

«ORIENTACIÓN» Y «CONDICIÓN SEXUAL» EN LA REFORMA LABORAL DE 2010: SU TRASCENDENCIA PRÁCTICA

MARÍA PEÑARANDA ORTEGA

*Departamento de Psicología Básica y Metodología.
Facultad de Psicología. Universidad de Murcia*

ALEJANDRA SELMA PENALVA

*Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Facultad de Derecho. Universidad de Murcia*

Extracto:

CON finalidad de intensificación de los compromisos en materia de igualdad el legislador, a través de la Ley 35/2010, modifica entre otros el artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores, que proclama el derecho a la no discriminación en las relaciones laborales. Con este cambio de redacción, se intenta perfeccionar al máximo la tradicional enumeración de las posibles causas de discriminación relacionadas con motivos de género y, por ese motivo, se introduce un concepto nuevo («condición sexual») a través del cual, y complementando al «sexo» y a la «orientación sexual» como motivos de discriminación independientes, se pretende ofrecer una visión lo más perfecta posible de todas aquellas circunstancias personales que en la práctica pueden dar lugar a motivos de discriminación, directa o indirectamente vinculados al sexo de un trabajador. Lo curioso del problema de delimitación de conceptos que ocupa estas líneas es que, intentando eliminar cualquier laguna de protección ante la discriminación laboral que todavía pudiera afectar a ciertos colectivos que únicamente tratan de desplegar ciertas facetas relacionadas con el libre desarrollo de su personalidad, lo que ha hecho realmente el legislador es dar respuesta a una situación que, por el momento, apenas había planteado problemas en la esfera laboral.

Palabras clave: discriminación, orientación, identidad y condición sexual.

«ORIENTATION» AND «SEXUAL STATUS» IN THE LABOUR REFORM OF 2010: ITS PRACTICAL SIGNIFICANCE

MARÍA PEÑARANDA ORTEGA

*Departamento de Psicología Básica y Metodología.
Facultad de Psicología. Universidad de Murcia*

ALEJANDRA SELMA PENALVA

*Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Facultad de Derecho. Universidad de Murcia*

Abstract:

WITH the aim of strengthening gender equality commitments, the legislature, through Act 35/2010 amending the art. 17 ET, which proclaims the right to non discrimination in employment relations.

This change of wording try to refine the traditional full list of possible causes of discrimination relating to gender, and for that reason, introduce a new concept («sexual status») through which, and complementing «sex» and «sexual orientation» as a single discrimination cause, to offer a perfect picture of all personal circumstances may in fact lead to grounds of discrimination, directly or indirectly linked to the sex of the worker.

The problem is the delimitation of concepts, trying to eliminate any gaps in protection against employment discrimination may still affect certain groups try to display only certain aspects related to the free development of his personality, for that reason we argue that the legislature has respond to a situation, in which there were hardly any problems in the labor field.

Keywords: discrimination, orientation, sexual identity and sexual status.

Sumario

1. Consideraciones preliminares: la finalidad de la nueva redacción del artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores.
2. El género como factor de discriminación.
3. Los conceptos de «orientación» y «condición sexual» en psicología.
 - 3.1. Orientación sexual vs. condición sexual. Cuestiones introductorias.
 - 3.2. Términos y expresiones empleados en psicología para definir distintos aspectos vinculados al libre desarrollo de la personalidad.
 - 3.3. Toma de posición: delimitación de conceptos.
4. Trascendencia práctica del cambio.
5. Conclusiones.

Bibliografía.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: LA FINALIDAD DE LA NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 17 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

A pesar de que los medios de comunicación no hayan hecho demasiado eco de ello, se aprecia a primera vista que intensificar las obligaciones empresariales en materia de igualdad efectiva entre hombres y mujeres es uno de los objetivos que han inspirado la última reforma laboral. Y es que al margen de las modificaciones tan comentadas en materia de flexibilización del despido por causas económicas, intensificación de la protección de los contratos temporales o ampliación subjetiva del ámbito subjetivo del contrato para el fomento de la contratación indefinida, la nueva Ley 35/2010, con la que se ratifican las medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo adoptadas por el Gobierno en forma de Real Decreto-Ley 10/2010, se han aprobado también otras muchas modificaciones de la legislación laboral en materias diversas. En concreto, también el legislador aprovecha esta última reforma laboral para intensificar el deber de cuidado de las empresas a la hora de garantizar estrictamente el derecho a la igualdad y no discriminación en el ámbito del mercado de trabajo, independientemente de la circunstancia personal o social de la que pudiera derivar dicha diferencia de trato injustificable.

Así, son muy diversos los preceptos que en la Ley 35/2010, en relación con temas variados, recuerdan la obligación de respetar en todo momento el principio de no discriminación, bien en el momento de acceso al empleo, bien durante el desarrollo de una relación laboral. En particular, la no discriminación por razón de sexo se erige expresamente como uno de los principios básicos que han de orientar la «intermediación laboral», las distintas políticas activas de empleo, y las relaciones entre trabajadores en misión, empresas de trabajo temporal y empresas usuarias. Pero no es este el único motivo de discriminación que puede presentarse en el ámbito de una relación laboral, y el legislador, consciente de ello, orienta la reforma de ciertas expresiones legales al legítimo fin de facilitar que la igualdad efectiva en el empleo (cualesquiera que sean las circunstancias o vicisitudes que rodeen la relación laboral) sea un hecho confirmado.

No se puede negar que ya el artículo 14 de la Constitución Española (CE) imponía unas obligaciones esenciales que debían regir sobre cualquier ámbito de actividad, incluyendo, como es obvio, el campo de las relaciones laborales y profesionales. Ahora bien, con finalidad de intensificación de los compromisos en materia de igualdad el legislador decide hacer hincapié sobre determinados aspectos y, por ello, dedica una disposición específica de la Ley 35/2010, la disposición adicional undécima, a modificar determinados preceptos del Estatuto de los Trabajadores (ET). En concreto, quedan afectados los artículos 17 del ET (derecho a la no discriminación en las relaciones laborales), 22.4 del ET (clasificación profesional), 23.2 (promoción y formación profesional en el trabajo) y 24.2 (ascensos en la empresa). Como se puede deducir de la redacción literal del nuevo texto de los artículos modificados, la intención del legislador parece ser no ya la de introducir verdaderos cambios en el régimen jurídico de la promoción profesional, la formación en el trabajo o la clasificación profesional, sino más bien la de simplemente acentuar las obligaciones empresariales y los derechos laborales en materia de igualdad de trato por razón de género en dichas materias.

Resulta curioso destacar que las modificaciones que finalmente ha introducido en el ordenamiento laboral la Ley 35/2010 en materia de igualdad de género son mucho más numerosas que las que inicialmente se esperaban, puesto que no se preveía ninguna modificación del artículo 17 del ET en el Real Decreto-Ley 10/2010, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo. A pesar de ello, la última reforma legislativa, con ánimo clarificador, aprovecha para intentar mejorar la redacción del citado artículo 17 del ET, con el fin de eliminar los últimos resquicios de indefinición en los que todavía en el siglo XXI podían ocultarse formas de discriminación.

Así, a partir de la entrada en vigor de la Ley 35/2010, el artículo 17 del ET, en el que se plasma el principio de no discriminación en las relaciones laborales, va a caracterizarse por la minuciosidad en la enumeración de los posibles factores de desigualdad. En concreto, mientras el artículo 14 de la CE, al proclamar que todos los españoles son iguales ante la ley, expresamente indica que no podrá existir discriminación alguna «por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social», al transponer dicha prohibición de no discriminación al ámbito de las relaciones laborales el artículo 17 del ET intenta ser mucho más preciso, hasta el punto de que desglosa al máximo las causas de discriminación prohibidas en el artículo 14 de la CE.

Es decir, el nuevo artículo 17 del ET lo que hace es concretar cuáles son aquellas circunstancias personales o sociales a las que hace referencia el artículo 14 de la CE que puedan suponer factores de discriminación en el ámbito de las relaciones laborales y dispone: «se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español».

Como claramente se distingue, a raíz de la entrada en vigor de la última reforma laboral, la tradicional enumeración de las posibles causas de discriminación relacionadas con motivos de género, se intenta perfeccionar al máximo introduciendo ciertos conceptos, de algún modo, afines o complementarios entre sí, que pretenden ofrecer una visión lo más completa posible de todas aquellas circunstancias personales que en la práctica pueden dar lugar a motivos de discriminación, directa o indirectamente vinculados al sexo de un trabajador. Así, esta nueva redacción, aunque mantiene sustancialmente las líneas esenciales de la anterior, modifica la enumeración de las causas de discriminación laboral que en dicho precepto se concretan. Y esta modificación afecta básicamente a tres cuestiones:

- 1.º Cambia la configuración legal de la discriminación «por razón de sexo».
- 2.º Se incorpora el concepto de «condición sexual», novedoso en nuestro ordenamiento jurídico.
- 3.º Se especifica, esta vez de forma clara, concreta y acertada, que uno de los motivos de discriminación puede estar provocado no solo por mantener «vínculos de parentesco con otros

trabajadores de la empresa» (como disponía literalmente el artículo 17 del ET antes de su reforma) sino ya «con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa» en general, utilizando así una fórmula mucho más amplia y más representativa del abanico real de supuestos de discriminación derivados de relaciones familiares o sociales en el entorno de la empresa.

2. EL GÉNERO COMO FACTOR DE DISCRIMINACIÓN

Obviamente, al modificar el artículo 17 del ET, lo que se ha pretendido es intentar ejemplificar en el propio texto del ET distintas circunstancias que en realidad constituyen manifestaciones propias del «libre desarrollo de la personalidad» de una persona (art. 10.1 CE) y que son necesarias para lograr implantar aquellas «condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en los que se integra sean reales y efectivas» (art. 9.2 CE).

A estos efectos, resulta interesante resaltar que, al enumerar los distintos motivos de discriminación, también la redacción literal del primer párrafo del artículo 17.1 del ET experimenta ligeros cambios: en primer lugar, la diferenciación tradicional entre discriminación «por circunstancias de sexo» se sustituye por discriminación «por razón de sexo», queriendo con este cambio el legislador no solo reiterar una redacción muy similar a la utilizada por el artículo 14 de la CE, sino también utilizar un concepto, si cabe, más genérico y, con ello, resaltar tácitamente la prohibición de discriminación indirecta derivada de ciertos factores personales vinculados a rasgos físicos unidos al sexo de una persona (como pueden ser la fuerza física, las etapas de gestación o lactancia, etc.).

Pero lo verdaderamente importante es que con estos intentos de claridad y ejemplificación al enumerar los factores de discriminación, el legislador va todavía mucho más lejos y llega al extremo de introducir un nuevo concepto, hasta ahora desconocido en nuestro ordenamiento jurídico: la «condición sexual». Así, desde la entrada en vigor de la última reforma laboral, la simple discriminación por razón de «orientación sexual» del trabajador, se completa, distinguiendo entre discriminación derivada de la «orientación sexual» del trabajador y la discriminación debida a su «condición sexual». Ahora bien, aunque resulten loables los esfuerzos del legislador por intentar concretar y eliminar cualquier forma de diferenciación de trato entre trabajadores vinculada a motivos relacionados con el libre desarrollo de su personalidad, en esta ocasión, diferenciar entre «orientación» y «condición» sexual (sobre todo teniendo en cuenta que la discriminación por «razón de sexo» se enumera como causa de discriminación independiente) resulta una labor muy compleja, que implica forzar al máximo el sentido literal de estos términos.

3. LOS CONCEPTOS DE «ORIENTACIÓN» Y «CONDICIÓN SEXUAL» EN PSICOLOGÍA

Con carácter general, el legislador actúa para dar respuesta a las necesidades sociales que progresivamente se van demandando conforme evoluciona una sociedad. Y esto es precisamente lo que

ha ocurrido a través de la nueva redacción del artículo 17 del ET: por motivos de claridad se ha intentado recoger expresamente en el texto de la ley distintas formas de discriminación que hasta ahora quedaban reflejadas solo de forma tangencial. Gracias a esta voluntad de actualización de la normativa vigente al ritmo de la evolución social tiene por primera vez entrada en nuestro ordenamiento jurídico el término «condición sexual». Sobre esta cuestión no se puede dejar de advertir que, a pesar de que en esta nueva redacción del artículo 17 del ET se utiliza una expresión muy similar a la empleada en el artículo 14 de la CE (que ya hace referencia a «cualquier otra condición o circunstancia personal o social»), ninguna norma hasta ahora vigente utilizaba el sustantivo «condición» acompañado del adjetivo calificativo que ahora se utiliza. Y más aún: si ningún precepto normativo había incluido hasta ahora la expresión «condición sexual», lógicamente tampoco se podía contar con una definición auténtica que clarificara su sentido. Es decir, la Ley 35/2010 introduce un nuevo concepto jurídico, desconocido hasta ahora, y, pese a ello, no incluye en la nueva redacción del artículo 17 del ET una definición que clarifique y concrete el alcance real de la citada referencia. De tal forma, nos encontramos ante un nuevo concepto jurídico indeterminado y, como tal, su sentido deberá integrarse aplicando las reglas de interpretación de las normas jurídicas ¹.

A estos efectos conviene tener presente que la última reforma del Código Penal ya introduce una diferenciación minuciosa entre los distintos motivos de discriminación vinculados directa o indirectamente con motivos de género, pero en este caso diferencia tan solo entre «sexo, orientación o identidad sexual» ². Se intuye entonces que los conceptos utilizados respectivamente por la reciente ley de reforma del Código Penal como por la nueva ley de reforma laboral de «identidad» y «condición sexual» son sustancialmente afines, aunque no necesariamente idénticos.

El problema se plantea porque, ante la ausencia de una definición legal, ni atendiendo a los términos utilizados en psicología, ni recurriendo a conceptos sociales coloquiales, existe por el momento una noción asentada de «condición sexual» que pueda tomarse como punto de referencia para intentar completar y clarificar el nuevo sentido del artículo 17 del ET. Inoperantes tanto «el sentido literal de las palabras», como «los antecedentes históricos y legislativos», entre los criterios de interpretación proclamados por el Código Civil, queda únicamente recurrir a «la realidad histórica» en que debe ser aplicada la norma en cuestión, y al «espíritu y finalidad» que la justifica para dotar de sentido a la nueva expresión de «condición sexual». Y en dicha valoración resulta esencial utilizar nociones de psicología básica relacionadas con la faceta sexual del ser humano.

3.1. Orientación sexual vs. condición sexual. Cuestiones introductorias

La persona es sexuada y sexual desde que nace hasta que muere. Esta sexualidad, determinada de manera biológica, social y cultural, se va construyendo de manera flexible según las ideas,

¹ Tal y como indica el artículo 3.1 del Código Civil, «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas».

² En concreto, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, el nuevo artículo 22.4.^º del Código Penal incluye, entre las circunstancias agravantes, la siguiente: «cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, la enfermedad que padezca o su discapacidad».

creencias y conceptos que se manejan en las experiencias vividas en la propia vida. Por lo tanto, la sociedad y la cultura que rodean al aprendizaje diario de un ser humano configuran buena parte de su sexualidad entendida como vivencia y expresión de la misma (Arnaiz KOMPANIETZ, 2010).

No obstante, y aunque la realidad sexual de los seres humanos mantenga unos patrones diferentes para cada persona, estos pueden ser estudiados, pues ciertas características y disposiciones nos permiten englobarlos como constantes, tangibles, medibles y analizables. El estudio de la sexualidad y el sexo son objeto de exploración para la ciencia, pero como realidad circundante a nuestra propia vida, a veces se hace difícil entenderla y asumirla.

Las disposiciones sexuales globales de nuestra especie devienen en esquemas individuales propios de cada persona, con cualidades particulares propias de cada cual. Pero no solemos ser conscientes de la magnitud de tal evento. Es decir, la propia sexualidad nos determina en todos los aspectos de la vida, pero es difícil tal asunción pues sentimos que somos individuos que obedecemos a nuestras propias metas y necesidades. No es real que la totalidad de nuestra conducta y personalidad navega en un libre albedrío, sin influencia de la genética, la sociedad o el propio aprendizaje. Creemos que lo propio no es ajeno, sino que es creado y formulado según nuestro capricho. No somos realistas con nuestra parte sexual determinada previamente a nuestra individualidad. Es más, como seres sexuados nos cuesta pensar y admitir que la propia realidad sexual ha sido de algún modo determinada, hasta tal punto que incluso a veces ciertos patrones impropios son cuestionados o no entendidos. Y sin embargo, nuestra actitud sexual puede ser construida y deconstruida según las necesidades que nuestra realidad experimente.

Los términos «orientación sexual» y «condición sexual» suelen, como se ve en la práctica, ser mezclados y usados indistintamente para referirse a muy diferentes hechos sexuales. Creemos, por tanto, necesario realizar una reseña sobre los conceptos que se intercalan en la naturaleza sexual de los individuos. Así, podremos comprender las diferencias que existen entre estas dos palabras.

3.2. Términos y expresiones empleados en psicología para definir distintos aspectos vinculados al libre desarrollo de la personalidad

Como punto de partida, resulta interesante advertir que el legislador ha optado por incluir en el texto de la ley una expresión («condición sexual») que hasta ahora no se utilizaba en el ámbito de la psicología, por lo que no existe un concepto claro que dote de sentido unívoco a este nuevo significante.

La Real Academia Española (RAE) define «sexo» como: «1. Condición orgánica, masculina o femenina, de los animales y las plantas. 2. Conjunto de seres pertenecientes a un mismo sexo». Por lo tanto podemos asumir que el sexo, que distingue a los seres humanos en varón o mujer, viene definido por sus particularidades biológicas específicas de cada ser humano. Aludimos por tanto a nuestra femineidad o masculinidad biológica, por lo que se vincula a los atributos físicos de cada individuo (LABRADOR, 2000). Cuando ciertas características sexuales de ambos sexos se comparten de

forma simultánea en el mismo individuo, se llama a este intersexual; entre otros ejemplos, aquí se encuentra el hermafroditismo.

Y como ya Simone de BEAUVOIR pronosticó, no todo depende de la biología con la que hemos sido dotados al nacer: «No se nace mujer, sino que se deviene» (BEAUVOIR, 1949). Así que no toda nuestra sexualidad se encuentra definida por el sexo, sino también por el «género». Cuando hablamos de este nos referimos a las características psicológicas y socioculturales ligadas a nuestro sexo. Es la experiencia psicológica de ser hombre o mujer, es decir, la masculinidad y la feminidad. Solemos creer que las características masculinas son más adecuadas que las marcadamente femeninas para desarrollar nuestro cometido en esta sociedad y solucionar los problemas que se nos plantean diariamente. Pero las diferencias entre los géneros son patentes y reales, biológicamente dispuestas, asimétricas y socialmente construidas (PINKER, 2009).

Por contra, «identidad de género» es la propia experiencia personal subjetiva que tenemos sobre el hecho de ser hombre o mujer (LABRADOR, 2000). Esta reflexión personal sobre nosotros mismos nos crea una autorespuesta sobre si nos sentimos varón o mujer. Generalmente, y desde la más tierna infancia, las personas son conscientes de si son hombre o mujer. Pero la identidad de género no tiene por qué coincidir con el sexo, de hecho una pequeña proporción de la población alude a diferencias entre su identidad de género y su sexo. Quienes son biológicamente hombres pero refieren una identidad de género femenino, y viceversa, son denominados transexuales.

El «rol de género» (también denominado rol sexual) hace referencia a las conductas realizadas a nivel personal, familiar, grupal y social que se muestran coherentes con nuestro patrón definido de ser hombre o mujer (CROOKS y BAUR, 2000). También, estas conductas se consideran apropiadas para la cultura en la que el individuo se encuentra. La conducta socialmente aprobada para un hombre es la masculina, mientras que la conducta femenina es la deseable para una mujer. Tal y como la antropóloga Margaret MEAD bien nos mostró, estas conductas cambian de una sociedad a otra, pues vienen definidas culturalmente. Así, en Nueva Guinea, ningún miembro de la cultura arapesh es hostil ni agresivo, ya que prevalecen la expresión de los sentimientos, la amabilidad y la colaboración entre todos ellos. Podríamos afirmar que todos sus integrantes tienen estereotipos marcadamente femeninos. La tribu Mundugumor, sin embargo, suelen ser muy hostiles, agresivos físicamente y competitivos, tanto hombres como mujeres, lo que los definiría como masculinos. Y los tchambuli, a pesar de mostrar diferencias entre roles de género de hombres y de mujeres, forman una sociedad matriarcal, donde los hombres se dedican al acicalamiento y las mujeres al trabajo y a cuestiones de índole más práctica que sus homólogos más pasivos (MEAD, 1935). Tres sociedades que simplemente se diferencian en nuestros cánones socialmente aceptados.

Más que una dicotomía masculino-femenino, actualmente se considera que el rol de género se desliza en un *continuum*, pues todos los seres humanos disponen de estereotipos femeninos y masculinos que pueden incluso fortalecer su desenvolvimiento social (VALCUENDE DEL RÍO y BLANCO LÓPEZ, 2003). A las personas cuyos rasgos externos no corresponden con una marcada feminidad o masculinidad se las denomina andróginas, siendo este un patrón muchas veces más equilibrado que el de la persona que se encuentra posicionada extremadamente como femenina o masculina.

3.3. Toma de posición: delimitación de conceptos

Entendemos la «orientación sexual» como el conjunto de las propias características psicológicas que nos hacen mover hacia una u otra preferencia sexual y/o amorosa (LABRADOR, 2000). Así, ciertos sentimientos, motivaciones, y necesidades, nos hacen mostrar una clara tendencia a preferir parejas, o bien de nuestro mismo sexo, o bien de distinto sexo al nuestro. A esta preferencia sexual se le denomina homosexualidad y heterosexualidad respectivamente. También existen otras categorizaciones, como la preferencia indistinta hacia uno u otro género, denominado bisexualidad, o la asexualidad, que respondería a una no necesidad de orientación o preferencia por una pareja sexual, incluyendo comportamientos de celibato, falta de masturbación y ausencia de apetito sexual o atracción romántica amorosa hacia otro ser.

Para concretar el término «condición sexual» propuesto en la Ley 35/2010, debemos trazar la definición de su primer vocablo. Según la RAE, «condición» hace referencia a: «1. Índole, naturaleza o propiedad de las cosas. 2. Natural, carácter o genio de las personas». Por lo tanto, podríamos entender la condición sexual humana como el término anteriormente descrito como sexo, tal que este configura biológica, genética y hormonalmente a los individuos. También podríamos referenciar la expresión «condición sexual» en psicología como los factores que rodean el estado o la situación sexual de la persona, de forma que la «condición sexual» de un sujeto será diferente dependiendo de las situaciones y circunstancias variadas, y dependientes de la sociedad y la cultura en las que ese individuo se encuentre inmerso.

Por lo tanto, a la hora de intentar diferenciar ambos términos, podríamos considerar la «orientación sexual» como el motor que activa motivacional e instintivamente a las personas, provocando que estas se sientan atraídas hacia personas del mismo o diferente sexo, mientras que la «condición sexual» vendría representada por una cualidad intrínseca al propio individuo, en tanto que alude a sus rasgos físicos, genéticos u hormonales: biológicos, en definitiva. La línea divisoria entre ambos términos es sustancial, permitiendo, además, abarcar una serie de categorías en la sexualidad que anteriormente no se contemplaban. Es decir, podría afirmarse que el término «orientación sexual» hace referencia a una condición extrínseca del sujeto (que se proyecta en su atracción por personas de uno u otro sexo) y en cambio, cuando se utiliza la expresión «condición sexual» se está aludiendo a la cualidad intrínseca del individuo vinculada a su propia condición genética o biológica, o bien como resultado de la relación del sujeto con el ambiente en el que se encuentra envuelto (que obviamente viene condicionada por los factores de índole cultural o social que rodean a cada persona). En sentido estricto, la expresión «orientación sexual» haría referencia únicamente a la heterosexualidad/homosexualidad de un sujeto. En cambio, el concepto «condición sexual» de un sujeto presenta contornos mucho más amplios e indeterminados por tanto que el clásico concepto de «orientación sexual»³.

³ De manera meramente ejemplificativa, pues podrían existir más referentes de los que se citan a continuación, podrían considerarse situaciones, circunstancias o características vinculadas a la categoría de «condición sexual» las siguientes.

1. Alteraciones genotípicas:

- a. Síndrome de Turner o monosomía x.
- b. Síndrome de Swyer o disgenesia gonadal 46 Xy.
- c. Síndrome del Triple x.

- d. Síndrome de Klinefelter.
 - e. Síndrome Xyy.
 - f. Síndrome del cromosoma x frágil o síndrome de Martin-Bell.
- 2. Alteraciones fenotípicas:**
- a. Clítoris hipertrófico.
 - b. Agenesia Vaginal.
 - c. Micropene.
 - d. Cliptorquidia.
 - e. Pseudohermafroditismo masculino o síndrome de Morris.
 - f. Pseudohermafroditismo femenino o síndrome adrenogenital.
 - g. Hermafroditismo.
- 3. Trastornos o patologías adquiridas:**
- a. Síndrome de Seehan.
 - b. Elefantiasis.
- 4. Trastornos Psicológicos:**
- a. Problemas de la identidad sexual.
 - i. *Transexualismo.*
 - ii. *Travestismo.*
 - b. Parafilias:
 - i. *Exhibicionismo.*
 - ii. *Fetichismo.*
 - iii. *Frotteurismo.*
 - iv. *Sadismo.*
 - v. *Masoquismo.*
 - vi. *Voyeurismo.*
 - vii. *Pedofilia.*
 - viii. *Ninfomanía/Satiriasis.*
 - ix. *Fetichismo transvestista.*
- 5. Culturales y/o sociales:**
- a. Otras opciones de vivencia de la sexualidad a la socialmente establecida como norma:
 - i. *Asexualidad.*
 - ii. *Celibato.*
 - iii. *Onanismo.*
 - b. Otras opciones de relación sexual:
 - i. *Intercambio de parejas (swingers).*
 - ii. *Relación de tríos, etc.*
 - iii. *Relación de pareja de hecho.*
 - iv. *Relación de pareja abierta.*

Según el *Manual Diagnóstico de Trastornos Mentales* (DSM-IV-TR) será calificada una conducta como «parafilia» cuando, además de sus características propias concurren simultáneamente dos requisitos: 1. Durante un periodo de al menos seis meses, fantasías sexuales recurrentes, impulsos sexuales o comportamientos ligados al hecho propio de esa parafilia. 2. Estas fantasías, los impulsos sexuales o los comportamientos provocan malestar clínicamente significativo o deterioro social, laboral o de otras áreas importantes de la actividad del individuo. Es decir, para calificar una conducta como «parafilia» (entendida como un trastorno psicológico) no se evalúa tan solo la actividad del individuo sino la situación de rechazo o aversión que la manifestación de una parafilia por parte de un individuo provoca en su puesto de trabajo.

Acerca de esta cuestión, lo que no se puede olvidar es que determinadas conductas, al margen de ser calificadas como «parafilias» en psicología, también están tipificadas como delictivas en el vigente Código Penal. En concreto, existen únicamente dos parafilias contempladas en nuestro ordenamiento jurídico como delitos: la pedofilia y el exhibicionismo. Teniendo en cuenta esta circunstancia, las parafilias que al mismo tiempo integran el supuesto de hecho de un tipo penal tendrán repercusiones laborales cuando se desarrollen en lugar de trabajo (puesto que obviamente constituyen una clara transgresión de la buena fe contractual que legitimaría el despido disciplinario) y también, independientemente de donde se hayan desarrollado los hechos, cuando se inicie la tramitación de un proceso penal por esta causa y en virtud de dicho procedimiento se acuerde la privación de libertad del trabajador (puesto que este hecho motivaría la suspensión de la relación laboral) o cuando exista sentencia condenatoria al respecto, en cuyo caso el empresario está legitimado para extinguir el vínculo laboral invocando bien el artículo 54.2 a), bien el 54.2 d) del ET [cfr. 45.1.g) ET].

4. TRASCENDENCIA PRÁCTICA DEL CAMBIO

Es cierto que ninguna norma puede contemplar ni prever absolutamente todas las controversias que se puedan suscitar entre los ciudadanos. De tal forma, por mucho que se intente completar y clarificar la legislación laboral siempre existirán determinadas parcelas sobre las que no exista una regulación expresa. Y es que el ámbito de las relaciones laborales resulta ser notablemente casuístico, por lo que resulta imposible plasmar reglas generales de eficacia universal.

Teniendo en cuenta esta situación, ha sido la jurisprudencia española la que, a golpe de sentencia, ha ido en muchos casos perfilando el contorno de las disposiciones laborales y concretando su trascendencia práctica. Como prueba de ello se pueden mencionar las distintas modalidades de «discriminación por razón de sexo» que progresivamente han ido reconociendo –y protegiendo– jueces y tribunales.

Este es el caso, entre otros, de las posibles diferencias de trato u obstáculos a los que se pudieran enfrentar las trabajadoras que se estuvieran sometiendo a un tratamiento de fecundación artificial, que hoy en día quedan claramente amparados por el derecho del trabajador a no recibir un trato discriminatorio por razón de sexo⁴. Con la misma finalidad de tutela, jurisprudencialmente se reconoce, cuando concurrieran requisitos muy específicos, el derecho a acceder a la pensión de viudedad a aquellos convivientes de hecho del mismo sexo que no pudieron contraer vínculo conyugal por no haberse aprobado todavía en España el matrimonio homosexual⁵.

Ahora bien, es cierto que todavía quedan ciertas zonas ambiguas, en las que podían producirse diferencias injustificadas de trato en el ámbito laboral, que estrictamente no se podía considerar ni discriminación «por razón de sexo» ni tampoco por motivo de la «orientación sexual» del trabajador. Este es concretamente el caso de los transexuales, que con cierta frecuencia reclaman ante la

Ahora bien, también se debe tener en cuenta que, tanto el principio de «presunción de inocencia» (24 CE) como la función de «reeducación y reinserción social» que, por imperativo constitucional (25.2 CE), caracteriza a las penas privativas de libertad, modulan las consecuencias de este tipo de comportamientos delictivos en el entorno del autor, incluyendo las que afectarían sobre su entorno laboral. Así, por ejemplo, no existirá causa de despido solo por el hecho de que se tenga conocimiento en la empresa de que uno de sus trabajadores hubiese cumplido en su momento condena acusado de un delito de pedofilia, o hubiese sido sancionado en el pasado por exhibicionismo, ni tampoco cuando tan solo existen sospechas de su preferencia por este tipo de aversiones, sin pruebas concretas que fundamenten la imputación del sujeto. En concreto, son los artículos 185 y 186 del vigente Código Penal los que regulan «los delitos de exhibicionismo y provocación sexual», por su parte, la pedofilia se encuentra actualmente tipificada como «agresión sexual» (180.1.3º del Código Penal), como «abuso sexual» (art. 181.3), o como «corrupción de menores» (187 y 189 del citado código).

Por otra parte, se debe tener presente que otro tipo de parafilias (en este caso el sadismo, masoquismo, voyeurismo) no integran por sí mismos ningún tipo penal, pero sí pueden llegar a hacerlo alguna de sus manifestaciones extremas (dando lugar a un delito o falta de lesiones a un atentado sobre el derecho a la intimidad de la persona observada).

⁴ Así lo entienden, entre otras, las SSTSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 8 de octubre de 2008 (AS 2009/276) y de 21 de marzo de 2006 (AS 2006/1676).

⁵ Y es que una vez que entró en vigor la modificación del Código Civil que permite contraer matrimonio a personas del mismo sexo, el cambio de sexo de uno de los cónyuges no resulta en absoluto necesario para que dos personas del mismo sexo cromosómico puedan contraer matrimonio y así, en su caso, acceder en su momento a la pensión de viudedad. A modo de ejemplo, véase, entre otras, las STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 20 de marzo de 2006 (AS 2006/2635) y la Sentencia del Juzgado de lo Social de Palma de Mallorca, de 26 de enero de 2006 (AS 2006/581).

jurisdicción social el reconocimiento de su derecho a la igualdad de trato, pero no es el único posible, que en teoría, pudiera plantarse ⁶.

De tal forma, la nueva expresión «condición sexual» vendría destinada a amparar precisamente a este abanico de supuestos (tal y como se ha expuesto) en los que un trabajador pudiera sufrir una diferencia de trato derivada de uno de sus rasgos físicos o psíquicos vinculados, directa o indirectamente, con su faceta sexual.

Y es que estrictamente, cuando una persona se somete a un proceso de cambio de sexo (clínico en primer lugar y jurídico a continuación), a todos los efectos pasa a ostentar su nuevo género en todos los ámbitos de su vida, quedando dentro del estricto ámbito de su intimidad su condición anterior ⁷. Así, solo podría alegar discriminación por razón de sexo cuando sea provocada estrictamente por su nuevo sexo y no por el cambio en sí. De este modo, tampoco las conductas discriminatorias provocadas directa o indirectamente por la condición de transexual (teniendo en cuenta que el cambio de sexo se produce con plenos efectos en todos los ámbitos de la vida de un sujeto) tienen cabida dentro de la expresión «orientación sexual», puesto que la persona en cuestión, en muchos casos, debido a su cambio de sexo, habrá pasado también de «homosexual» a «heterosexual».

Con la expresión «condición sexual» pasan a concretarse, por ejemplo, diversas causas de discriminación laboral que se sustentan en ciertos hechos del pasado de una persona (como es su nacimiento con un sexo distinto), y que en la mayoría de los casos vienen motivadas bien por la apariencia externa que mantiene el sujeto después del cambio, bien por los altibajos que caracterizan al periodo de adaptación psicológica que se ha de superar para acostumbrarse a su nueva condición (dado que puede provocar situaciones de inestabilidad emocional que repercutan en el desarrollo de su prestación laboral o en el trato con el resto de trabajadores de una empresa) ⁸.

Ahora bien, pese a que se incluyan nuevos conceptos en el artículo 17 del ET con intención de detallar el máximo de formas posibles de discriminación vinculadas a rasgos de la personalidad de una persona, lo que no ha variado es la necesidad de aportar, sea cual sea la causa que se alegue, indicios suficientes que aporten un *fumus boni iuris* de que tal causa de desigualdad de trato injustificada ha existido ⁹.

⁶ Es muy importante tener en cuenta que el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 176/2008, de 22 de diciembre (RTC 2008/176), ha reconocido que la discriminación por cambio de sexo es una circunstancia incluida en la cláusula «cualquier otra condición o circunstancia personal o social» incluida en el artículo 14 de la CE.

⁷ En concreto, es la Ley 3/2007 la que tiene por objeto regular los requisitos necesarios para acceder al cambio de la inscripción relativa al sexo de una persona en el Registro Civil, cuando dicha inscripción no se corresponde con su verdadera identidad de género. Contempla también el cambio del nombre propio para que no resulte discordante con el sexo reclamado. A estos efectos, el artículo 5.2 de la citada Ley 3/2007 proclama sin reservas que «la rectificación registral permitirá a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición». Por su parte, el artículo 7 de la citada norma, intentado salvaguardar el derecho a la intimidad del transexual, insiste en que «no se dará publicidad sin autorización especial de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de la persona».

⁸ De tal forma, la STJS de Cataluña (Sala de lo Social), de 19 de enero de 2006 (JUR 2006/84419) considera nulo un despido realizado teóricamente por motivos disciplinarios fundados en un alegado «supuesto de abandono de responsabilidades profesionales y desobediencia de instrucciones» teniendo en cuenta que en ningún momento consigue la empresa acreditar que su decisión extintiva era totalmente ajena a conculcar los derechos fundamentales de la trabajadora, pues existe «ausencia total de prueba sobre las imputaciones de desobediencia contenidas en la carta de despido».

⁹ Artículos 177.2 y 179.2 del Real Decreto Legislativo 2/1995 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral. Así, cuando se aporten dichos indicios de discriminación, existirá una presunción de nulidad del

Mucho más discutidas se intuye que serán en el futuro, dada la nueva redacción del artículo 17 del ET, las causas de despido vinculadas al hecho de no mantener una vida personal acorde con los postulados de la ideología empresarial en cierto tipo de empresas de tendencia. Hasta ahora se valoraba tan solo la «repercusión hacia el exterior» y la «trascendencia sobre la imagen de la empresa» de la conducta en cuestión, sin entrar a indagar en ningún caso sobre las creencias, ideología o postura interna del trabajador en cuestión, que se mantenía en todo momento dentro del estricto ámbito de su intimidad personal. Ahora bien, a partir de esta última reforma, muchos comportamientos del sujeto, pese a manifestarse claramente y sin reservas, podrían quedar amparados dentro de este amplio concepto de «condición sexual» y, por tanto, por mandato legal, pasarán a recibir una protección cualificada al quedar encuadrados dentro de una de las causas de discriminación prohibidas expresamente en el artículo 17 del ET.

5. CONCLUSIONES

No cabe duda de que, para intentar dotar de sentido a los conceptos jurídicos indeterminados, el intérprete debe recurrir a la realidad social del tiempo en el que debe ser aplicada la norma jurídica en cuestión. Lo curioso del problema de delimitación de conceptos que ocupa estas líneas es que, intentando eliminar cualquier laguna de protección ante la discriminación laboral que todavía pudiera afectar a ciertos colectivos que únicamente tratan de desplegar ciertas facetas relacionadas con el libre desarrollo de su personalidad, lo que ha hecho realmente el legislador es dar respuesta a una situación que por el momento, apenas había planteado problemas en la esfera laboral.

Es decir, con esta inclusión de la expresión «condición sexual», el legislador se anticipa a las demandas sociales de protección (o al menos se anticipa en parte) ante formas atípicas de discriminación que actualmente existían. Así, se utiliza un concepto tan amplio que da cabida no solo a las situaciones de transexualismo o travestismo (en las que posiblemente se pensaba inicialmente al redactar el nuevo texto del art. 17 ET), sino a cualquier otra forma de discriminación vinculada directa o indirectamente con situaciones, preferencias, conductas o características sexuales y, por tanto, totalmente distintas a la discriminación «por razón de sexo» (bien biológico, bien sobrevenido tras una operación de cambio de sexo) y a la discriminación derivada de la «orientación sexual»¹⁰.

despido, que solo se puede destruir cuando la empresa demuestre a su vez, con pruebas concretas, que la actuación que se le imputa discriminatoria estaba fundada en realidad en motivos laborales lícitos, razonables y proporcionados. Este es por ejemplo el caso que se ocupa de discutir la Sentencia del Juzgado de lo Social de Cataluña de 26 de marzo de 2007 (AS 2007/1392). Así, cuando la recurrente (nacida varón pero sometida a una operación de cambio de sexo) alega que el despido se sustenta en un móvil discriminatorio basado en su condición de transexual, la empresa consigue romper la apariencia creada de que tal discriminación existía probando que en realidad la decisión extintiva estaba fundada en que «la actora no se adaptó a los procedimientos de trabajo y dispensaba trato brusco a los internos (de una residencia geriátrica)», aportando quejas formalizadas por escrito tanto de pacientes como de compañeros de turno de la actora.

¹⁰ No se puede olvidar por otra parte que las situaciones de cambio de sexo, dada la flexibilidad de la Ley 3/2007 serán cada vez más frecuentes. Y es que el artículo 4.2 de la citada norma indica que «no será necesario para la concesión de la rectificación registral de la mención del sexo de una persona que el tratamiento médico haya incluido cirugía de reasignación sexual» [en este sentido, véase PULIDO QUECEDO, M. (2009), «Transexualidad, interdicción de discriminación y derecho de visitas de los hijos», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 2/2009, pág. 1 del soporte informático].

Desde otro punto de vista, resulta interesante llamar la atención sobre el hecho de que, con esta amplia redacción, el legislador español consigue mejorar en este aspecto las directrices sobre igualdad de trato, mucho más estrictas, que marca el

A la luz de los nuevos postulados del artículo 17 del ET, puede deducirse por tanto que sobre este concreto aspecto desaparecen de forma total en nuestro ordenamiento jurídico los posibles vestigios de «buenas costumbres» que todavía en el siglo XXI se pudiesen conservar en la conciencia social, puesto que, cualquier situación que se aleje de ese concepto modélico tradicional (siempre que pueda tener acogida en la amplia acepción de la nueva expresión «condición sexual»), deberá calificarse como discriminatoria si por sí sola y en ausencia de una justificación razonable provoca repercusiones favorables o adversas en la esfera laboral.

A estos efectos parece intuirse que el legislador ha optado por intentar reflejar en el texto del artículo 17 del ET todas y cada una de las facetas del libre desarrollo de la personalidad que pudieran tener repercusión directa o indirecta con el sexo de un sujeto (de ahí la escrupulosa diferenciación entre la discriminación laboral que se produzca «por razón de sexo», por motivo de la «orientación sexual» o derivada en cambio de la «condición sexual» de un trabajador) ¹¹.

En definitiva, lo que resulta importante resaltar es que el concepto «orientación sexual», socialmente tiene un sentido único, de utilización generalizada. Por el contrario, la nueva expresión de «condición sexual» no cuenta aún con un significado consensuado. Se puede intuir posiblemente su mayor generalidad, pero por el momento no existe una acepción clara, socialmente admitida de esta causa de discriminación. La sexualidad, como toda cualidad humana perteneciente a una realidad social, es tenida en cuenta, organizada socialmente, comparada y conceptuada. Desde una perspectiva psicológica no se cuestiona la «bondad» o no de ciertos actos y decisiones, no se valora su adecuación con la moralidad vigente, ni es necesario en absoluto que se trate de conductas de práctica generalizada ni ampliamente difundidas en la sociedad. Siguiendo estas directrices, parece que a la hora de intentar evitar cualquier forma de discriminación laboral, el legislador ha utilizado esta visión amplia del sujeto como ser sexuado y lo ha intentado plasmar a través de la genérica expresión «condición sexual». Y es precisamente esta visión, materializada a través de la última reforma del artículo 17 del ET, la que ha abierto una nueva puerta en el campo de las discriminaciones laborales, de contornos todavía inciertos, que deberá ir perfilándose en el futuro a través de sucesivas interpretaciones jurisprudenciales que permitan ir extrayendo una regla general con la que clarificar y dotar de sentido a esta nueva expresión.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En concreto, dicho tribunal viene afirmando que para acordar judicialmente el cambio de sexo «resulta imprescindible que las personas transexuales que formulen la petición se hayan sometido a los tratamientos hormonales y quirúrgicos precisos para la supresión no solo de sus caracteres sexuales secundarios sino también, y fundamentalmente, para la extirpación de los primarios y dotación de órganos sexuales semejantes, al menos en apariencia, a los correspondientes al sexo que emocionalmente sienten como propio» (cfr. SSTEDH de 11 de julio de 2002).

¹¹ Ahora bien, lo que no se puede negar es que esta intención de ampliación escrita de cualquier factor de discriminación en el ámbito laboral no es absolutamente taxativa, puesto que todavía pueden quedar fuera de este ámbito de protección determinadas actuaciones o comportamientos laborales tangencialmente vinculados de alguna manera a los conceptos de igualdad de trato por razón de sexo, orientación o características sexuales. Este es precisamente el caso que se plantea en la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) de 23 de octubre de 2009 (AS 2009/2591). En esta ocasión el tribunal se ve obligado a dilucidar sobre la adecuación a derecho de un supuesto de despido disciplinario, que se sustentaba en una imputada atenuación de la diligencia debida por parte de una trabajadora que dedujo la transexualidad de uno de los clientes de la entidad bancaria al no coincidir los rasgos físicos del cliente en persona ni con su fotografía ni con el género del nombre que se reflejaban en el documento nacional de identificación, sin exigir documento ni prueba alguna que corroborara tal cambio de género. Y es que, si lo que se quiere es conseguir idéntica igualdad de trato ante cualquier rasgo propio de la «condición sexual» de un sujeto (incluyendo como es lógico los fenómenos de cambio de sexo) tampoco se pueden adoptar represalias de ninguna clase sobre aquellas personas que han contribuido de alguna manera a facilitar que dicha igualdad de trato sea plenamente efectiva.

Bibliografía

- AA. VV. [2006] (dir. ALEGRET BURGUÉS, M. E.): «La discriminación positiva», Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial.
- AA. VV. [2000] (dir. LABRADOR ENCINAS, F. J.): *Enciclopedia de la sexualidad*, Madrid: Espasa.
- ACALE SÁNCHEZ, M. [2006]: *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Madrid: Reus.
- ARNAIZ KOMPANIETZ, A. [2010]: *La condición sexual humana y la construcción de la realidad*, Madrid: Biblioteca Nueva.
- BAZ TEJEDOR, J. A. [2008]: «La tutela judicial laboral de la prohibición de discriminación entre sexos después de la LOI», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Civitas, núm. 139/2008.
- BEAUVOIR, S. [1949]: *El segundo sexo: los hechos y los mitos*, Madrid: Siglo Veinte.
- CROOKS, R. y BAUR, K. [2000]: *Nuestra sexualidad*, México: Thomson.
- FABREGAT MONFORT, G. [2008]: «La discriminación de género en el acceso al mercado de trabajo: la posibilidad de una nueva tutela a la luz de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», Valencia: Tirant lo Blanch.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. [2008]: «La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género», Madrid: La Ley.
- MEAD, M. [1935]: *Sexo y temperamento en tres sociedades primitivas*, New York: Morrow.
- PERÁN QUESADA, S. [2009]: «La prohibición por discriminación indirecta», *Aranzadi Social*, núm. 11/2009.
- PINKER, S. [2009]: *La paradoja sexual. De mujeres, hombres y la verdadera frontera del género*, Barcelona: Paidós.
- PULIDO QUECEDO, M. [2009]: «Transexualidad, interdicción de discriminación y derecho de visitas de los hijos», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2/2009.
- VALCUENDE DEL RÍO, J. M. y BLANCO LÓPEZ, J. [2003]: *Hombres: la construcción cultural de las masculinidades*, Madrid: Talasa.