

Inés Fernández Caba

Investigadora predoctoral contratada FPU
Departamento de Derecho Internacional Público y
Relaciones Internacionales
Universidad de Granada
inesfdezc@ugr.es



Inés Fernández Caba es doctoranda en el programa de doctorado de Estudios de las Mujeres, Discursos y Prácticas de Género. Asimismo, es contratada predoctoral (FPU) en el Departamento de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Se graduó en Derecho por la Universidad de Granada con estancias académicas en Trinity College of Dublin, Loyola University of Chicago y Rijkuniversiteit Groningen. Comenzó su especialización con el Máster Erasmus Mundus en Estudios de las Mujeres y Género (GEMMA), el primer año en la Universidad de Granada y el segundo en la Università di Bologna. Actualmente trabaja en su tesis desde una perspectiva feminista dentro del ámbito del Derecho de la Unión Europea.

19/05/2021

“DISCRIMINACION POR ORIENTACIÓN SEXUAL: HOMOFOBIA EN EL ÁMBITO LABORAL ITALIANO”

Resumen:

Una vez más los derechos fundamentales del colectivo LGTBI se han visto violados, y en esta ocasión ha sido en el ámbito social y laboral italiano. El litigio tiene su origen en unas declaraciones homófobas de un abogado italiano durante la retransmisión de un programa radiofónico.

Este incidente da lugar a una consulta al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, realizada por la *Corte Suprema di Cassazione*, donde se plantea si dicho comportamiento discriminatorio debería estar incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE.

Este análisis busca evaluar la respuesta del tribunal europeo y las consecuencias que puede tener en el marco de la Unión Europea, así como las propuestas que se pueden desprender de las nuevas líneas de actuación de la Unión.

Palabras clave:

Discriminación por orientación sexual; LGTBI; Directiva 2000/78/CE; Estrategia de Igualdad LGTBIQ 2020-2025

SUMARIO: 1.-Homofobia en el contexto social italiano. 2.-Análisis de la STJUE 23 Abril 2020: Asunto C-507/18. 2.1.-Antecedentes: litigio principal. 2.2.-Cuestiones prejudiciales. 2.3.-Fallo. 3.-Conclusiones extraídas del Asunto C-507/18 y un nuevo horizonte. 4.-Bibliografía.

1. Homofobia en el contexto social italiano

Varios estudios italianos han denunciado que las personas pertenecientes a minorías sexuales y de género experimentan altos niveles de opresión y de victimización en Italia, todo ello a causa de que su orientación sexual no cumple con la heteronormatividad socialmente aceptada o dado a su no conformidad con el imperativo binarismo de género (Lingiardi et al., 2016; Lingiardi, Baiocco, & Nardelli, 2012). Estas personas no se sienten seguras en un entorno que tan hostilmente las trata cuando desean expresar libremente su orientación sexual o performar (Butler, 1993) de una manera diferente a lo impuesto socialmente.

Evidentemente, la influencia de la religión católica así como la actitud desinteresada generalizada en relación a la situación de estas personas demuestra que en Italia estas minorías son mejor toleradas cuando no expresan públicamente su identidad sexual ni participan en actividades políticas que busquen mejorar sus derechos (Lingiardi et al., 2016).

Por ello, no es de extrañar que este caso surgiera en el contexto italiano a penas hace unos años, mostrándonos que aún hoy día sigue habiendo una gran discriminación — e incompreensión— hacia el colectivo LGTBIQ, que se ve relegado a vivir precariamente (Butler, 2015) dada la violencia que supone su propia existencia y libre expresión de cara a la sociedad.

2. Análisis de la STJUE 23 Abril 2020: Asunto C-507/18

2.1. Antecedentes: litigio principal

El origen del litigio fueron las declaraciones de carácter homófobo de un abogado italiano —de ahora en adelante, NH— en el transcurso de una conversación mantenida durante un programa de radio. NH profirió una serie de frases, paulatinamente incitado por el propio interlocutor, en las que sostenía su aversión genérica hacia las personas homosexuales. Es más, indicó no quererlas a su alrededor en ese bufete, ni en una hipotética selección de los colaboradores para el mismo.

En base al Artículo 2, apartado 1, letra a) del Decreto Legislativo n° 216, la *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI* —de ahora en adelante, *Associazione*— demandó a NH ante el *Tribunale di Bergamo*, entendiendo que las declaraciones del abogado eran constitutivas de una conducta discriminatorio basada en la orientación sexual de los trabajadores. El tribunal, mediante auto de 6 de agosto de 2014, declaró ilegal el comportamiento de NH y le condenó a abonar un importe en concepto de reparación del daño a la *Associazione*.

A continuación, la *Corte d'Appello di Brescia* desestimó el recurso interpuesto por NH contra el auto previamente mencionado. No obstante, el juez de apelación constató que efectivamente el abogado había proferido un conjunto de afirmaciones que discriminaban a la comunidad homosexual, mientras que no había en marcha ni programado ningún proceso de selección en el bufete de NH. Asimismo, procedió a reconocer la legitimación activa de la *Associazione* a efectos del Artículo 9, apartado 2, de la Directiva 2000/78.

Consecuentemente, NH recurrió por casación la sentencia ante la *Corte Suprema di Cassazione* invocando una errónea aplicación de:

- 1) el Artículo 5 del Decreto Legislativo n° 216, que reconocía la legitimación activa de la *Associazione*; y
- 2) los Artículos 2, apartado 1, letra a) y 3 del citado decreto, sosteniendo que había expresado una opinión sobre la profesión de abogado, sin presentarse como empleador, sino como simple ciudadano y por tanto, las declaraciones estaban completamente desvinculadas de cualquier contexto profesional.

En su respuesta, el órgano jurisdiccional precisó que cuando la discriminación en el empleo no se ejerce contra una víctima identificada, se le reconoce legitimación activa a las entidades que figuran en el Artículo 5, apartado 2, del Decreto Legislativo n° 216, ya que son representativas de los intereses de las personas perjudicadas. No obstante, declaró que dudaba sobre:

- 1) La legitimación activa de una asociación de abogados —como es el caso de *Associazione*— que tiene como objetivo principal ofrecer asistencia jurídica a las personas LGBTI, por el mero hecho de que sus estatutos establezcan que también tiene como finalidad promover el respeto de los derechos de esas personas.
- 2) Los límites impuestos al ejercicio de la libertad de expresión en la normativa que prohíbe la discriminación en el empleo y la ocupación. Entendiendo que la Directiva 2000/78 y el Decreto Legislativo n° 216 parecen normas ajenas a la libertad de expresión y quizás no pretendan limitarla. Y además, la

aplicación de ambas normas está supeditada a la existencia de un riesgo efectivo de discriminación.

2.2. Cuestiones prejudiciales

La *Corte Suprema de Cassazione*, órgano jurisdiccional remitente, ante esta disyuntiva suspendió el procedimiento y planteó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) las siguientes cuestiones:

- a) ¿Cabría interpretar el Artículo 9 de la Directiva 2000/78 en el sentido de que una asociación compuesta por abogados especializados en la representación y defensa ante los tribunales de personas pertenecientes a la comunidad LGTBI —en cuyos estatutos se prevé el objetivo de promover la cultura y el respeto de los derechos de esta categoría—, pasa automáticamente a tener legitimación activa para entablar acciones judiciales?
- b) ¿Las declaraciones del abogado —manifiestamente contrarias a las personas homosexuales—, en una entrevista durante un programa radiofónico, están comprendidas en el ámbito de aplicación de las normas de protección contra la discriminación establecidas por los Artículos 2 y 3 de la Directiva 2000/78, aunque no hubiese entonces en marcha ni programado proceso alguno de selección de personal?

2.3. Fallo

En primer lugar, en el concepto de “*condiciones de acceso al empleo (...) y al ejercicio profesional*”, contenido en el Artículo 3, apartado 1, letra a), de la Directiva 2000/78, tiene cabida las declaraciones discriminatorias efectuadas por NH durante la emisión radiofónica.

El TJUE llegó a esta conclusión tras ver que esta noción debe interpretarse conforme al lenguaje corriente, ya que no existe una definición de este concepto en la misma Directiva ni hay una remisión a los Estados miembros para definirlo. Además, observó que no puede definirse de manera restrictiva el concepto “*condiciones de acceso al empleo (...) y al ejercicio profesional*”. Por lo tanto, las declaraciones homófobas expresadas por una persona —de quien no emana la capacidad de definir una política de contratación del personal— están comprendidas en el ámbito del Artículo 3, apartado 1, letra a), de la Directiva 2000/78, ya que puede influir de manera determinante en la política de contratación de personal o en una decisión de contratación.

Por otro lado, teniendo en cuenta la naturaleza y el contenido de las declaraciones, para el TJUE era evidente que la intención de NH era discriminar. Además, señaló

que dichas declaraciones se realizaron en un medio con difusión pública, por lo que, sin lugar a dudas, tuvieron mayor repercusión.

Finalmente, el hecho de que no hubiera ninguna negociación en marcha para contratar personal cuando se realizaron las declaraciones, tampoco excluye la posibilidad de que éstas estén dentro del ámbito material de la Directiva. Sin embargo, el TJUE ha indicado que estas afirmaciones deberían poder vincularse a la política de contratación de personal, y que, por lo tanto, este vínculo deberá de ser identificado por el órgano jurisdiccional italiano que conoce del asunto.

En segundo lugar, el TJUE consideró que la anterior interpretación de la Directiva 2000/78 no queda desvirtuada por la eventual limitación al ejercicio de la libertad de expresión. Este derecho queda limitado por la Directiva, ya que se trata de un derecho absoluto y su ejercicio puede comportar limitaciones. Asimismo, las limitaciones impuestas respetan el contenido esencial de la libertad de expresión así como el principio de proporcionalidad, ya que se aplican con el fin de alcanzar los objetivos de la Directiva 2000/78 —garantizar los derechos en materia de empleo y ocupación.

En tercer lugar, el TJUE despeja las dudas sobre la legitimación de la asociación recurrente. Por un lado, el TJUE observa que el Artículo 9, apartado 2, de la Directiva 2000/78 estipula que los Estados miembros velarán porque las asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas que tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de lo dispuesto en la Directiva puedan iniciar cualquier procedimiento judicial o administrativo previsto para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de ésta. No obstante, según lo previsto en el Artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2000/78, los Estados miembros podrán adoptar o mantener disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad de trato que las previstas en esta Directiva.

Consecuentemente, el TJUE declaró que el Artículo 9, apartado 2, de la Directiva 2000/78 no se opone a que los Estados miembros reconozcan el derecho de las asociaciones que tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de la Directiva a iniciar procedimientos judiciales o administrativos que exijan el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la misma sin que sea necesario que actúen en nombre de un demandante determinado o que exista un demandante identificable.

A la luz de las consideraciones anteriores, se entiende que la Directiva 2000/78 no se opone a una normativa nacional en virtud de la cual una asociación de abogados —cuyo objeto social consiste en defender ante los tribunales a las personas pertenecientes a la comunidad LGTBIQ— tenga legitimación activa para entablar un procedimiento judicial destinado a exigir el cumplimiento de las obligaciones

derivadas de dicha Directiva. Siendo, por lo tanto, labor del Derecho italiano determinar la legitimación de las asociaciones para intervenir en este tipo de supuestos y reclamar una indemnización.

3. Conclusiones extraídas del Asunto C-507/18 y un nuevo horizonte.

Entendemos que la protección de los derechos fundamentales del colectivo LGTBIQ, en el ámbito social, se ha visto mejorada por la jurisprudencia del TJUE, con la interpretación de la Directiva 2000/78/CE sobre la igualdad de trato en el empleo y la ocupación en el Asunto C-507/18. El TJUE ha reafirmado la necesidad de proteger a las personas contra todos aquellos comportamientos que se consideren homófobos en el empleo. Asimismo, ha subrayado que cualquier tipo de declaración discriminatoria en el empleo y ocupación está prohibida bajo el Derecho de la Unión Europea.

Este fallo representa un gran avance en la aplicación de los derechos que protegen a la comunidad LGTBIQ en la Unión Europea —y en cada uno de sus Estados miembros—, ya que acentúa la importancia de proteger los derechos de estas personas, que tanto han luchado para conseguir el respeto de sus derechos y libertades.

En esta línea, el pasado mes de noviembre de 2020, la Comisión Europea presentó la *Estrategia de Igualdad LGTBIQ 2020-2025*. Se trata de un documento programático en el que se definen las líneas de actuación para estos próximos años de cara a mejorar la situación de las personas que conforman parte de esta comunidad. Ante todo, es una agenda política y normativa, que lleva años siendo reclamada por los grupos activistas y por muchos Estados miembros, que viene a dar continuidad a la *Lista de Acciones para Avanzar la Igualdad de las personas LGTBI* de 2015 —cuya vigencia finalizó en el año 2019—, y sobretodo quiere suponer un avance para la comunidad LGTBIQ, al colocar en el centro de la agenda sus derechos (Peña Díaz, 2020).

Uno de los puntos a tratar es la igualdad en el espacio laboral, en el que la Comisión Europea (2020, p.6) ha resaltado que las personas pertenecientes al colectivo LGTBIQ siguen sufriendo discriminación durante la contratación, en el lugar de trabajo y al final de su carrera, y que muchos se enfrentan a obstáculos para encontrar un trabajo justo y estable, lo que normalmente aumenta el riesgo de pobreza, exclusión social y falta de vivienda. Sin embargo, la diversidad y la inclusión en el trabajo ayudan a crear igualdad de oportunidades en el mercado laboral, a mejorar los resultados empresariales, a estimular nuevas ideas y a fomentar a una sociedad innovadora y próspera (Comisión, 2020, p.9).

Por ello, se observa que es necesaria una revisión y actualización de la Directiva 2000/78, a fin de que se contemple a todas situaciones y personas que sufren discriminación y precariedad a causa de su orientación sexual.

Por otro lado, la Comisión (2020, p.8) no ha querido dejar pasar la oportunidad para recordar al Consejo que en el año 2008 se hizo una interesante propuesta que podría ayudar a complementar y completar a los otros instrumentos legales europeos: la Directiva de Igualdad de Trato. Ésta supondría una protección legal extensa dentro del marco de la Unión contra las discriminaciones que puedan darse en el ámbito laboral y vocacional—considerando entre éstas, la discriminación por orientación sexual.¹

Por lo tanto, podríamos decir que la Unión Europea está dando pasos para integrar y proteger a las personas que representan al colectivo LGTBIQ. Si bien aún falta mucho por andar, podemos celebrar la *Estrategia de Igualdad LGTBIQ 2020-2025*, pero siempre con un espíritu crítico, ya que debemos exigir que las palabras se materialicen en hechos. No queremos una Unión en cuya fachada se publicite la libertad de expresión y la igualdad, mientras se siguen tolerando comportamientos y discursos anti-LGTBIQ por parte de algunos Estados miembros.

4. Bibliografía

Comisión Europea (2020). *Unión de Igualdad: Estrategia de Igualdad LGTBIQ 2020-2025*. COM(2020) 698 final.

Butler, Judith (1993). *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del 'sexo'*. Ediciones Paidós: Buenos Aires.

Butler, Judith (2015). *Notes Toward a Performative Theory of Assembly*. Cambridge, Londres: Harvard University Press.

Lingiardi, V., Baiocco, R., & Nardelli, N. (2012). Measure of internalized sexual stigma for lesbians and gay men: A new scale. *Journal of Homosexuality*, 59(8), 1191–1210. <https://doi.org/10.1080/00918369.2012.712850>

Lingiardi, V., Nardelli, N., Ioverno, S., Falanga, S., Di Chiacchio, C., Tanzilli, A., & Baiocco, R. (2016). Homonegativity in Italy: Cultural issues, personality characteristics, and demographic correlates with negative attitudes toward lesbians

¹ Sin embargo, la razón por la que aún no se haya aprobado radica en que se debe respetar el Artículo 19, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que exige una unanimidad en el Consejo de la Unión Europea —y si ésta no se consiguió en 2008, quizá sea más que improbable conseguirlo ahora, dadas las circunstancias de la Unión con el deterioro de la democracia y la crisis del estado de derecho.

and gay men. *Sexuality Research & Social Policy*, 13(2), 95–108. <https://doi.org/10.1007/s13178-015-0197-6>.

Peña Díaz, Francisco de Asís (2020). “La Estrategia LGTBI de la UE en 10 claves”, *Queerídico*, 18 noviembre. <https://queeridico.es/estrategia-lgtbi-de-la-ue-en-10-claves/> (Acceso 30 abril 2021)