

La prohibición de la discriminación por motivo de la orientación sexual de la persona frente a la libertad de expresión en el ámbito laboral

Comentario a la [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2020, asunto C-507/18](#)

José Díaz Lafuente

*Profesor investigador posdoctoral de Derecho Constitucional.
Universidad Complutense de Madrid*

1. Marco normativo y jurisprudencial de referencia

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en la reciente [Sentencia de 23 de abril de 2020](#), sobre el asunto N. H. contra la Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI-Rete Lenford (C-507/18), ha estimado que los comentarios homófobos expresados por un abogado en una entrevista realizada en un programa de radio, afirmando que nunca contrataría a personas homosexuales en su despacho de abogados ni haría uso de sus servicios profesionales, son constitutivos de una vulneración del derecho de la Unión Europea (UE), incluso en aquel supuesto de que dicha persona no sea responsable de la contratación o no se encuentre en curso, ni siquiera previsto, proceso de selección de personal alguno en el momento de hacer públicas tales declaraciones.

La complejidad de este asunto radica en que el Tribunal de Luxemburgo ha debido ponderar el peso jurídico de dos derechos fundamentales consagrados por el ordenamiento jurídico de la UE en conflicto, ambos esenciales para el funcionamiento y el avance de las sociedades democráticas que integran la Unión: el derecho a la libertad de expresión, por una parte, frente al derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación por motivo de la orientación sexual de la persona, por otra.

En el derecho primario de la UE, la igualdad es consagrada como uno de los valores que legitiman la propia existencia de la Unión (art. 2 [Tratado de Lisboa](#)). La [Carta de los Derechos](#)

Cómo citar: Díaz Lafuente, J. (2020). La prohibición de la discriminación por motivo de la orientación sexual de la persona frente a la libertad de expresión en el ámbito laboral. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2020, asunto C-507/18. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 449-450, 152-158.

Fundamentales, a su vez, en su artículo 21, prohíbe toda discriminación y, en particular, aquella ejercida por razón de la orientación sexual de la persona, entre otros motivos.

De hecho, debe subrayarse que el **Tratado de la Unión**, en su artículo 3.3, requiere a la Unión que adopte una postura activa en la lucha contra la discriminación homófoba. Del mismo modo, el artículo 10 del **Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea** (TFUE) establece que: «en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual».

En relación con el estudio de la **presente sentencia**, conviene citar, además, el artículo 153 del **TFUE**, que faculta a la Unión para actuar en el ámbito más amplio de la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, así como el artículo 19 del **TFUE**, que contempla la posibilidad de adoptar la legislación necesaria para luchar contra todas las formas de discriminación, incluyéndose la orientación sexual de la persona.

Por otra parte, la libertad de expresión es también reconocida a toda persona como un derecho fundamental en el artículo 11 de la citada **carta**. Del mismo modo, el segundo apartado de dicho artículo establece el respeto a la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo.

A su vez, en el derecho derivado de la UE, la **Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre**, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, introdujo, por primera vez en la UE, la prohibición de discriminación por motivo de la orientación sexual de la persona en el ámbito laboral.

El fundamento de tal prohibición, como establece el propio preámbulo de la norma, radica en que la discriminación en el ámbito laboral implica un riesgo grave para la consecución de los objetivos de la UE, entre ellos, el logro de un alto nivel de empleo y de protección social, el progreso del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social, la solidaridad y la libre circulación de las personas.

Esta es una cuestión sobre la que el TJUE ya se ha pronunciado en una ocasión anterior. En **Sentencia de 25 de abril de 2013**, relativa al asunto C-81/12, *Asociația Accept y Consiliul Național c. Combaterea Discriminării*, el Tribunal de Luxemburgo consideró aplicable la citada directiva sobre igualdad de trato en relación con unos comentarios homofóbicos realizados por el entrenador de un club de fútbol, estimando sobre el entrenador, en consecuencia, la correspondiente carga de la prueba de los hechos discriminatorios.

2. Planteamiento de la cuestión controvertida

El origen del asunto radica en una entrevista que N. H., un abogado italiano, realiza en un programa de radio. En ella, declaró que se negaría rotundamente a contratar y a colaborar

con personas homosexuales en su despacho de abogados. En el momento de la emisión de las declaraciones, su despacho no tenía en curso ni previsto ningún proceso de selección. Sin embargo, las declaraciones se mantienen disponibles *online* tras su primera emisión.

En respuesta a tales comentarios homófobos, la Associazione Avvocatura per i Diritti LGBTI-Rete Lenford, conformada por juristas, abogados y otros operadores jurídicos, cuyo mandato social persigue la promoción y defensa de los derechos de las personas LGBTI ante la justicia, interpuso una demanda indemnizatoria contra N. H. ante el Tribunal de Bérgamo.

Este último estimó que las declaraciones de N. H. eran constitutivas de un supuesto de discriminación directa basada en la orientación sexual de la persona, imponiéndole a N. H. la sanción de indemnizar con 10.000 euros a la citada asociación por daños y perjuicios y ordenando la publicación parcial de la sentencia en un periódico de difusión nacional.

Tras un recurso fallido en segunda instancia ante el Tribunal de Apelación de Brescia, N. H. recurrió ante el Tribunal Supremo de Casación de Italia. Dicho órgano jurisdiccional decidió suspender el procedimiento para plantear dos cuestiones prejudiciales al TJUE relativas a la interpretación de la citada [Directiva 2000/78](#).

En primer lugar, se le preguntó al Tribunal de Luxemburgo sobre la legitimidad de la citada asociación para interponer acciones judiciales en función del artículo 9 de la [Directiva 2000/78](#). En segundo lugar, se le pidió al tribunal que se pronunciase sobre la posible aplicación de las normas de protección contra la discriminación establecidas por la [Directiva 2000/78](#), a la luz de la interpretación exacta de sus artículos 2 y 3, en relación con los hechos del asunto.

3. Claves de la posición jurisprudencial mantenida en la sentencia

En relación con la primera cuestión planteada, en torno a la legitimidad activa de la citada asociación para interponer acciones judiciales por un supuesto de discriminación, el Tribunal de Luxemburgo parte de que, de acuerdo con el artículo 9.2 de la [Directiva 2000/78](#), se reconoce la facultad para iniciar cualquier procedimiento judicial o administrativo previsto para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la directiva a aquellas asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas que tengan un interés legítimo, «solo en nombre del demandante o en su apoyo, y con su autorización».

Sin embargo, el TJUE entiende, apoyándose en el artículo 8.1 de la [Directiva 2000/78](#), que establece que los Estados miembros pueden adoptar o mantener disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad de trato que las previstas en la citada directiva, que el artículo 9.2 de la [Directiva 2000/78](#) no se opone en modo alguno a que

los Estados miembros reconozcan, en sus respectivos ordenamientos jurídicos, el derecho de las asociaciones que tengan un interés legítimo a iniciar procedimientos judiciales o administrativos sin que sea necesario que actúen en nombre de un demandante determinado o sin que exista un demandante identificable (tal y como ya reconoció en la [Sentencia de 25 de abril de 2013, Asociația Accept, C-81/12](#), apdo. 37).

De este modo, corresponde a los Estados miembros la determinación de si el ánimo de lucro o la falta del mismo debe incidir en la apreciación de su legitimación activa y precisar el alcance de tal acción judicial, en particular en relación con las sanciones que pueden imponerse a raíz de esta, las cuales deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias, incluso cuando no exista una persona perjudicada identificable (apdos. 63 y 64 de la [sentencia](#)).

En relación con la segunda cuestión prejudicial, en primer lugar, el TJUE introduce una interpretación del concepto de «condiciones de acceso al empleo [...] y al ejercicio profesional» regulado en el artículo 3.1 de la [Directiva 2000/78](#), que dispone el ámbito de aplicación material de dicha norma, reconociendo que no existe remisión alguna a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros para definir dicho concepto y, haciendo referencia a su jurisprudencia consolidada, afirmando que:

[...] de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del derecho de la Unión como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición del derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión de una interpretación autónoma y uniforme –véanse, en este sentido, las Sentencias de 18 de octubre de 2016, Nikiforidis, C-135/15, [...], apdo. 28, y de 26 de marzo de 2019, SM (menor sometido a «kafala» argelina), C-129/18, [...], apdo. 50–.

De acuerdo con el Tribunal de Luxemburgo, la interpretación de dicho concepto debe efectuarse «conforme a su sentido habitual en el lenguaje corriente, teniendo también en cuenta el contexto en el que se utiliza y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte» (apdo. 32 de la [sentencia](#)).

El TJUE ya había declarado previamente que la [Directiva 2000/78](#) es aplicable a situaciones relativas, en el ámbito del empleo y de la ocupación, a declaraciones que versan sobre «las condiciones de acceso al empleo [...] y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección», en el sentido del artículo 3.1 a) de la [Directiva 2000/78](#), y que:

[...] el mero hecho de que las declaraciones que sugieren la existencia de una política de contratación homófoba no emanen de quien tiene la capacidad necesaria para definir directamente la política de contratación de personal del empresario de que se trate, o incluso para vincular o representar a ese empresario en materia de contratación de personal, no impide necesariamente que tales declaraciones

puedan estar comprendidas en el ámbito de las condiciones de acceso al empleo y al ejercicio profesional de dicho empresario [...] (véase, en este sentido, la Sentencia de 25 de abril de 2013, Asociația Accept, C-81/12, apdos. 47 a 51).

Siguiendo este criterio jurisprudencial consolidado, el TJUE opta por una interpretación amplia del concepto de condiciones de acceso al empleo y al ejercicio profesional.

En segundo lugar, el Tribunal de Luxemburgo dispone que, para que dicha directiva pueda ser aplicable sobre la emisión de declaraciones homófobas, estas deben estar vinculadas de forma efectiva con la política de selección de personal de una empresa determinada, requiriéndose que dicho vínculo sea efectivo y no hipotético.

Para examinar la efectividad del vínculo de tales declaraciones con las condiciones de acceso al empleo, el tribunal establece tres criterios (apdos. 43 a 45 de la [sentencia](#)):

- En primer lugar, la posición de la persona que efectúa las declaraciones consideradas y la calidad en la que se ha expresado, «que deben acreditar o bien que él mismo es un empleador potencial, o bien que, *de iure* o *de facto*, puede influir de manera determinante en la política de contratación de personal, o en una decisión de contratación, de un empleador potencial o, al menos, puede ser percibido por el público o los círculos interesados como una persona que puede ejercer tal influencia, aun cuando carezca de la capacidad jurídica para definir la política de contratación de personal de la empresa de que se trate o incluso de vincular o de representar a esta última en materia de contratación de personal».
- En segundo lugar, la naturaleza y el contenido de las declaraciones en cuestión. De acuerdo con la sentencia, estas deben referirse a las condiciones de acceso al empleo o al ejercicio profesional respecto al empresario de que se trate y evidenciar la intención de este último de discriminar por razón de alguno de los motivos establecidos por la citada [Directiva 2000/78](#).
- En tercer lugar, el contexto en el que se efectuaron las declaraciones controvertidas, «en particular su carácter público o privado, o incluso el hecho de que se hayan difundido al público, bien a través de los medios de comunicación tradicionales, o por las redes sociales».

En relación con el conflicto planteado entre el derecho fundamental de N. H. a la libertad de expresión y el derecho a la igualdad frente a declaraciones homófobas, el TJUE recuerda que el artículo 52.1 de la [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) dispone que la libertad de expresión no es un derecho absoluto cuyo ejercicio puede comportar limitaciones, siempre que estén establecidas por la ley y respeten el contenido esencial de dicho derecho y el principio de proporcionalidad, es decir, que sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

A este efecto, el tribunal confirma la necesidad de las limitaciones al ejercicio de la libertad de expresión derivadas de la [Directiva 2000/78](#) como respuesta al objetivo legítimo de garantizar los derechos en materia de empleo y ocupación de las personas que pertenecen a grupos de personas caracterizadas por los motivos protegidos (entre ellos, la orientación sexual).

Al efecto, el Tribunal de Luxemburgo entiende que:

[...] en particular, si, en contra de la interpretación del concepto de «condiciones de acceso al empleo [...] y al ejercicio profesional», determinadas declaraciones estuvieran excluidas del ámbito de aplicación material de esta directiva por el mero hecho de que se hubieran realizado al margen de un proceso de selección de personal, concretamente en un programa radiofónico de entretenimiento, o por constituir la expresión de una opinión personal de su autor, podría resultar ilusoria la propia esencia de la protección en materia de empleo y de ocupación concedida por la citada directiva (apdo. 54 de la [sentencia](#)).

4. Valoración crítica de la relevancia de la sentencia

La homofobia, la bifobia y la transfobia constituyen uno de los principales desafíos para el pleno reconocimiento igualitario, garantista y efectivo de los derechos fundamentales en la UE. Las personas LGBTI siguen sufriendo discriminación generalizada, violencia y delitos de odio en la UE por el mero hecho de querer ser, sentir y expresar de forma digna y libre su sexualidad y género.

El [Tratado de Ámsterdam](#), firmado en 1997, posibilitó a la UE, por primera vez tras cuatro décadas de existencia, la lucha contra la discriminación sufrida por motivo de la orientación sexual de la persona, convirtiéndose en el primer instrumento jurídico internacional vinculante en prohibir de forma explícita. Más de veinte años después, en un reciente estudio publicado por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en mayo de 2020, titulado «[Un largo camino por recorrer hacia la igualdad de las personas LGBTI](#)», se manifiesta que un 20 % de las más de 140.000 personas LGBTI encuestadas afirma sufrir discriminación en su puesto de trabajo. Además, más del 60 % afirma que evita manifestar públicamente su orientación sexual y casi el 40 % de las personas encuestadas afirma haber sufrido como mínimo un episodio de acoso durante el 2019, año de realización del estudio.

En un contexto como el actual de «policrisis» política y socioeconómica por el que atraviesa la UE, de graves desacuerdos entre los Estados miembros en cuestiones vinculadas con la defensa de los derechos fundamentales, del consecuente inmovilismo en el seno del Consejo, y del auge de partidos políticos populistas, xenófobos y de extrema derecha,

la promoción efectiva y unánime de la igualdad frente a los elevados índices de discriminación se presenta como un objetivo cardinal para la legitimidad y el progreso del proyecto de integración europea.

La presente [sentencia](#) debe considerarse como un paso más hacia dicha protección efectiva de los derechos fundamentales, cuestión que constituye una dimensión nuclear de la identidad y del funcionamiento de la UE, no solo como elemento fundamental del ADN de la Unión, común a todos sus Estados miembros, sino como requisito previo para el acceso de los países candidatos a la UE, así como factor clave de la identidad exterior de la Unión en cuanto potencia normativa internacional.

Además, consolida la doctrina del tribunal en materia de igualdad y no discriminación en el ámbito laboral. Con esta nueva [sentencia](#), el tribunal va más allá de lo determinado en asuntos previos como en la sentencia del citado [asunto Asociația Accept](#) al afirmar que tales declaraciones homófobas son discriminatorias y que pueden ser objeto de una indemnización a una asociación, incluso en el caso de que ninguna víctima sea identificable y aun cuando no concurra procedimiento de selección alguno.

Al mismo tiempo, mediante este pronunciamiento, el Tribunal de Luxemburgo respalda plenamente el principio de la eficacia jurídica del ordenamiento jurídico de la Unión, fortaleciendo, a su vez, su dimensión horizontal entre particulares (doctrina *Drittwirkung der Grundrechte*). Es este mismo principio el que lo lleva a la conclusión de que no se ha violado el derecho del demandante a su libertad de expresión.

La relevancia de esta sentencia radica en que sus efectos jurídicos pueden ser aplicados, más allá del motivo de la orientación sexual de las personas, a los demás motivos de discriminación prohibidos por la normativa comunitaria en el ámbito laboral. De este modo, el tribunal contribuye a garantizar que el derecho de la UE tenga un impacto real y efectivo en la vida y en el desarrollo sociolaboral de las personas trabajadoras en la Unión, promoviendo la coherencia con los valores, principios y objetivos de los tratados constitutivos y de su legislación antidiscriminatoria.