade no traballo das persoas por razón da súa orientación ou identidade sexual, con datos reveladores de países desenvolvidos como Suecia ou Alemaña, o que demostra que mesmo en sociedades igualitarias e avanzadas o medo a descubrirse segue sendo algo presente. Estamos a falar de que un de cada dous homosexuais ou transexuais decide non vivir a súa sexualidade a gusto ou evita temas relacionados por incomodidade. Na outra banda, países como Finlandia despuntan porque, entre as minorías, a conformada polas persoas LGTB ten unha posición especial.

¹⁸ AXENCIA DE DEREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÓN EUROPEA (2009c) *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States. Synthesis Report*. Luxemburgo, Oficina de Publicacións da Unión Europea. Dispoñible no enderezo web <<http://tinyurl.com/jb823lt>>.

A respecto do acceso á protección dos dereitos por parte do colectivo LGTB, cabe salientarmos outro estado nórdico como exemplo: Suecia dispón desde 1999 dun corpo específico¹⁹ encargado da loita contra a discriminación, que en 2009 se integrou nos demais valedores do pobo, deixando atrás esa antiga diferenciación específica de Valedor do Pobo por motivo de orientación sexual. Son nove o total dos estados da UE que non contan cun corpo de igualdade LGTB propio, España entre eles; no entanto, o noso país si inclúe dentro da figura do Valedor do Pobo a posibilidade de acceder á defensa por esta vía.

Hai poucos datos estatísticos oficiais sobre queixas de discriminación, pois só dez estados membros (Austria, República Checa, Chipre, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Holanda, Romanía e Suecia) os recompilan. España non se atopa, como vemos, entre eles, o que afonda máis o escurantismo e o descoñecemento deste colectivo dentro das nosas fronteiras. Segundo o informe de que vimos falando, con data de 2007 as cousas estaban así:

País	Número total de queixas de discriminación por motivo de orientación sexual en corpos de igualdade, tribunais etc. (2007) ²⁰	Número total de pescudas e discriminacións confirmadas en 2007 por corpos de igualdade, tribunais etc. (2007) ²¹
Austria	45	0
República Checa	1	1
Chipre	1	Decisión pendente
Estonia	1	0
Hungría	2	0
Letonia	12	1
Lituania	18	1
Páises Baixos	6	3
Romanía	7	1
Suecia	62	6

Táboa 2. Queixas de discriminación por motivo de orientación sexual e discriminacións confirmadas na UE. Fonte: AXENCIA DE DEREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÓN EUROPEA (2009b) *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States. Part II. The Social Situation*. Luxemburgo, Oficina de Publicacións da Unión Europea.

¹⁹ Este corpo en cuestión recibe o nome de HomO.

²⁰ As queixas cobren todas as áreas sociais de discriminación (emprego, educación, vivenda, bens e servizos etc.).

²¹ Cómpre termos en conta que posiblemente algunhas resolucións non foron adoptadas o mesmo ano en que se presentaron as queixas correspondentes.

Estes datos non só nos transmiten o escasas que son as denuncias, senón que tamén sorprenden pola pouca confirmación de se tales denuncias son ou non son lexítimas. Sabemos que a lexislación comunitaria evolucionou para protexer as vítimas destes casos de discriminación, mais, por que non actúa coa suficiente forza? Por descoñecemento dos aspectos relativos á diversidade sexual, por cuestións morais ou simplemente por existiren poucas posibilidades de actuación debido, entre outras causas, á falta de recursos e medios para levar a cabo as investigacións. Así mesmo, en países como Polonia, que por historia sempre foi moi contrario aos dereitos do colectivo LGTB, vese a posibilidade de perder o traballo como principal razón para que as denuncias se non presenten. En Irlanda, pola súa vez, enténdese que as resolucións, ao seren públicas, convidan a non facer ningún tipo de queixa.

Á hora de conseguir un emprego, por outra banda, semella haber unha diferenza abismal entre pertencer ao grupo de homosexual ou transexual. Constatouse que case a metade dos homosexuais pensa que a súa condición lles afecta, mentres que os transexuais pensan nunha porcentaxe dun 70% que serían discriminados pola súa identidade sexual.

Canto ao comportamento dos empresarios fronte ao colectivo LGTB –de que falaremos con máis detemento ao tratarmos o ámbito das políticas sociais–, cabe lembrarmos que se xa é difícil revelar por que contratan ou non unha persoa á hora de recrutaren persoal, moito máis o é demostrar motivos homófobos ou transfóbicos na denegación dun emprego. Neste aspecto, países comunitarios como o Reino Unido ou Alemaña contan con lexislacións que protexen os dereitos laborais dos membros deste colectivo e que favorecen a denuncia de situacións homófobas e transfóbicas. En Alemaña, en concreto, o modelo liberal fai que sexan as mesmas empresas e a patronal as que promovan a igualdade no traballo.

Para rematarmos este apartado, é preciso facermos mención ás conclusións do propio texto de que vimos falando²²:

«O papel da dirección, alén da presenza ou ausencia de políticas de diversidade e de igualdade de tratamento, ten implicacións para a percepción das persoas LGTB dun ambiente laboral seguro e íntegro. Aquí, a presenza de lexislación de igualdade de emprego e a súa inclusión das persoas LGTB inflúe nos incentivos para presentar casos de discriminación».

Así pois, os empresarios, como máximos responsables dunha empresa, vólvense unha figura necesaria para evitar todo tipo de accións homofóbicas e transfóbicas dentro

²² AXENCIA DE DEREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÓN EUROPEA (2009b) *op. cit.*

dela. Desde a posibilidade de daren exemplo á de promoveren un ambiente de traballo xusto e igualitario, as súas competencias álzanse máis aló das leis. Non se pode desprezar o papel das normativas existentes e promovidas desde os poderes públicos, mais unha sociedade tan mercantilista como a nosa aprende máis con outro tipo de sancións, por exemplo as integradas dentro do propio ámbito laboral, como os días de suspensión ou a perda do posto de traballo.

3.2. A Unión Europea e a loita pola non-discriminación por motivo de orientación sexual e identidade de xénero. O Tratado de funcionamento da UE. A Carta de dereitos fundamentais da UE. A Carta comunitaria dos dereitos sociais fundamentais dos traballadores

No ámbito da UE existen organismos como o Parlamento Europeo e a Corte de Xustiza Europea que actúan para garantir os dereitos da cidadanía europea principalmente en relación con asuntos económicos, tales como a protección contra a discriminación no lugar de traballo²³. No referente á normativa, cabe salientarmos o Tratado de funcionamento da UE²⁴, que no seu art. 19.1 –antigo art. 13–, establece a posibilidade de iniciar accións encamiñadas a loitar contra a discriminación por razón de sexo, de orixe racial ou étnica, relixión ou conviccións, discapacidade, idade ou orientación sexual, polo que a causa da orientación sexual é mencionada expresamente:

«1. Sen prexuízo das demais disposicións dos tratados e dentro dos límites das competencias atribuídas á Unión por estes, o Consello, por unanimidade de acordo cun procedemento lexislativo especial, e logo da aprobación do Parlamento Europeo, poderá adoptar accións adecuadas para loitar contra a discriminación por motivo de sexo, de orixe racial ou étnica, relixión ou conviccións, discapacidade, idade ou orientación sexual».

Así mesmo, non podemos deixar de falar da Carta dos dereitos fundamentais da UE²⁵, que reconece unha serie de dereitos persoais, civís, políticos, económicos e sociais dos cidadáns e residentes da UE, consagrándoos na lexislación comunitaria, e que após a aprobación do Tratado de Lisboa adquiriu forza vinculante equiparable aos tratados.

²³ COMISIÓN INTERNACIONAL DE DEREITOS HUMANOS DE GAIS E LESBIANAS (s. d.) [en liña] *Antecedentes internacionales en jurisprudencia y en políticas contra la discriminación a gays, lesbianas y homosexuales*. Dispoñible no enderezo web <<http://www.stopdiscriminacion.org/archivos/orientacion/Antecedentes-JP.pdf>>.

²⁴ Trátase da versión consolidada dun dos tratados primarios de UE, en concreto do Tratado Constitutivo da Comunidade Económica Europea asinado en Roma en 1957. O seu texto íntegro en castelán pode encontrarse no enderezo web <<http://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>>.

²⁵ A Carta dos dereitos fundamentais da Unión Europea pode ser consultada en castelán no enderezo web <<http://www.boe.es/doue/2010/083/Z00389-00403.pdf>>.

No seu art. 21.1 prohíbe calquera discriminación e, particularmente, entre outras, a derivada da orientación sexual:

«1. Prohíbese toda discriminación, e en particular a exercida por razón de sexo, raza, cor, orixe étnica ou social, características xenéticas, lingua, relixión ou conviccións, opinións políticas ou de calquera outro tipo, pertenza a unha minoría nacional, patrimonio, nacemento, discapacidade, idade ou orientación sexual».

Acabaremos este apartado mencionando outro documento de incalculable valor, en que malia o seu prometedor nome non se atopa unha soa referencia aos traballadores pertencentes ao colectivo LGTB: a Carta comunitaria dos dereitos sociais fundamentais dos traballadores²⁶. Podemos pensar que talvez é así debido ao ano de publicación, 1989, mais este tema xa fora tratado de maneira específica cinco anos atrás, en 1984, coa Resolución sobre a discriminación por orientación sexual no lugar de traballo aprobada polo Parlamento Europeo²⁷.

3.3. Actuacións comunitarias específicas en contra da discriminación por orientación sexual no emprego

A UE foi sempre –como viñemos apuntando– unha pioneira na defensa do colectivo homosexual. As distintas institucións e organismos comunitarios, como o Parlamento Europeo, o Consello ou a Comisión Europea, estiveron pendentes de emitir directivas, regulamentos e resolucións que abranguesen aspectos relativos á non-discriminación por orientación sexual. Entre esta normativa, xa a Resolución do Parlamento Europeo A3-0028-94, sobre a igualdade de dereitos para os homosexuais e as lesbianas nas Comunidades Europeas²⁸, solicitaba reiteradamente aos estados membros e á Comisión que camiñasen cara á igualdade de dereitos civís, a colaboración cos colectivos de gais e lesbianas e, para o que aquí nos incumbe, a protección dos membros destes no dereito laboral. Así, no seus arts. 12-16 insta a Comisión a preparar unha recomendación que «debería, como mínimo, procurar pór fin: (...) a calquera forma de discriminación no dereito laboral (...)».

Tamén é de obrigada mención a Directiva 2000/78/CE, que «prohíbe a discriminación por motivos de orientación sexual no contexto do emprego e a formación profesional

²⁶ Pode consultarse en castelán no enderezo web <<http://tinyurl.com/z238ow6>>.

²⁷ A Resolución sobre a discriminación por orientación sexual no lugar de traballo do Parlamento Europeo está dispoñible en inglés no enderezo web <<http://tinyurl.com/grc69f8>>.

²⁸ A devandita resolución pode ser consultada en inglés no enderezo web <<http://tinyurl.com/jtqnsxw>>.

e protexe as persoas LGB (lesbianas, gais e bisexuais)»²⁹. As persoas transexuais, pola súa vez, atópanse protexidas polas directivas de igualdade de xénero. Desta directiva en cuestión falaremos no seguinte apartado. No entanto, si que se podería realizar aquí unha visión rápida das principais disposicións comunitarias relativas ao noso estudo. Préstese atención, para iso, á seguinte táboa:

1984	Parlamento Europeo	Resolución sobre a discriminación por orientación sexual no lugar de traballo
1991	Comisión Europea Consello Europeo	Recomendación sobre a protección da dignidade da muller e o home no traballo (inclúe un código de prácticas con medidas de loita contra o acoso sexual) Declaración que referenda a Recomendación
1994	Parlamento Europeo	Resolución sobre a igualdade de dereitos para os homosexuais e as lesbianas na Unión Europea
1998	Consello Europeo	Estatuto dos funcionarios da Comunidade Europea (artigo 1 bis, entre outros) Réxime aplicable a outros axentes da Comunidade Europea (artigo 83, entre outros)
1999	Estados membros da UE	Artigo 13 do Tratado da Comunidade Europea (introducido o 1 de maio de 1999 polo Tratado de Ámsterdam, do 2 de febreiro de 1997)
2000	Consello Europeo	Directiva 2000/78/CE relativa ao establecemento dun marco xeral para a igualdade de tratamento no emprego e a ocupación
2004	Consello Europeo	Estatuto dos funcionarios da Comunidade Europea [artigo 1.d), entre outros] Réxime aplicable a outros axentes da Comunidade Europea (artigo 124, entre outros)
2006	Parlamento Europeo	Resolución sobre a homofobia en Europa

Táboa 3. Disposicións sobre a discriminación pola orientación sexual dos traballadores no ámbito comunitario. Fonte: elaboración propia.

²⁹ AXENCIA DE DEREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÓN EUROPEA (2009c) *op. cit.*

Dito o anterior, pódese ver que a UE leva facendo o posible desde o ano 1984 para buscar a maneira de protexer a súa cidadanía e evitar a perda da igualdade entre ela pola súa condición sexual. Por outra banda, é a época en que se comeza a observar na maioría dos estados democráticos europeos o inicio dunha era de recoñecemento de dereitos civís e sociais. Parte dese recoñecemento non partiu, con todo, dos seus gobernos, senón que máis ben se puxo en marcha por recomendación e cumprimento comunitario.

3.4. Directiva 2000/78/CE do Consello, do 27 de novembro, relativa ao establecemento dun marco xeral para a igualdade de tratamento no emprego e a ocupación.

Malia que a Directiva 2000/78/CE non atinxe en exclusiva ao colectivo LGTB, pois o seu obxectivo é «establecer un marco xeral para loitar contra a discriminación por motivos de relixión ou conviccións, de discapacidade, de idade ou de orientación sexual no ámbito do emprego e a ocupación, co fin de que nos estados membros se aplique o principio de igualdade de tratamento» (art. 1), non atopamos outra –a estas alturas– que prevexa tantos casos e estableza tantas directrices no seu ámbito de actuación.

De calquera xeito, como pode apreciarse, a discriminación por orientación sexual atópase incluída entre moitos outros tipos de discriminación; de feito, no articulado faise especial referencia aos factores de discapacidade e idade (arts. 5 e 6 respectivamente), mais non se atopan apartados específicos sobre a orientación ou a identidade sexual como causas de diferenza de tratamento. Aínda así, a presenza continuada do termo «orientación sexual» –que aparece nun total de nove ocasións, contando os considerandos e o articulado– nesta directiva converteuna nun texto de incalculable valor xurídico no tocante á protección dos dereitos do colectivo LGTB, e de grande influencia no relativo aos dereitos colectivos do traballo.

Así, no seu art. 13, sobre o diálogo social, exhórtase os estados a adoptar «as medidas adecuadas para fomentar o diálogo entre os interlocutores sociais, co fin de promover a igualdade de tratamento, incluído o control das prácticas no lugar de traballo, convenios colectivos, códigos de conduta, e mediante a investigación ou o intercambio de experiencias e boas prácticas»; e tamén a fomentar «entre empresarios e traballadores, sen prexuízo da súa autonomía, a subscrición no nivel axeitado de convenios que establezan normas antidiscriminatorias nos ámbitos mencionados (...) que entren dentro das competencias da negociación colectiva (...)». Mais non acaban aquí as sorpresas:

«Artigo 16. Cumprimento

Os estados membros adoptarán as medidas necesaria para velar por que:

- a) se supriman as disposicións legais, regulamentarias e administrativas contrarias ao principio de igualdade de tratamento;
- b) se declaren ou poidan declararse nulas e inválidas ou se modifiquen todas as disposicións contrarias ao principio de igualdade de tratamento que figuren nos contratos ou convenios colectivos, nos regulamentos internos das empresas ou nos estatutos das profesións independentes e das organizacións sindicais e empresariais».

Como pode apreciarse, queda ben atado o ámbito colectivo do traballo, xa que se insta a eliminar todas as disposicións contrarias á igualdade de tratamento en convenios, estatutos, organizacións sindicais e empresariais. De igual maneira, tamén aparece recalcada a necesidade de que o ordenamento xurídico propio adapte, cando menos, ou elimine, todas as disposicións contrarias dentro de toda a xerarquía normativa (leis, regulamentos, actos etc.).

Por outra banda, o artigo seguinte (art. 17) contén o mandato de os estados membros da UE estableceren un réxime de sancións fronte aos incumprimentos das disposicións adoptadas en aplicación desta directiva, as cales «poderán incluír a indemnización á vítima, serán efectivas, proporcionadas e disuasorias», o cal é importante e foi previsto na lexislación española, que veremos nas seguintes páxinas.

3.5. O Informe Lunacek

O ano pasado foi aprobada por ampla maioría³⁰ a Resolución do Parlamento Europeo, do 4 de febreiro de 2014, sobre a folia de ruta da UE contra a homofobia e a discriminación por motivos de orientación sexual e identidade de xénero³¹, tamén coñecida polo informe homónimo que lle serviu de base e que adoita mencionarse polo apelido da súa autora como «Informe Lunacek»³², en que se condena calquera acto de discriminación baseado na orientación sexual ou a identidade de xénero.

No devandito informe queda constancia de que os dereitos fundamentais dos LGBTI³³ non sempre son respectados dentro da UE. Neste sentido, na exposición de motivos que

³⁰ Con 394 votos a favor, 176 votos en contra e 72 abstencións.

³¹ O texto íntegro desta resolución pode consultarse en castelán no enderezo web <<http://tinyurl.com/gshyuq7>>.

³² O devandito informe está dispoñible en castelán no enderezo web <<http://tinyurl.com/huu29t8>>.

³³ O termo LGTBI é un símbolo da propia evolución inclusiva do colectivo LGTB e do esforzo da UE por protexer a maior parte do colectivo. A intersexualidade comeza a tratarse nos textos provenientes do ámbito comunitario.

contén podemos atopar información cuantitativa moi valiosa, que nos permite facernos unha idea da situación:

«O estudo sobre as persoas LGTB publicado pola Axencia dos Dereitos Fundamentais en 2013 indica que un 47% das persoas LGTB foi obxecto de discriminación ou acoso no último ano, cos índices máis elevados de discriminación entre as lesbianas (55%), os mozos (57%) e as persoas LGTB máis pobres (52%); un 26% foi obxecto de agresións ou ameazas violentas debido á súa orientación sexual ou identidade de xénero (un 35% entre as persoas trans³⁴); unicamente un 10% se sentiu con suficiente seguridade para denunciar a discriminación á policía, e só un 22% denunciou casos de violencia ou acoso; un 32% foi obxecto de discriminación no acceso á vivenda, no ámbito educativo ou no acceso á atención sanitaria, os bens ou os servizos; e un 20% foi obxecto de discriminación no emprego ou o traballo (un 29% entre as persoas trans)».

Aínda que de ámbito xeneralista, non debemos obviar que calquera institución da sociedade comparte características tamén xerais e, xa que logo, o mundo do traballo pode ser igualado a estes termos e datos de estudo. Doutra banda, cómpre tamén termos en conta que da folla de ruta da UE contra a homofobia e a discriminación por motivo da orientación sexual e a identidade de xénero non emanan leis nin normas, mais iso non implica que deixe de ter importancia. Ao contrario, posto que non é menos que unha exhortación á propia UE e aos seus países membros para todos loitaren contra a homofobia, e posibilita acusar de homofobia calquera crítica á ideoloxía de xénero ou do homosexualismo político. É o seguinte paso que hai que dar para conseguir un cambio ideolóxico e social cara a unha comunidade inclusiva do colectivo LGTBI.

4. España

Nos informes³⁵ da UE respecto de España, salientáanse os importantes avances realizados nos últimos anos e, desde un punto de vista sociolóxico, unha actitude máis positiva cara ás persoas LGTB, con altas posicións no tocante á aceptación da homosexualidade, o dereito ao matrimonio ou o dereito á adopción. Con todo, existen aspectos problemáticos que nos deixan nos últimos postos das estatísticas: a maioría dos casos de discriminación laboral non se denuncia e non se prevén plans específicos para afrontar a homofobia e a transfobia. Hai ademais, a priori, unha falta de datos relativos ás condicións das persoas LGTB no lugar de traballo, o cal coincide cos

³⁴ Abreviación de «transexual» e «transexuais».

³⁵ Véxase AXENCIA DE DEREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÓN EUROPEA (2009a), (2009b) e (2009c) *op. cit.*

patróns de ausencia de información sobre casos no informe da OIT³⁶ xa mencionado na introdución deste traballo. Novamente, faremos unha recompilación da normativa básica sen deternos en cuestións concretas³⁷ a respecto da discriminación, o cal non é o obxectivo deste texto. Comecemos pois, co estudo da protección que a lexislación española outorga aos membros do colectivo LGTB en clave de igualdade no traballo.

4.1. A igualdade de tratamento e o dereito a traballar dentro da Constitución española

Como texto fundamental, a Constitución española (en diante CE) deixa claro no seu art. 14 que os españois «son iguais ante a lei, sen que poida prevalecer ningunha discriminación por razón de nacemento, raza, sexo, relixión, opinión ou calquera outra condición ou circunstancia persoal ou social». Isto complementábase coa responsabilidade dos poderes públicos de «promover as condicións para que a liberdade e a igualdade do individuo e dos grupos en que se integra sexan reais e efectivas; remover os obstáculos que impidan ou dificulten a súa plenitude e facilitar a participación de todos os cidadáns na vida política, económica, cultural e social», establecida no seu art. 9.2.

A discriminación baseada na orientación sexual e a identidade de xénero non se contempla explicitamente no art. 14 da CE. Por iso é conveniente que na demais normativa figuren dentro das listaxes de factores de discriminación, e isto malia entenderse que todas estas listaxes e enumeracións de casos non son *numerus clausus*, pois chocarían co dereito á dignidade de certos colectivos ou cidadáns promovido no art. 10 da CE. Hai que ter en conta que, doutra banda, segundo a doutrina do Tribunal Constitucional³⁸ non toda desigualdade de tratamento é discriminatoria, e de feito non o será sempre que tiver unha xustificación razoable e obxectiva en relación coa finalidade e os efectos para conseguir.

³⁶ OIT (2007) *op. cit.*

³⁷ Para resolver estas preguntas concretas que poden xurdirle a calquera traballador/a, aos seus representantes ou mesmo á propia empresa, atopouse de utilidade a seguinte obra, que recompila diversos supostos relacionados coa discriminación das persoas LGTB no ámbito laboral, a cal consignamos aquí por se for de axuda: FEDERACIÓN ESTATAL DE LESBIANAS, GAIS, TRANSEXUAIS E BISEXUAIS (s. d.) [en liña] *Diversidad sexual y ámbito laboral. Guía informativa*. Dispoñible no enderezo web <<http://diversidadlgtb-trabajo.blogspot.com.es/2009/03/1que-leyes-regulan-los-derechos-de-gays.html>>.

³⁸ STC 22/1981, do 2 de xullo, publicada no suplemento do Tribunal Constitucional do BOE n.º 172, do 20 de xullo de 1981.

Por outra banda, a CE establece no artigo 35.1 que «todos os españois teñen (...) dereito ao traballo, á libre elección de profesión ou oficio, á promoción a través do traballo e a unha remuneración suficiente para satisfacer as súas necesidades e as da súa familia (...)». Temas como a promoción e a familia foron polémicos durante bastante tempo e non só para o colectivo LGTB³⁹, pola ausencia de normativa e protección desde a entrada en vigor da CE até os nosos días. Aínda así, puideron ir solucionándose coa actualización do dereito e a súa adaptación á contorna democrática na posterior lexislación, en que destacaremos a norma máis emblemática dentro do dereito laboral, o Estatuto dos traballadores (ET)⁴⁰, previsto xa na CE, cuxo artigo 35.2 establece: «A lei regulará un estatuto dos traballadores». Deste último, tratará o seguinte apartado.

4.2. O Estatuto dos traballadores e a súa reforma polo artigo 37 da Lei 62/2003, do 30 de decembro, de medidas fiscais, administrativas e da orde social

As modificacións no ET de que imos falar foron produto das reformas levadas a cabo pola Lei 62/2003, do 30 de decembro, de medidas fiscais, administrativas e da orde social, unha lei utilizada en parte para transpoñer ao dereito español a Directiva 2000/78/CE do Consello, do 27 de novembro, que deixaba ben claro no seu art. 18 o seguinte:

«Os estados membros adoptarán as disposicións legais, regulamentarias e administrativas necesarias para daren cumprimento ao establecido nesta directiva como moi tarde o 2 de decembro de 2003».

Por tanto, pódese entender que a Lei 62/2003 vén achegar no ámbito laboral eses desexados cambios de que antes falabamos, adaptando a Directiva no ordenamento xurídico español canto á lei con maior relevancia no mundo do traballo, o famoso ET. En concreto, esta lei introduciu no seu art. 37 un total de cinco cambios nos arts. 4, 16, 17 e 54 do ET:

a) Os dous primeiros atinxen as alíneas c) e e) do art. 4.2, as cales versan sobre o respecto e a non-discriminación á hora de contratar traballadores e unha vez estes empregados por distintas razóns, entre as cales se inclúe a orientación sexual. Trátase

³⁹ Hai sectores da poboación, como o colectivo feminino, que sofren discriminación laboral, enfrontan «teitos de cristal» en ascensos e se ven condenados moitas veces a elixiren entre a familia e o traballo, por non poder compaxinalos. Outro problema sensiblemente daniño é, por exemplo, a discriminación salarial aínda persistente.

⁴⁰ Real decreto lexislativo 1/1995, do 24 de marzo, polo que se aproba o texto refundido da Lei do Estatuto dos traballadores. BOE n.º 75, do 29 de marzo de 1995.

tamén o respecto á intimidade e dignidade, de xeito que como é lóxico non pode atacarse os traballadores pola súa orientación sexual.

b) O cambio realizado no art. 16.2 ten o obxecto de instar as axencias de colocación (sen fins lucrativos) para estas garantiren o principio de igualdade e non-discriminación por distintas causas entre as cales se atopa, novamente, a orientación sexual.

c) A cuarta das transformacións, a do art. 17.1, afonda na declaración de nulidade de calquera regulamento, pacto ou convenio colectivo, así como decisión empresarial, que vulneren «por circunstancias de sexo, orixe, incluída a racial ou étnica, estado civil, condición social, relixión ou conviccións, ideas políticas, orientación sexual, adhesión ou non a sindicatos e aos seus acordos, vínculos de parentesco con outros traballadores na empresa e lingua dentro do Estado español». Como se pode observar, a longa de listaxe de situacións recoñecidas volve incluír a discriminación por orientación sexual.

d) Para rematarmos, a reforma atende un punto importante das relacións laborais, tratado en gran parte da doutrina xurídica, psicolóxica e de política sociolaboral, como é o acoso. A modificación da alínea g) do art. 54.2 establece que se considerará incumprimento contractual «o acoso por razón de orixe racial ou étnica, relixión ou conviccións, discapacidade, idade ou orientación sexual ao empresario ou ás persoas que traballan na empresa».

Con isto garántese, por tanto, o control do comportamento entre os traballadores no tocante á discriminación no traballo, incluído o acoso por causa da orientación sexual, que tamén poderá ser causa de despedimento disciplinario.

4.3. A Lei sobre infraccións e sancións na orde social e a Lei reguladora da xurisdición social no tocante á discriminación por orientación e identidade sexual

Nesta sección estudaremos de forma breve dúas normas fundamentais no ámbito laboral: o Real decreto lexislativo 5/2000, do 4 de agosto, polo que se aproba o texto refundido da Lei sobre infraccións e sancións na orde social (en diante LISOS); e a Lei 36/2011, do 10 de outubro, reguladora da xurisdición social (en diante LRXS). A estas alturas, os preceptos tratados xa soarán repetidos, mais non deixa de ser necesario falar deles para coñecer toda a protección existente no noso ordenamento xurídico.

Comezaremos pola LISOS, a norma encargada de establecer cales son as infraccións e impoñer sancións en materia laboral, cuxo art. 12 fai mención expresa á non-

discriminación por calquera motivo a respecto das «decisións unilaterais da empresa». Pola súa vez, o art. 13 bis reflicte que o acoso será recoñecido como infracción. A orientación sexual, xunto con outros parámetros, non serán escusa para ser atacado/a dentro do ámbito do traballo. Por último, a LISOS achega algo que até agora non vimos neste documento e que se nos antolla interesante e importante no traballo: o tratamento da protección de datos de carácter persoal. Hai certos datos das persoas que pertencen á esfera íntima e sería das infraccións máis graves, segundo o art. 16, solicitalos no marco de «procesos de selección, así como establecer condicións mediante a publicidade, difusión ou por calquera outro medio, que constitúan discriminacións para o acceso ao emprego por motivos de sexo, orixe, incluída a racial ou étnica, idade, estado civil, discapacidade, relixión ou conviccións, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social e lingua dentro do Estado».

Canto á LRXS, achega a novidade de que a orientación e a identidade sexual non se asimilan. Isto é froito dunha evolución da sociedade e a normativa. A identidade sexual comeza a ser un tema relevante nos nosos días e as leis son un claro reflexo. Proba diso é o art. 96.1, sobre a carga da proba en casos de discriminación e en accidentes de traballo, en que se establece que a parte demandada deberá demostrar que non existiu discriminación, entre outras causas, por razón de «orientación ou identidade sexual» e que se procedeu por causas obxectivas. Antes, no art. 95.3, sobre os informes de expertos, a LRXS dispón que o «o xuíz ou tribunal poderá solicitar o ditame dos organismos públicos competentes» cando no proceso se suscitase unha cuestión de discriminación «por razón de sexo, orientación sexual, orixe racial ou étnica, relixión ou conviccións, discapacidade, idade ou acoso».

No relativo aos aspectos máis xudiciais, na alínea c) do art. 148 establécese que a discriminación por orientación e identidade sexual será motivo para a Inspección de Traballo poder iniciar o proceso xudicial. Entenderase, pola contra, que a persoa afectada por calquera tipo de discriminación ou acoso poderá exercer o seu dereito a acceder á xurisdición social pola súa propia conta. En xeral, unha demanda debe descansar sobre os fundamentos das liberdades públicas, da tutela xudicial efectiva, da dignidade da persoa e do dereito á igualdade.

4.4. O Código penal de 1995: as penas previstas pola discriminación laboral do colectivo LGTB

O Código penal conta no título XV cun apartado específico para os delitos contra os dereitos dos traballadores, dentro do cal é o art. 314 o que propugna as primeiras sancións fronte á discriminación:

«Os que produzan unha grave discriminación no emprego, público ou privado, contra algunha persoa por razón da súa ideoloxía, relixión ou crenzas, a súa pertenza a unha etnia, raza ou nación, o seu sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermidade ou discapacidade, por desempeñar a representación legal ou sindical dos traballadores, polo parentesco con outros traballadores da empresa ou polo uso dalgunha das linguas oficiais dentro do Estado español, e non restablezan a situación de igualdade ante a lei tras requirimento ou sanción administrativa, reparando os danos económicos que se derivasen, serán castigados coa pena de prisión de seis meses a dous anos ou multa de doce a vinte e catro meses».

En relación coa orde social é a única mención que se fai en todo o Código. Con todo, a orientación e a identidade sexual aparecen en máis ocasións como posibles motivos de discriminación noutro tipo de delitos. Non os trataremos neste texto, mais é necesario sabermos que as sucesivas reformas foron incorporando todo iso.

5. Medidas no ámbito laboral

Para acabarmos esta investigación pareceunos necesario dar un exemplo do que as políticas sociolaborais poderían conseguir en distintos ámbitos do mundo do traballo. Para iso, centrarémonos nos poderes públicos e nos sindicatos, e escollemos de exemplo parte do articulado da Proposición de Lei pola visibilidade e non-discriminación de lesbianas, gais, transexuais e bisexuais de Galicia⁴⁰, entre cuxos preceptos atopamos moita información de proveito.

5.1. Medidas por parte dos poderes públicos

Ao igual que noutros casos, o Goberno e as distintas administracións públicas teñen moito que facer e ofrecer canto á protección dos individuos susceptibles de seren discriminados, como é o caso dos traballadores LGTB. Non se trata de facer unha discriminación positiva, senón simplemente de establecer unha norma de equidade en dereitos e oportunidades.

Os poderes públicos serán entendidos como aqueles que albergan as distintas institucións públicas, tres, de acordo co barón de Montesquieu⁴¹: aquelas que xorden

⁴¹ Como xa sinalamos anteriormente, a Proposición de Lei pola visibilidade e non-discriminación de lesbianas, gais, transexuais e bisexuais de Galicia foi aprobada a trámite polo Parlamento Galego en 2013 e preténdese que sexa presentada como proposición de lei no ámbito estatal. No momento de realizarmos este traballo encóntrase en fase de emenda. Pode consultarse no enderezo web <<http://tinyurl.com/zhnp2tb>>.

⁴² Foi o barón de Montesquieu quen, no seu ensaio titulado *Do espírito das leis*, falou da necesaria separación de poderes, orixe do chamado estado de dereito, no cal os poderes públicos están igualmente sometidos ao imperio da lei. O poder xudicial debe ser independente para poder someter os restantes poderes, en especial o executivo. Isto aplícase nos nosos días cando o Goberno se enfronta, en moitos casos, a situacións propiciadas por movementos cidadáns que o poñen en situacións complicadas.

do poder executivo, do lexislativo e do xudicial. No entanto, non podemos tomar como base o pensamento de Montesquieu na súa totalidade, xa que este, en palabras de Mario R. Cancel-Sepúlveda, non considera «outras forzas que poden impactar no exercicio do poder, tales como as forzas económicas, a imaxe ou os prexuízos culturais do pobo, ou a manipulación desas esferas por certos fragmentos do poder»⁴³. Así pois, os poderes públicos e as persoas que os representan deben actuar cunha moralidade extrema para non subxugarse nunca ante estes últimos, os cales ultimamente non fan máis que gañar batallas a favor do modelo neoliberal discriminatorio.

Entre as principais medidas de actuación do Goberno, xa sexa no ámbito local, autonómico ou estatal, cómpre que se atope sempre a información constante da normativa aplicable e dos dereitos dos traballadores LGTB. Doutra banda, o Ministerio de Traballo debería colaborar coas distintas asociacións e movementos sociais á procura da consecución de estándares de igualdade. Son así mesmo necesaria medidas como as estipuladas no art. 16 da citada Proposición de Lei pola visibilidade e non-discriminación de lesbianas, gais, transexuais e bisexuais de Galicia:

«5. Os servizos públicos de emprego, as súas entidades colaboradoras e as axencias de colocación autorizadas (...) deberán velar especificamente polo respecto do dereito de igualdade de trato e non discriminación no acceso ao emprego.

(...)

7. No marco do diálogo social, en colaboración coas organizacións sindicais e empresariais, a consellería competente en materia laboral elaborará un protocolo de igualdade e boas prácticas no ámbito empresarial e das relacións laborais en materia de non discriminación por razón de orientación sexual e identidade de xénero.

8. As empresas que contraten coa Administración pública ou que reciban subvencións públicas deberán garantir o cumprimento do protocolo establecido no punto anterior. O seu incumprimento levará consigo a devolución da subvención ou a rescisión do contrato, ademais das sancións a que haxa lugar, de acordo coa presente lei».

Para concluír o tema, é significativo facermos mención ao indispensable que se nos fai a Inspección de Traballo, un dos mecanismos máis útiles do ámbito social, que poderá e deberá utilizarse como medio para asegurar que o colectivo LGTB non sexa vítima discriminación.

⁴³ CANCEL-SEPÚLVEDA, M. R. (2012) [en liña] *Montesquieu: teoría de la separación de poderes (1748)*. Dispoñible no enderezo web <<http://historiasociologia.wordpress.com/2010/12/18/montesquieu-separacion-poderes-1/>>.

5.2. Medidas por parte dos sindicatos e representantes dos traballadores

Os sindicatos son a viva imaxe dos logros do movemento obreiro. Politizados ou non, forman parte das esferas do poder, e teñen facultades de actuación e de arbitrio en determinados temas, tamén no tocante á non-discriminación e a proposición de políticas sociolaborais. A respecto dos labores máis sinxelos que poden realizar no ámbito aquí estudado, pódese observar o seguinte decálogo, que a modo de táboa dos dez mandamentos consegue ofrecer unha idea xeral do potencial que os sindicatos teñen neste campo:

-
- 1 Crear conciencia no seu sindicato de que a orientación sexual representa unha das razóns da non-discriminación, que está amparada na lexislación da UE e que o tema dos dereitos dos LGTB debe, por tanto, ser incluído na axenda do seu sindicato
 - 2 Asegurarse de que os máximos dirixentes do seu sindicato se comprometan de maneira clara no que concirne ao tema da igualdade para os LGTB
 - 3 Elaborar políticas específicas sobre os dereitos dos LGTB no traballo e asegurarse de que as cuestións relacionadas cos traballadores LGTB figuren de maneira explícita e visible nas súas políticas sindicais relacionadas coa igualdade. Esta iniciativa pode incluír políticas específicas dirixidas a tratar o problema do fustrigamento e o acoso no traballo
 - 4 Establecer como obxectivo a organización e o recrutamento de traballadores LGTB no seu sindicato. Isto supón, así mesmo, aumentar a visibilidade e a participación de afiliados LGTB en todos os niveis sindicais.
 - 5 Crear unha rede sindical e un grupo LGTB no seu sindicato para reunir os afiliados LGTB co fin de que estes axuden o sindicato a desenvolver políticas, procedementos e prácticas relacionados co tema da igualdade
 - 6 Prover recursos para un boletín informativo, unha listaxe de correo electrónico e un sitio web cuxo obxectivo sexa sensibilizar as persoas sobre o papel que desempeña o seu sindicato na tarefa de promover a igualdade para os LGTB. Realizar seminarios, obradoiros e conferencias que aborden temas relacionados cos LGTB co fin de dar visibilidade ao traballo que o seu sindicato realiza nesa área
 - 7 Integrar os temas sobre igualdade para os LGTB en todas as áreas de traballo do seu sindicato para que estes sexan trasladados aos organismos encargados da toma de decisións e sexan tomados en conta nos convenios colectivos
 - 8 Comprobar que os dereitos e a igualdade para os LGTB sexan incluídos nos seus programas sindicais de educación e formación. Garantir que os representantes e os negociadores sindicais reciban formación en materia de dereitos dos LGTB

- 9 Facer que as cuestións relativas ao lugar de traballo dos LGTB sexan parte integrante das políticas sobre igualdade que poden discutirse cos empregadores. A vida laboral dos traballadores LGTB só pode mellorarse traballando conxuntamente cos empregadores co fin de enfrontar a discriminación e o acoso no traballo
- 10 Traballar en colaboración con organizacións de comunidades LGTB e ONG, e organizar con elas campañas e eventos comunitarios

Táboa 4. Decálogo de iniciativas que deberían poñer en práctica os sindicatos co fin de promoveren a igualdade das persoas LGTB no traballo. Fonte: FEDERACIÓN ESTATAL DE LESBIANAS, GAIS, TRANSEXUAIS E BISEXUAIS (s. d.) [en liña] *Diversidad sexual en el ámbito laboral*. Dispoñible no enderezo web <<http://tinyurl.com/zophj8e>>.

Todo o anterior pode complementarse cun referente ou modelo europeo, a respecto do cal decidimos achegar o exemplo máis sorprendente e emblemático, atopado no veciño país de Francia. Aquí os delegados de persoal dispoñen dun dereito de alerta en caso de discriminación. Após consultaren os empregadores, investigan conxuntamente e, a falta dunha solución, emiten un recurso ao tribunal de traballo correspondente, o cal, segundo apunta a profesora Francina Esteve «pode dispor que o empregador debe adoptar determinadas medidas para que cese a discriminación, sendo iso eficaz aínda cando as discriminacións se sigan levando principalmente ante os tribunais penais»⁴⁴.

Por tanto, podemos dicir que en Francia se lles dá potestade real de actuación aos representantes dos traballadores. Doutra banda, invístense recursos en non desbaldir os medios xurisdicionais, ao educar os empresarios nunha cultura de respecto do dereito á non-discriminación e de actuación conforme a uns patróns xustos. Definitivamente, algo para tomarmos como exemplo para seguir.

5.3. Medidas que deben tomarse no ámbito da negociación colectiva

O convenio colectivo é unha das peculiaridades do dereito laboral colectivo. En palabras de Francesco Carnelutti, os convenios «teñen alma de lei e corpo de contrato»⁴⁵. Para alcanzar este contrato –ou máis ben acordo– é necesaria a súa

⁴⁴ ESTEVE GARCÍA, F. (2008) «Las directivas europeas contra la discriminación racial y la creación de organismos especializados para promover la igualdad: análisis comparativo de su transposición en España y en Francia» *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 10. Dispoñible no enderezo web <<http://tinyurl.com/zwhte69>>.

⁴⁵ CARNELUTTI, F. (1927) *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro: lezioni di diritto industriale*. Padua, CEDAM.

negociación entre os representantes dos traballadores e os dos empresarios, ou, dito doutro xeito en moitos casos, entre sindicatos e patronal.

A negociación colectiva é ardua, posto que poñer de acordo ambas as partes nunca resulta doado, polo que as dúas deberán facer concesións. No entanto, independentemente das concesións que se fixeren, debe quedar claro que no ámbito da igualdade no traballo cómpre facer sempre mención á igualdade das persoas LGTB. No ámbito dos convenios colectivos e as súas negociacións, adoito resultou polémica a extensión dos beneficios colectivos ao colectivo LGTB, en particular canto ás coberturas á parella do mesmo sexo. Por iso, nesta sección encargáronos de estudar este fenómeno.

Gran parte dos convenios colectivos españois están xa a adoptar algunha destas fórmulas nalgún dos seus apartados: «O traballador que forme parte dunha unión estable de parella, tanto heterosexual como homosexual, terá dereito a...»; e «enténdese por unión estable de parella, para os efectos laborais fixados neste convenio colectivo, a unión estable entre un home e unha muller (unión estable heterosexual) ou a unión estable de parellas formadas por persoas do mesmo sexo (unión estable homosexual)», e entre aqueles que xa contan con elas desde hai algún tempo cabe citarmos o da Inspección Técnica de Vehículos e o de Portos do Estado e Autoridades Portuarias, vixentes desde os anos 2011 e 2006 respectivamente. Deles nos servimos para tomar exemplo de como se ha de proceder –sequera de maneira *sui generis*– a aplicar esta igualdade en todo tipo de pacto, negociación e convenio, pois mesmo se agora a lexislación protexe as parellas do mesmo sexo, non cremos que tales fórmulas deban desaparecer.

6. Conclusións

Primeira. A situación actual é froito dunha evolución lexislativa, e tamén da loita dos diversos colectivos implicados nela. Existe así mesmo unha hipertrofia normativa que xera certo caos, normalmente emendado pola xurisprudencia. Como puidemos ver, sociedades como a europea e a española aprenden, no tema da igualdade de tratamento –como en moitos outros–, a base de dereitos, no canto de dereito.

Segunda. Até hoxe non se atinxiu un recoñecemento de dereitos de equiparación do colectivo LGTB aos dereitos civís e sociais do resto da sociedade; con todo, iso non implica que a igualdade non vaia chegar a lograr o status de equidade.

Terceira. Os poderes empresariais, agrandados con cada recorte e reforma laboral –moi comúns en épocas de crise como a actual, aínda que sempre constantes–, contan

cunha gran potestade de discrecionalidade individual que adoita predominar en moitos ámbitos laborais, o que os salvagarda de moitos comportamentos homófobos e transfóbicos dentro do centro de traballo ou, sendo o exemplo máis significativo, á hora da contratación. Certo é que, como vimos neste traballo, as leis son claras a respecto da non-discriminación.

Cuarta. Cando a discriminación laboral sae á luz, os traballadores LGTB contan coa posibilidade de accederen á vida xudicial; porén, o acceso á xustiza deste colectivo adoita ser polémico. Debido á súa condición, polo xeral as persoas homosexuais ou transexuais son reticentes a interpoñeren denuncias en casos de discriminación, motivo polo cal podemos dicir que existe aínda unha lagoa xurídica. O que queda claro é que, cando menos, non é tan prominente como no caso do acoso laboral xeral –o cal adoita solapar todo tipo de discriminacións– ou o acoso sexual.

Quinta. Por último, é mester facermos referencia ao importante que é non deterse desde o punto de vista xurídico, político e social na loita contra a discriminación. A pesar dos moitos avances que se produciron, non todo está feito e é factible pensarmos que, alén de manterse a igualdade do colectivo LGTB en alza desde o punto de vista dos dereitos, son necesarias políticas públicas de igualdade como método supletorio.