



**HAL**  
open science

# DISCURSOS HOMÓFOBOS Y DISCRIMINACIÓN DIRECTA EN EL ACCESO AL EMPLEO

Daniel Borrillo, Jonatan Cruz Angeles

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo, Jonatan Cruz Angeles. DISCURSOS HOMÓFOBOS Y DISCRIMINACIÓN DIRECTA EN EL ACCESO AL EMPLEO: ANALISIS DE LA STJUE, DE 23 DE ABRIL DE 2020, Y SU IMPACTO EN LOS ORDENAMIENTOS JURIDICOS ITALIANO, FRANCES Y ESPAÑOL. Revista de estudios europeos, 2021, Estudios juridicos europeos, 1 (78). hal-03277700

**HAL Id: hal-03277700**

**<https://hal.science/hal-03277700>**

Submitted on 4 Jul 2021

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**DISCURSOS HOMÓFOBOS Y DISCRIMINACIÓN DIRECTA EN EL  
ACCESO AL EMPLEO: ANÁLISIS DE LA STJUE, DE 23 DE ABRIL DE  
2020, Y SU IMPACTO EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS  
ITALIANO, FRANCÉS Y ESPAÑOL**

**HOMOPHOBIC SPEECH AND DIRECT DISCRIMINATION IN ACCESS  
TO EMPLOYMENT: ANALYSIS OF CJEU, 23 APRIL 2020, AND ITS  
IMPACT ON THE ITALIAN, FRENCH AND SPANISH LEGAL ORDERS**

Daniel BORRILLO  
*Université Paris X, Nanterre\**

Jonatán CRUZ ÁNGELES  
*Universidad de Jaén\**

**Resumen:** En la sentencia *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI (C-507/18)*, pronunciada el pasado 23 de abril de 2020, el Tribunal de Justicia determinó que las declaraciones realizadas por una persona durante una emisión audiovisual, según las cuales nunca contrataría en su empresa ni recurriría a los servicios de personas con una determinada orientación sexual, están comprendidas en el ámbito de aplicación material de la Directiva 2000/78 y, más concretamente, en el concepto de “condiciones de acceso al empleo y ejercicio profesional”, en el sentido de su artículo 3, apartado 1, letra a), y todo ello, sin que en el momento en que se realizaron las declaraciones se estuviese llevando a cabo o se hubiese programado ningún proceso de selección de personal, siempre que no sea hipotético el vínculo entre dichas declaraciones y las condiciones de acceso al empleo y al ejercicio profesional dentro de esa empresa. En este artículo, analizaremos cómo se han visto afectados los ordenamientos jurídicos italiano, francés y español tras el pronunciamiento de este caso destacado.

**Palabras clave:** discriminación directa, empleo, Italia, Francia, España.

**Abstract:** In the judgment *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI (C-507/18)*, delivered on 23 April 2020, the Court held that statements made by a person during an audiovisual programme, according to which that person would never recruit persons of a certain sexual orientation to that person’s undertaking or wish to use the services of such persons, fall within the material scope of Directive 2000/78 and, more particularly, within the concept of “conditions for access to employment or

---

\* *Maitre de conférences en droit privé à l’Université de Paris-Nanterre, en délégation au CNRS CERSA-Université de Paris II.* E-mail: [borrillo@parisnanterre.fr](mailto:borrillo@parisnanterre.fr). Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1698-3588>.

\* Profesor ayudante doctor en el área de Derecho internacional público y Relaciones internacionales de la Universidad de Jaén. E-mail: [jangeles@ujaen.es](mailto:jangeles@ujaen.es). Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8648-5525>. Researcher ID: A-8672-2015.

occupation” within the meaning of Article 3 (1)(a) of that directive, even if no recruitment procedure had been opened, nor was planned, at the time when those statements were made, provided, however, that the link between those statements and the conditions for access to employment or to occupation within the undertaking is not hypothetical. In this paper, we will examine how the Italian, French and Spanish legal systems have been affected following the pronouncement of this leading case.

**Keywords:** Direct Discrimination; Employment; Italy; France; Spain.

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Discriminación e interés difuso. 3. Los precedentes del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la materia. 4. El caso “NH c./Associazione Avvocature per i Diritti LGBTI-Rete Lenford”. 5. El discurso como barrera de acceso al empleo. 6. Los límites a la libertad de expresión. 7. La respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al Tribunal Supremo italiano. 8. El alcance limitado de la sentencia en el Derecho francés. 9. El caso español: normativa dispersa y reunificación de criterios jurisprudenciales. 10. Conclusiones. 11. Referencias bibliográficas.

## 1. Introducción

La normativa europea en materia de no discriminación tiene por objeto garantizar que todas las personas tengan un acceso justo y equitativo a la educación y a la formación profesional, así como a determinados puestos de trabajo en una sociedad<sup>1</sup>. Ésta contempla que el empleador pueda incurrir en responsabilidad en casos de discriminación directa<sup>2</sup>, así como en discriminaciones indirectas<sup>3</sup>, cuando éste ordene que se adopte un comportamiento discriminatorio prohibido<sup>4</sup>, acoso discriminatorio<sup>5</sup>, falta de ajustes razonables<sup>6</sup>, o discriminación por asociación<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> Para un estudio más extenso sobre el concepto de discriminación directa, *vid.* Borrillo, D. (2003) : *Lutter contre les discriminations*. La Découverte, coll. « Recherches », Paris.

<sup>2</sup> En la normativa de la Unión Europea, la Directiva 2000/78, en su artículo 2, párrafo 2, apartado a), establece que: “existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1”. A estos efectos, *vid.* Art. 1. Objeto (...) “motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato”.

<sup>3</sup> Según el párrafo 2, apartado b): “existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras, salvo que: i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios; o que ii) respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica”.

<sup>4</sup> El artículo 2.4 de la Directiva 2000/78, dispone que: “Toda orden de discriminar a personas por alguno de los motivos indicados en el artículo 1 se considerará discriminación con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1”.

<sup>5</sup> En el marco de las Directivas de la Unión Europea relativas a la no discriminación, el acoso constituye un tipo específico de discriminación. El artículo 2.3 de la Directiva 2000/78 dispone que: “El acoso constituirá discriminación a efectos de lo dispuesto en el apartado 1 cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con algunos de los motivos indicados en el artículo 1 que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio,

Actualmente, incluso el anuncio público de una futura discriminación puede, en determinadas circunstancias, considerarse también como una forma de discriminación directa según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)<sup>8</sup>. Se trata, al mismo tiempo, de un ataque a la igualdad de acceso al empleo consistente en excluir a un individuo por su orientación sexual y de un potencial rechazo asumido por la persona que se presenta públicamente como el responsable de una política de empleo de la empresa.

Desde 2008, el Tribunal ha llegado a la conclusión de que las declaraciones tales como no querer trabajadores de origen extranjero constituían una forma de discriminación<sup>9</sup> y, en 2013, los jueces de Luxemburgo asumieron que las declaraciones homófobas constituyen “hechos que permiten presumir la existencia de una discriminación”<sup>10</sup>. Fue a raíz de estas decisiones que el TJUE se pronunció el pasado 23 de abril de 2020 en sesión plenaria, en respuesta al planteamiento de una cuestión prejudicial en el marco de un caso relativo a declaraciones discriminatorias de un abogado italiano<sup>11</sup>. Durante un programa de radio transmitido a nivel nacional, un abogado experimentado dijo que nunca contrataría en su despacho a una persona homosexual. En el momento en que realizó estos comentarios, no se encontraba abierto ningún proceso selectivo de contratación de personal en su bufete de abogados. Sin embargo, la *l'Associazione Avvocatura per Diritti LGBTI-Rete Lenford* emprendió acciones legales contra el abogado solicitando la publicación de extractos de la sentencia en un periódico nacional, el desarrollo de un plan para eliminar la discriminación y el pago de daños y perjuicios por el daño moral causado. En primera instancia, el tribunal de Bérgamo (ejerciendo funciones de tribunal laboral) consideró que el abogado había actuado de forma ilegítima, de forma discriminatoria, y lo condenó a pagar 10.000 euros por daños y

---

hostil, degradante, humillante u ofensivo. A este respecto, podrá definirse el concepto de acoso de conformidad con las normativas y prácticas nacionales de cada Estado miembro”.

<sup>6</sup> La Directiva 2000/78 indica que: “a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades”.

<sup>7</sup> El TJUE realiza una interpretación amplia del alcance de las características protegidas por las Directivas. Así, en *S. Coleman c. Attridge Law y Steve Law* (TJUE, 17 de julio de 2008, caso C-303/06), los jueces reconocieron la existencia de discriminación por asociación en el caso de la madre de un niño discapacitado amenazada con el despido a causa de retrasos vinculados a la enfermedad de su hijo.

<sup>8</sup> STJUE, 23 de abril 2020, *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI - Rete Lenford*, caso C-507/18. Para un estudio más detallado *vid.* Velasco Portero, T. (2020) : “Libertad de expresión y prohibición de discriminación en el ámbito de empleo y la ocupación por razón de orientación sexual”, *Temas laborales*, nº. 153, pp. 237-244.

<sup>9</sup> STJUE, 10 de julio 2008, *Feryn*, caso C-54/07.

<sup>10</sup> STJUE, 25 de abril 2013, *Asociația Accept*, caso C-81-12.

<sup>11</sup> Para un análisis de la jurisprudencia en la materia, *vid.*: Bilotta, F. (2018): “La discriminazione diffusa e i poteri sanzionatori del giudice”, *Responsabilità Civile e Previdenza*, nº1, pp. 69-104.

perjuicios a la asociación<sup>12</sup>. En segunda instancia, el tribunal de Brescia desestimó el recurso del abogado que interpuso la apelación.

El tribunal de casación italiano decidió suspender el procedimiento y remitió varias cuestiones preliminares al TJUE, esta remisión sin duda atestigua el reparo del juez de casación italiano a la hora de asumir por sí solo la jurisprudencia sobre un tema tan delicado, e incluso controvertido.

Por tanto, la cuestión que se planteaba era, en particular, si la asociación era una entidad que representaba intereses colectivos a efectos de lo dispuesto en el artículo 9, apartado 2, de la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre de 2000, por el que se establece un marco general a favor de la igualdad de trato en materia de empleo y ocupación y si, por tanto, se encontraba legitimada para actuar contra el abogado. El Tribunal de casación también planteó si las declaraciones del abogado entraban en el ámbito de aplicación de la Directiva en la medida en que se refieren al “empleo”, o si deberían considerarse como una simple expresión de una opinión, sin relación con un procedimiento de contratación discriminatorio.

Generalmente, la remisión prejudicial aparece, de entrada, como un instrumento propio de la especificidad del ordenamiento jurídico de la Unión. Permite y garantiza la interpretación del derecho de la Unión y el Derecho nacional. Asegura la protección del orden jurídico, así como la de los derechos de las personas privadas. El TJUE no duda en convertirlo en “la piedra angular del sistema judicial al establecer un diálogo entre juez y juez, precisamente entre el Tribunal y los tribunales de los Estados miembros”<sup>13</sup>. Cabe recordar que la sentencia dictada en materia prejudicial de interpretación vincula al tribunal que remitió el asunto al TJUE y a los demás tribunales que se pronunciarán en el mismo litigio. En la medida en que el Tribunal aclara el significado de una disposición de la Unión, su interpretación es vinculante para todos los órganos jurisdiccionales nacionales que tendrán que tratar la misma cuestión. Por eso, más allá del caso italiano, también estudiaremos el impacto de la sentencia en el derecho español.

En el presente caso, las cuestiones preliminares planteadas al TJUE por el tribunal de casación italiano se refieren a dos temas fundamentales en el ámbito del Derecho de no discriminación, uno de fondo y otro de forma. La cuestión es si la *Associazione Avvocatura per i Diritti LGBTI-Rete Lenford* se encontraba legitimada para emprender acciones legales con el fin de hacer cumplir las obligaciones

<sup>12</sup> Gattuso, M. (2014): “La prima condanna in Italia per discriminazione fondata sull’orientamento sessuale: un caso esemplare”, *Genius, Rivista di studi giuridici sull’orientamento sessuale e l’identità di genere*. Disponible en: <http://www.articolo29.it/2014/prima-condanna-in-italia-per-discriminazione-fondata-sullorientamento-sessuale-caso-esemplare/>

<sup>13</sup> STJUE, Opinión 2/13, 18 de diciembre 2014, punto 176: “en particular, la piedra angular del sistema jurisdiccional así concebido es el procedimiento de remisión prejudicial contemplado en el artículo 267 TFUE, que, al establecer un diálogo de juez a juez precisamente entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, tiene como finalidad garantizar la unidad de interpretación del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia van Gend & Loos, EU:C\_1963:1, p. 23), permitiendo de ese modo garantizar su coherencia, su plena eficacia y su autonomía, así como, en última instancia, el carácter propio del Derecho instituido por los Tratados (véase, en ese sentido, el dictamen 1:09, EU:C:2011:123, apartados 67 y 83).

derivadas de la Directiva 2000/78 cuando ninguna víctima era identificable y, en cuanto al fondo, si las declaraciones realizadas por una persona durante un programa de radio podrían entrar en el ámbito de aplicación de la Directiva en lo que respecta a las “condiciones de acceso al empleo y al trabajo” mencionadas en su artículo 3 o si, por el contrario, podrían considerarse como una manifestación del derecho a la libertad de expresión. En otras palabras, ¿podríamos considerar que decir que vamos a discriminar ya es discriminar?

Antes de entrar en el análisis de la decisión del TJUE y con el fin de comprender mejor la importancia de su alcance, comenzaremos por explicar el cambio paradigmático en el procedimiento en materia de discriminación y en particular la doctrina del interés difuso.

## 2. Discriminación e interés difuso

Nacida en el campo de estudio del derecho ambiental, la noción de interés difuso<sup>14</sup> podría extenderse a cuestiones de discriminación. De hecho, la igualdad de oportunidades y la igualdad de trato en materia de empleo constituyen un interés de importancia general y social como elemento esencial de la ciudadanía europea<sup>15</sup>.

Para comprender ciertas disputas relacionadas con la discriminación, se debe descartar el arquetipo de litigio civil presentado como el desacuerdo de voluntades individuales en relación con un objeto determinado. Por tanto, un conflicto que justifique la intervención judicial no tiene por qué ser necesariamente un conflicto entre varias personas (disputa), sino que puede tratarse también de un mero conflicto de intereses; de modo que es suficiente, tal y como enfatiza la doctrina, un reclamo capaz de socavar un interés, al menos parcialmente, distinto del de su autor<sup>16</sup>. La discriminación es, a menudo, de naturaleza opaca.

En el caso que nos ocupa, lo que importa no es la existencia de una *litis* entre dos personas, sino la existencia de una situación que atenta contra el derecho a la igualdad en el mercado laboral.

La doctrina de los intereses difusos en materia de discriminación responde así a una demanda de justicia social en el acceso a la ley. Cabe señalar que este caso es el primero que se presenta ante los tribunales italianos desde la adopción de la Directiva en 2003, lo que pone de relieve la dificultad para enjuiciar y condenar la discriminación basada en la orientación sexual en Italia.

---

<sup>14</sup> No existe una definición unívoca de este concepto, pero, en general, la doctrina coincide en afirmar que el interés difuso es aquel que, sin titular único, puede atribuirse a una generalidad de sujetos. Permite la protección de ciertos intereses de sujetos que no coinciden ni con el sujeto privado tradicional de la tradición del derecho civil, ni con el sujeto público.

<sup>15</sup> Morgan, S. (2012): “Le principe d'égalité de traitement en droit social de l'Union européenne : d'un principe moteur à un principe matriciel”, *Revue française des affaires sociales*, n° 1, pp. 42-61.

<sup>16</sup> Cadiet, L., Normand, J. & Amrani Mekki, S. (2010): *Théorie générale du procès*, PUF, Thémis droit, p. 294.

La protección contra la discriminación en el empleo *lato sensu* podría constituir un interés difuso de las personas que no siempre actúan o no se encuentran en condiciones de actuar. Por lo tanto, las organizaciones no gubernamentales que trabajan para la protección de las personas LGBTI también deben tener la posibilidad de contribuir adecuadamente a la aplicación efectiva de la Directiva<sup>17</sup>.

Los intereses difusos conciernen a un grupo de personas más o menos extendido, que tienen un cierto número de características comunes, en este caso la orientación sexual, unidos por un interés común y que comparten una comunión *de facto* en la explotación o disfrute de un derecho, en este caso, el acceso al empleo. Los titulares de intereses difusos son, por tanto, indeterminados (y en la mayoría de los casos, indeterminables), apenas están unidos por circunstancias fácticas (y no por una relación jurídica). Este interés de un grupo indefinido (difuso) se vuelve colectivo cuando obtiene acceso a la protección judicial efectiva.

La doctrina del interés difuso ha permitido derogar las condiciones clásicas de legitimación: interés personal, directo, nacido y presente para poder ejercer acciones en interés de terceros, incluso sin delegación<sup>18</sup>.

El titular de los intereses difusos (y del interés colectivo) es la comunidad y no el individuo. F. BILOTTA ha analizado muy bien la dificultad de integrar la teoría del interés difuso (que no es susceptible de una protección exclusivamente individual ni entra en la categoría de interés público) porque todavía existe en el derecho continental la costumbre de razonar de forma binaria si el interés es privado o público y, por tanto, sólo la víctima o el fiscal pueden actuar. El autor propone inspirarse en la legislación europea en materia de protección del consumidor sobre la base de “*una sorta di misura inhibitoria, consistente nell’avisare tutti i futuri interessati al posto de lavoro che sono a rischio di discriminazione*”<sup>19</sup> (una especie de medida inhibitoria, que consiste en señalar a los futuros solicitantes de empleo que corren el riesgo de ser discriminados). Estamos ante un caso paradigmático de daño futuro que no debe confundirse con un posible daño eventual, debido a que su concreción es cierta: el impedimento de acceso al mercado laboral. No se identifica a la víctima ya que son quienes podrían postularse para un puesto en el bufete de abogados en cuestión. Si el daño futuro es de alguna forma agravante de un mal

<sup>17</sup> STJUE, 25 de abril 2013, *Asociatia Accept* (op. cit. nota 10).

<sup>18</sup> En tanto que norma de procedimiento, el interés es, junto a la capacidad para actuar en calidad de demandante, una de las condiciones necesarias para declarar admisible una solicitud de demanda: « *Proches au point parfois de se confondre, intérêt et qualité se distinguent en ce que la qualité tient à la capacité du requérant, considéré en lui-même, à ester en justice ou à représenter une autre personne au nom de laquelle il agit, tandis que l’intérêt concerne la possibilité d’introduire un recours déterminé. La qualité touche à la personne du requérant, l’intérêt à l’action qu’il engage* », “Cercanos, incluso hasta el punto de poder confundirse -en ocasiones-, el interés y la calidad se distinguen en que la calidad reside en la capacidad del demandante, considerada en sí misma, para demandar o representar a otra persona en cuyo nombre está actuando, mientras que, el interés se refiere a la posibilidad de interponer un recurso concreto. La calidad afecta a la persona del solicitante, el interés a la acción que interpone (traducción propia). Alland, D. & Rials, S. (2003) : *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, p. 837.

<sup>19</sup> Bilotta, F. (2018), op. cit., ad supra.

Daniel Borrillo y Jonatán Cruz Ángeles: “Discursos homófobos y discriminación directa en el acceso al empleo: análisis de la STJUE, de 23 de abril de 2020, y su impacto en los ordenamientos jurídicos italiano, francés y español”

presente, es como tal, susceptible de reparación anticipada, ya que tenemos la certeza de que ocurrirá.

La propuesta de F. BILOTTA permitiría establecer un clima jurídico infinitamente más favorable a la acogida de un razonamiento antidiscriminatorio en la medida en que permite tomar conciencia, ante todo, de la situación real de las personas actuales o futuras. Defender intereses difusos significa doblegar las tradicionales estructuras individualistas de protección promoviendo acciones meta individuales como la que lidera la *Avvocatura per i diritti LGBTI*<sup>20</sup>.

### 3. Los precedentes del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la materia

Como hemos señalado anteriormente, el TJUE ya se había pronunciado en un caso similar, en el ámbito de la Directiva 2000/43 acerca de la “aplicación del principio de igualdad de trato entre personas sin distinción de raza o etnia”<sup>21</sup>. Este caso trataba sobre las declaraciones del titular de la empresa belga Feryn que había declarado durante varias entrevistas concedidas a periódicos y televisión que no quería contratar a marroquíes por la reticencia de los clientes a permitirles el acceso, durante sus jornadas de trabajo, a sus domicilios particulares. En esta sentencia de 10 de julio de 2008<sup>22</sup>, los jueces de Luxemburgo consideraron que estas declaraciones públicas de un empleador acerca de su deseo de no contratar a trabajadores inmigrantes constituían efectivamente una discriminación directa en la contratación, a efectos de lo dispuesto en la Directiva 2000/43 CE e, incluso en ausencia de un denunciante identificable. Podemos considerar una nueva forma de discriminación por anuncio público de discriminación futura: estas declaraciones públicas son suficientes para presumir, con arreglo a la Directiva, la existencia de una política de contratación directamente discriminatoria<sup>23</sup>.

En 2013, el TJUE se pronunció sobre una cuestión similar relacionada no con la raza (Directiva 2000/43) sino con la orientación sexual (Directiva 2000/78) y su respuesta se encuentra en total coherencia con relación a sus decisiones anteriores. En efecto, en el asunto *Asociatia Accept*<sup>24</sup>, el TJUE consideró que las declaraciones del “presidente” de un club de fútbol profesional podrían imponer a este club la carga de demostrar que no persigue una política de incorporación discriminatoria, aunque estos comentarios fueran realizados por un ex dirigente del club que no pudo iniciar un proceso de contratación en el momento de los hechos<sup>25</sup>.

---

<sup>20</sup> STJUE, 23 de abril 2020, *Associazione Avvocatura per i Diritti LGBTI* (op. cit., ad supra, nota 8).

<sup>21</sup> STJUE, 10 de julio 2008, *Feryn*, (op. cit. ad supra, nota 9).

<sup>22</sup> *Ibidem*.

<sup>23</sup> Para más información acerca de la normativa europea en materia de discriminación en procesos de contratación, vid. Schmitt, M. (2011): *Répertoire de droit du travail: Droit du travail de l'Union européenne*, Dalloz, *passim*.

<sup>24</sup> STJUE, 25 de abril 2013, *Asociatia Accept* (op.cit., ad supra, nota 10).

<sup>25</sup> Danisi, C. (2013): “Lavoro, assunzioni e omofobia alla Corte di Giustizia”, *GenIus, Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*. Texto íntegro disponible en:

<http://www.articolo29.it/2013/la-prima-applicazione-della-direttiva-200078-alla-discriminazione-subita-da-una-persona-omosessuale-in-materia-di-assunzione-la-sentenza-c-8182-della-cgue/>





Además, el Tribunal recuerda, con carácter preliminar, un aspecto importante de carácter antidiscriminatorio de la Unión, que es la forma de *actio popularis*, a la que tienen derecho las asociaciones que defienden los derechos LGBTI (art. 9 § 2 de la Directiva 2000/78/CE). De hecho, la existencia de discriminación prohibida a efectos de la Directiva no presupone que se pueda identificar a un denunciante que alegue ser víctima de tal situación<sup>26</sup>, y el Derecho de la Unión, obviamente, no impide que un Estado miembro garantice el interés de actuar “en nombre de terceros” de las asociaciones que luchan por la aplicación de la Directiva. Asimismo, el Tribunal aclaró la situación en relación con la capacidad potencial de incurrir en responsabilidad del club, debido a que la persona que había realizado los comentarios discriminatorios había vendido las acciones del club que poseía. No obstante, el Tribunal considera que ante los ojos de la opinión pública esta personalidad había adoptado la apariencia de un tomador de decisiones de la política del club, lo que lo hace responsable. Esta especie de teoría de la apariencia impone, según el Tribunal, que las jurisdicciones nacionales verifiquen si las declaraciones controvertidas son (o no) susceptibles de vincular al club.

#### 4. El caso “*NH c./ Associazione Avvocature per i Diritti LGBTI-Rete Lenford*”

Al analizar estas dos sentencias que preceden a la que es objeto de este análisis, es posible identificar una serie de principios que orientarán el razonamiento del juez luxemburgués. En primer lugar, la responsabilidad la asume todo aquel que se expone a la opinión pública o que los medios de comunicación perciben como una persona que ostenta un puesto de responsabilidad en una empresa<sup>27</sup> (en el sentido amplio del término) privada o pública, independientemente de que dicha persona tenga autoridad legal en el proceso de contratación dentro de la empresa<sup>28</sup>. Es suficiente con que la declaración discriminatoria sea pública y no importa si quien la formula actúa como empleador o como ciudadano particular, así como tampoco importa si dichas declaraciones están vinculadas o no a un contexto profesional real<sup>29</sup>. Tampoco importa la existencia, en el momento de la declaración discriminatoria, de un procedimiento de contratación o una oferta de empleo en curso. Del mismo modo, desde el caso Danosa, los jueces de la meseta de Kirchberg

<sup>26</sup> STJUE, 25 de abril 2013, *Asociatia Accept* (op.cit., ad supra, nota 10).

<sup>27</sup> *Ibid.*, punto 74.1: “Los artículos 2, apartado 2, y 10, apartado 1, de la Directiva 2000/78 del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, deben interpretarse en el sentido de que hechos como aquellos de los que trae causa el litigio principal pueden calificarse de “hechos que permit(e)n presumir la existencia de discriminación” respecto de un club de fútbol profesional, cuando las declaraciones de que se trate emanen de quien, sin disponer necesariamente desde el punto de vista jurídico de la capacidad para vincularlo o representarlo en materia de contratación de personal, se presenta a sí mismo y es percibido en los medios de comunicación y en la sociedad como el principal directivo de dicho club”.

<sup>28</sup> *Ibid.*, punto 50: “el hecho de que, en una situación como aquella de la que trae causa el litigio principal, tal empresario no se distanciara claramente de las declaraciones controvertidas constituye un elemento que puede ser tenido en cuenta por el tribunal que conoce el litigio, en una apreciación global de los hechos”.

<sup>29</sup> STJUE, 23 de abril 2020, *Associazione Avvocatura per i Diritti LGBTI* (op. cit., ad supra, nota 8).

Daniel Borrillo y Jonatán Cruz Ángeles: “Discursos homófobos y discriminación directa en el acceso al empleo: análisis de la STJUE, de 23 de abril de 2020, y su impacto en los ordenamientos jurídicos italiano, francés y español”

han considerado que las Directivas contra la discriminación se aplican no sólo a los empleados y trabajadores, sino también a los empresarios autónomos y a las profesiones liberales<sup>30</sup>.

La única forma de eludir la responsabilidad de la sociedad es distanciarse de las declaraciones en cuestión. En caso contrario, pueden ser un indicador válido en la evaluación global de los hechos discriminatorios<sup>31</sup>. Del mismo modo, afirmar que en el pasado la empresa habría contratado a personas homosexuales no revierte la carga de la prueba sin comprometer el respeto a la vida privada<sup>32</sup>. Además, la ausencia de un denunciante identificable no impide que una asociación actúe para hacer cumplir la prohibición de la discriminación en materia de empleo y ocupación<sup>33</sup>.

Por último, el concepto de “acceso al empleo” protegido por la Directiva 2000/78 debe interpretarse, según el Tribunal de Justicia, de manera amplia teniendo en cuenta la naturaleza de los derechos que dicha Directiva pretende proteger y los valores fundamentales que la sustentan. No se trata sólo de evitar la discriminación sino, de forma proactiva, de crear un clima inclusivo para las personas LGBTI<sup>34</sup>.

## 5. El discurso como barrera de acceso al empleo

El espíritu de la Directiva es garantizar la igualdad de oportunidades para todos y contribuir a la plena participación de los ciudadanos en la vida económica, cultural y social, así como al desarrollo personal. Como señala Giuseppe FERRARO, “*l’obiettivo che la direttiva si è prefisso è quello di stabilire un insieme di leggi efficaci contro tale forma di discriminazione, condizione necessaria per eliminare i casi di trattamento iniquo. Tale compito, peraltro, non può dirsi esaurito esclusivamente nella garanzia di protezione per colore che sono oggetto di discriminazione, ma comporta altresì la necessità di determinare l’instaurazione di un clima nel quale le persone siano scoraggiate dal porre in essere comportamenti inique nei confronti di altri soggetti sulla base del loro orientamento sessuale*”<sup>35</sup>

---

<sup>30</sup> STJUE, 11 de noviembre 2010, Danosa, caso C-232/09.

<sup>31</sup> STJUE, 23 de abril 2013, Asociatia Accept (*op. cit.*, *ad supra*, nota 10).

<sup>32</sup> *Ibid.*, punto 74.2.: “El artículo 10, apartado 1, de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que los hechos como aquellos de los que trae causa el litigio principal sean calificados de “hechos que permit(e)n presumir la existencia de discriminación” basada en la orientación sexual en la contratación de jugadores por un club de fútbol profesional, la carga de la prueba tal como está modificada en el artículo 10, apartado 1, de la Directiva 2000/78 no lleva a exigir una prueba imposible de aportar sin violar el derecho de respeto a la vida privada.

<sup>33</sup> STJUE, 10 de julio 2008, *Feryn*, (*op. cit. ad supra*, nota 9).

<sup>34</sup> Para un estudio más extenso en la materia, *vid.* Borrillo, D. & Formond, T. (2007): *Homosexualité et discriminations en droit privé*, La Documentation française, *passim*.

<sup>35</sup> Ferraro, G. & Monda, G. M. (2005): “La promozione della parità di trattamento”. In Fabeni, S. & Toniollo, M.G. (Eds.): *La discriminazione fondata sull’orientamento sessuale. L’attuazione della direttiva 2000/78/CE e la nuova disciplina per la protezione dei diritti delle persone omosessuali sul posto di lavoro*, Ediesse, p. 450.

(“el objetivo de la Directiva es establecer un sistema para combatir esta forma de discriminación. Sin embargo, tal objetivo no se limita a garantizar la protección de quienes son víctimas de discriminación, sino que también implica la creación de un clima en el que se desaliente a las personas a actuar de forma discriminatoria hacia los demás debido a su orientación sexual”).

Las palabras del abogado constituyen una barrera para el establecimiento de tal clima, pues es probable que disuadan a una persona LGBTI que se plantee postularse para un puesto de trabajo ofrecido por este empleador. En este sentido, el Tribunal ya había dado una definición amplia de “acceso al empleo” al establecer que “el concepto de acceso al empleo no se refiere únicamente a las condiciones existentes previas al nacimiento de una relación de trabajo”, sino que también se refiere a los factores que influyen en la decisión de una persona de aceptar o no una oferta de trabajo<sup>36</sup>. En el caso Feryn, el Abogado General ya había planteado la cuestión al subrayar que “(...) consider(a) que una interpretación que limitara el alcance de la Directiva a los casos de demandantes identificables que hayan solicitado un determinado empleo crea el riesgo de debilitar la eficacia del principio de igualdad de trato en el sector del empleo. En todo proceso de contratación la “selección” máxima se produce entre quienes concurren y los que no lo hacen. No puede esperarse razonablemente que alguien solicite un puesto de trabajo si sabe de antemano que, a causa de su origen étnico o racial, carece de posibilidad de ser contratado. Por tanto, una declaración pública de un empleador que indique que las personas de un determinado origen racial o étnico no deben postularse tiene un efecto que no es para nada hipotético. No calificar esta declaración como un acto de discriminación sería desconocer la realidad social según la cual tales declaraciones tienen un efecto humillante y desmoralizador sobre las personas de este origen que quieren participar en el mercado laboral y, en particular, sobre quienes están interesados en trabajar para el empleador en cuestión”<sup>37</sup>.

Por ejemplo, la ley francesa nº. 2017-86 de 27 de enero de 2017 sobre la igualdad y la ciudadanía ha establecido la obligación de formación periódica en materia de no discriminación en empresas con al menos 300 empleados. Asimismo, la actuación del Defensor de Derechos en este ámbito ayuda a comprender mejor la cuestión relativa a la creación de un clima *LGBTI friendly* en el mercado laboral. De hecho, este organismo público de rango constitucional promueve la firma de una carta de compromiso LGBTI con las empresas y el servicio público. Marcas como Volvo, Orange o Casino, así como los sindicatos, han publicado guías específicas dedicadas a la lucha contra la homofobia en el trabajo. Asimismo, Air France KLM

---

<sup>36</sup> STJUE, 13 de julio 1995, Meyers, caso C-116/94, punto 22: “Procede añadir que el concepto de acceso al empleo no se refiere únicamente a las condiciones existentes antes de que nazca una relación laboral. como subrayó el Abogado General en el punto 47 de sus conclusiones, la perspectiva de percibir un “*family credit*” en caso de aceptar un empleo con bajos salarios incita al trabajador en situación de desempleo a aceptar dicho puesto de trabajo, de modo que la prestación guarda relación con las consideraciones de acceso al empleo”.

<sup>37</sup> Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Poiares Maduro, presentadas el 12 de marzo de 2008. Asunto C-54/07, *Centrum voor gelijkheid kansen en voor racismebestrijding* contra Firma Feryn NV, en su punto 15.

Daniel Borrillo y Jonatán Cruz Ángeles: “Discursos homófobos y discriminación directa en el acceso al empleo: análisis de la STJUE, de 23 de abril de 2020, y su impacto en los ordenamientos jurídicos italiano, francés y español”

y los ministerios sociales se han embarcado en campañas de acción y visibilización de empleados LGBTI. También se trata de concienciar y capacitar a todo el personal para crear un entorno inclusivo para las personas LGBTI. En este sentido, el artículo L. 1131-2 del Código de trabajo contiene la obligación de impartir información en materia de no discriminación a todos los responsables de la contratación en las empresas<sup>38</sup>. Estos ejemplos muestran claramente que en materia de empleo se trata de ir más allá de la represión de la discriminación al plantearse una política de prevención real que promueva un “ecosistema” inclusivo donde incluso se trata de alentar el *coming out* en la empresa<sup>39</sup>.

## 6. Los límites a la libertad de expresión

El artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los derechos Humanos consagra el derecho a la libertad de expresión, sujeto a una serie de restricciones. En cuanto a los límites a la libertad de expresión previstos en el citado Convenio, toda restricción debe cumplir con los siguientes tres criterios: estar prevista en la ley (1), ser necesaria (2) y perseguir fines legítimos (3), en este caso, lograr un alto nivel de empleo y protección social<sup>40</sup>. Asimismo, el artículo 52.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece que “cualquier limitación al ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por esta Carta deberá estar prevista por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Respetando el principio de proporcionalidad, las limitaciones sólo podrán establecerse si son necesarias y cumplen efectivamente objetivos de interés general reconocidos por la Unión o la necesidad de proteger los derechos y libertades de los demás”.

El TJUE recuerda que los límites a la libertad de expresión derivados de la Directiva 2000/78 “están previstos por la ley, ya que provienen directamente de esta Directiva” (apartado 50 de la sentencia de 23/04/2020. Asunto C-507/18 *Associazione Avvocatura per i Diritti LGBTI*). Además, como señala la Abogada General, “(...) mediante la adopción de la Directiva 2000/78, el legislador de la Unión ha expresado una elección clara. Las declaraciones discriminatorias que están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 no pueden disculparse invocando la libertad de expresión. Por lo tanto, un empleador no puede

---

<sup>38</sup> *Défenseur des droits, Agir contre les discriminations liées à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre dans l'emploi, Guide 2017*. Texto íntegro del documento disponible en:

[https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/agir\\_contre\\_les\\_discriminations\\_liees\\_a\\_lorientation\\_sexuelle\\_et\\_a\\_lidentite\\_de\\_genre\\_dans\\_lemploi\\_0.pdf](https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/agir_contre_les_discriminations_liees_a_lorientation_sexuelle_et_a_lidentite_de_genre_dans_lemploi_0.pdf)

<sup>39</sup> Jeanne, F. (2018): “Le choix du coming out en entreprise”, Etered. Texto íntegro del documento disponible en: <https://www.edenred.fr/votre-quotidien/ressources-humaines/le-choix-du-coming-out-en-entreprise>

<sup>40</sup> STJUE, de 23 de abril 2020, caso C-507/18, *Associazione Avvocatura per i Diritti LGBTI*, en su punto 51: “Además, tales limitaciones respetan el contenido esencial de la libertad de expresión, ya que se aplican únicamente con el fin de alcanzar los objetivos de la Directiva 2000/78, a saber, garantizar el principio de igualdad de trato en el empleo y la ocupación y la consecución de un alto nivel de empleo y de protección social. Así pues, están justificada por dichos objetivos”.



declarar que no contrataría a personas LGBTI, con discapacidad, cristianas, musulmanas o judías, y después invocar la libertad de expresión para defenderse. Al hacer esta declaración, no está ejerciendo su derecho a la libertad de expresión. Está enunciando una política de contratación discriminatoria”<sup>41</sup>. La Directiva no cercena en modo alguno la libertad de expresión en general, se limita a prohibir la expresión discriminatoria sólo en el contexto del trabajo y el empleo.

Más allá del alcance de la Directiva, está claro que las palabras utilizadas por el abogado resaltan la voluntad de socavar el honor de las personas LGBTI. Éste declaró que: “*gli omosessuali mi danno fastidio*”. Si dichos comentarios se hubieran realizado, por ejemplo, en Francia, éstos estarían sujetos a un análisis a la luz de la ley penal de 30 diciembre de 2004 contra las injurias de carácter homófobo, castigadas con pena de un año de prisión y una multa de 45.000 €. La sanción se explica por la gravedad de la infracción. Como señala Didier ERIBON: “En un primer momento, nos encontramos con el insulto, es decir, la relación que tienen los gays y las lesbianas (y, más en general, todas las minorías) con el mundo que los rodea. El momento fatal del encuentro con el insulto (“sucio maricón”), que interviene de una forma más o menos temprana en su existencia, es bastante decisivo, e incluso constitutivo, en la vida de todos los gays. Este impacto a raíz del insulto que, según el filósofo, muestra a quien lo recibe, no sólo un insulto momentáneo, sino el hecho de que siempre será insultado: descubre que aquello que se encuentra en lo más profundo de si mismo va a ser objeto de insultos, aislamiento, y quizás, agresiones físicas, etc. Esto marca profundamente la subjetividad de un individuo. Termina definiendo su propio ser. Si los insultos pueden herirnos la primera vez que los recibimos, es también porque conocemos su significado, el valor de la estigmatización, por la sencilla razón de que nos hemos familiarizado con este vocabulario desde la infancia. Y comprendemos que la identidad menospreciada, objeto de burla o mofa es la que vamos a interiorizar”<sup>42</sup>.

Las declaraciones del abogado tienen una intención asumida y consciente de excluir a un candidato potencial debido a su homosexualidad. Moviliza estereotipos y prejuicios que no están relacionados con las cualificaciones requeridas para trabajar en un bufete de abogados.

## **7. La respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al Tribunal Supremo italiano**

Ante la cuestión planteada al TJUE, sobre si las declaraciones públicas contrarias a las personas homosexuales entran dentro del ámbito de aplicación de la

---

41 Conclusiones de la Abogada General, Sra. Eleanor Sharpston, presentadas el 31 de octubre de 2019, Asunto C-507/18, NH contra Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI – Rete Lenford (Petición de decisión prejudicial planteada por la Corte Suprema di Cassazione (Tribunal Supremo de Casación, Italia), en su punto 62.

42 Eribon, D. (2012): *Face au "choc de l'injure". Entretien paru dans "L'Humanité-Dimanche"*. Texto íntegro del documento disponible en: <http://didiereribon.blogspot.com/2012/12/face-au-choc-de-linjure.html>

Directiva, incluso al margen de cualquier procedimiento de contratación, el Tribunal respondió que: “la noción de condiciones de acceso al empleo (...) o al trabajo, contenida en el artículo 3 -apartado 1, letra a) – de la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000, que establece un marco general a favor de la igualdad de trato en materia de empleo y ocupación, debe interpretarse en el sentido de que este concepto abarca las declaraciones realizadas por una persona durante un programa de radio satírico, según las cuales nunca contrataría a personas de determinada orientación sexual en su empresa, sin que, en ese momento, se estuviese llevando a cabo o se previese un procedimiento de contratación, siempre que el vínculo entre estas declaraciones y las condiciones de acceso al empleo o al trabajo dentro de esta empresa no sea hipotético”.

En cuanto a la primera cuestión planteada por el tribunal supremo italiano, a saber, si una asociación de abogados cuyo objeto estatutario es la defensa de las personas LGBTI en los tribunales y con independencia de su posible finalidad lucrativa está legitimada para iniciar automáticamente un procedimiento judicial con el fin de garantizar el cumplimiento de la Directiva y, en su caso, obtener una indemnización, el Tribunal respondió que: “La Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a la normativa nacional en virtud de la cual una asociación de abogados cuyo objeto legal es el de defender ante los tribunales a personas que tengan, en particular, una determinada orientación sexual y promover la cultura y el respeto a los derechos de esta categoría de personas se encuentra, en virtud de esta finalidad e independientemente de su posible lucro, legitimada automáticamente para emprender acciones legales destinadas a garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Directiva y, en su caso, a obtener reparación, cuando se produzcan hechos que puedan constituir discriminación, en el sentido de dicha Directiva, contra dicha categoría de personas y que no pueda identificarse a la persona lesionada”.

El Tribunal interpreta tanto la noción de discriminación como de legitimidad para actuar en nombre de un interés difuso. El estándar es claro: las declaraciones homófobas constituyen discriminación en el empleo y la ocupación cuando las hace alguien que tiene o se puede percibir que tiene una influencia decisiva en la política de contratación de un empleador. Si este tipo de declaraciones quedasen fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 “por el mero hecho de que se hubieran realizado al margen de un proceso de selección de personal (...) esta es la esencia misma de la protección otorgada por dicha Directiva sobre empleo y trabajo que podría volverse ilusoria”, subraya el Tribunal<sup>43</sup>.

Para responder al tribunal de casación italiano, los jueces de Luxemburgo llevaron a cabo una interpretación contextual de la Directiva que permite apreciar lo que es justo en este caso concreto, en palabras de G. GADAMER<sup>44</sup>. Partiendo de esta perspectiva hermenéutica, el Tribunal adoptó un razonamiento consistente en

---

<sup>43</sup> STJUE, de 23 de abril 2020, caso C-507/18, *Associazione Avvocatura per i Diritti LGBTI*, en su punto 54 (*op. cit.* ad supra, nota 36).

<sup>44</sup> Gadamer, H.G. (1960):, *Wahrheit und Methode*, J.C.B. Mohr, Tübingen. (p. 368 de la traducción italiana: *Verità e metodo*, Bompiani, 1983).



entender el concepto de “condición de acceso al empleo o al trabajo” no como el acto material de contratación *stricto sensu*, sino como un entorno social en el que la palabra tiene el poder para hacer las cosas (*vid.* el concepto de fuerza ilocutiva en la obra de Austin)<sup>45</sup>, especialmente cuando el emisor del discurso se presenta públicamente como titular de una autoridad para contratar a alguien (o no) por razón de su orientación sexual.

En cuanto a la legitimación para actuar, el Tribunal interpreta el interés colectivo en un sentido objetivo, es decir, que puede separarse del de la persona directamente lesionada, por lo que la Directiva en su artículo 9§2 permite a una organización que se presenta públicamente como defensora de los intereses de la comunidad identificada, en este caso el de las personas LGBTI, emprender acciones legales para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Directiva. Laura CURCIO tiene razón al afirmar que “*gli interessi protetti a mezzo del procedimento giudiziale sono anche interessi de nature diffusa, correlati a un intero gruppo sociale esposto alle discriminazioni*”<sup>46</sup> (los intereses protegidos mediante procesos judiciales son también intereses difusos, en relación con el conjunto de un grupo social expuesto a discriminación).

El Tribunal precisa que, aunque la Directiva no imponga el reconocimiento de la capacidad de obrar cuando no se pueda identificar a ninguna persona lesionada, prevé la posibilidad de que los Estados miembros adopten o mantengan disposiciones más favorables a la protección del principio de igualdad de trato que los que contiene. Corresponde a los Estados miembros especificar las condiciones en las que una asociación puede iniciar procedimientos judiciales para establecer la discriminación y sancionarla. Es su responsabilidad, en particular, determinar si el lucro de la asociación debe influir en la evaluación de su capacidad para actuar y especificar el alcance de dicha acción, así como las sanciones que pueden imponerse, pero recordándonos que tales sanciones deben ser efectivas, proporcionadas y disuasorias, incluso cuando no pueda identificarse a ninguna persona lesionada.

Esta calidad procesal otorgada a una asociación específica debería permitir al tribunal nacional identificar mejor la discriminación.

## 8. El alcance limitado de la sentencia en el Derecho francés

En Francia, tras la apertura de la accesión colectiva en materia de consumo en 2014 y en materia de salud en 2016, la Ley nº. 2016-1547 de 18 de noviembre de 2016 amplía su ámbito de actuación para incluir la discriminación ambiental, y la

---

<sup>45</sup> Austin, J.L (1962): *How to Do Things with Words*, Oxford University Press; traducción francesa de Lane, G. (1970): *Quand dire, c'est faire*, Seuil.

<sup>46</sup> Curcio, L. (2005): “Legitimazione *ad agere* nel nostro ordinamento e in particolare nel diritto del lavoro”. In Fabeni, S. & Toniollo, M.G., *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale. L'attuazione della direttiva 2000/78/CE e la nuova disciplina per la protezione dei diritti delle persone omosessuali sul posto di lavoro*, Ediesse, p. 353.

protección de datos personales. Sin entrar en el debate sobre la relevancia de la acción grupal en relación con el caso que estamos analizando, lo que nos parece importante es “la consideración de que la dimensión colectiva de la discriminación es determinante para contrarrestar la ineficacia y la dificultad a la hora de implementar decisiones en acciones individuales”<sup>47</sup>.

La acción colectiva sólo puede ser ejercida por asociaciones autorizadas y asociaciones con una actividad regular declarada, al menos, en los últimos cinco años y cuyo objeto legal incluya la defensa de los intereses que hayan sido vulnerados<sup>48</sup>. Es suficiente con que la finalidad de la asociación sea la de promover dichos intereses para que la asociación pueda actuar de forma legítima.

En cuanto a los derechos del consumidor, la Sala Segunda de lo Civil del Tribunal de casación consideró en una sentencia de 27 de mayo de 2004, que “se desprende del art. 31 NCPC y 1ero de la ley de 1 de julio de 1901 que, al margen de una habilitación legislativa, una asociación no puede emprender acciones legales en nombre de intereses colectivos a menos que éstos se inscriban en su objeto social”. En lo que respecta al litigio puramente civil, han abierto el camino a las

---

<sup>47</sup> Azar Baud, M.J. (2020): “Action civile et discriminations: l’apport de l’action de groupe”, *Droit Social*, n°4, Dalloz, p. 353.

<sup>48</sup> L. n° 2016-1547 de 18 de noviembre 2016, art. 63 : « *Seules les associations agréées et les associations régulièrement déclarées depuis cinq ans au moins dont l’objet statutaire comporte la défense d’intérêts auxquels il a été porté atteinte peuvent exercer l’action mentionnée à l’article 62* », Sólo las asociaciones autorizadas y las regularmente declaradas, desde hace al menos cinco años, cuyo objeto estatutario sea la defensa de los intereses vulnerados, podrán ejercer la acción mencionada en el artículo 62 (traducción propia) y *Code de Justice Administrative, Section 1: Objet de l’action de groupe, qualité pour agir et introduction de l’instance, art. L. 77-10-3 à L77-10-5. Article L77-10-3 : « Lorsque plusieurs personnes, placées dans une situation similaire, subissent un dommage causé par une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d’un service public, ayant pour cause commune un manquement de même nature à ses obligations légales ou contractuelles, une action de groupe peut être exercée en justice au vu des cas individuels présentés par le demandeur. Cette action peut être exercée en vue soit de la cessation du manquement mentionné au premier alinéa, soit de l’engagement de la responsabilité de la personne ayant causé le dommage afin d’obtenir la réparation des préjudices subis, soit de ces deux fins »*, Cuando varias personas, en una situación similar, sufran un daño causado por una persona jurídica de derecho público o por un organismo de derecho derivado encargado de la gestión de un servicio público, teniendo como causa común un incumplimiento similar de sus obligaciones legales, o contractual, podrá ejercerse una acción grupal ante la justicia en vista de los casos individuales presentados por el demandante. Esta acción podrá ejercitarse con vistas al cese del incumplimiento mencionado en el primer párrafo, o bien a la contratación de la responsabilidad de la persona que causó el daño para obtener una indemnización por el daño sufrido, o ambos fines (traducción propia). *Article L77-10-4 : reproduction literal del art. 63, L. n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 (cit. ad supra). Article L77-10-5 : « Préalablement à l’introduction de l’action de groupe, la personne ayant qualité pour agir met en demeure celle à l’encontre de laquelle elle envisage d’agir par la voie de l’action de groupe de cesser ou de faire cesser le manquement ou de réparer les préjudices subis. A peine d’irrecevabilité que le juge peut soulever d’office, afin que la personne mise en demeure puisse prendre les mesures pour cesser ou faire cesser le manquement ou pour réparer les préjudices subis, l’action de groupe ne peut être introduite qu’à l’expiration d’un délai de quatre mois à compter de la réception de cette mise en demeure »*, Previamente al inicio de la acción grupal, la persona legitimada para actuar notifica a aquél contra quien pretende actuar, mediante la acción grupal, para que cese o ponga fin al incumplimiento, o para que repare el daño sufrido. So pena de inadmisibilidad que el juez pueda plantear de oficio, para que el imputado pueda tomar medidas para frenar o poner fin al incumplimiento o reparar el daño sufrido, sólo podrá interponerse acción colectiva, al vencimiento de un periodo de cuatro meses a partir de la recepción de este aviso formal (traducción propia).





asociaciones ordinarias. De hecho, en varias ocasiones, el Tribunal de casación francés ha considerado que “una asociación puede emprender acciones legales en nombre de intereses colectivos, siempre y cuando éstos se encuentren comprendidos en su objeto social”<sup>49</sup>. A través de una sentencia de 18 de septiembre de 2008, el Tribunal afinó su posición al enfatizar que: “incluso sin autorización legislativa, y en ausencia de una disposición legal expresa sobre la adopción de recursos legales, una asociación puede emprender acciones legales en nombre de los intereses colectivos si éstos se encuentran contemplados en su objeto social...”<sup>50</sup>.

La extensión de la acción colectiva en casos de discriminación ha permitido consolidar por vía legislativa la interpretación del Alto Tribunal: es suficiente, por tanto, con que la asociación haya incluido en sus estatutos la protección de una categoría protegida (en este caso, orientación sexual) de modo que se reconozca automáticamente su legitimación activa. Dado que la legislación francesa también tiene en cuenta el daño moral (incluido el daño colectivo), el anuncio de discriminación futura como discriminación directa constituye un daño colectivo futuro susceptible de indemnización. Por tanto, el interés legítimo de actuar parece claramente establecido tanto por analogía con la acción grupal como por la interpretación del Tribunal de casación francés en materia de interés colectivo, sin actuar en representación del demandante o en ausencia de víctima identificable, situaciones en las que el criterio determinante de legitimación para actuar es el objeto social.

El impacto de la decisión del TJUE parece menos importante en Francia que en Italia debido a un régimen legal más protector, tanto en materia penal como civil. Como hemos subrayado, las declaraciones del abogado entrarían en el ámbito de la ley penal y constituirían, sin duda, una discriminación para la ley francesa ya que el tribunal de apelación de París consideró en una sentencia de 21 de febrero de 2018 que concluir el periodo de prueba de un peluquero, tras referirse a él como un “PD”, constituye un despido discriminatorio. Asimismo, en el ámbito procesal, la ley francesa no exige ningún registro público previo para las asociaciones, su legitimidad para actuar proviene de lo indicado en su objeto social.

Finalmente, como subraya la directora jurídica de la Defensoría de Derechos, “el tratamiento colectivo de las discriminaciones anuncia una nueva etapa que verá el desarrollo de nuevas estrategias de actuación. Parece necesario impulsar nuevas formas de movilización para promover la organización de nuevos grupos unidos en torno a la movilización y la acción judicial”<sup>51</sup>. Esto es exactamente lo que parece haber hecho la *Associazione Avvocature per i diritti LGBTI*. Esperemos que el juez

<sup>49</sup> Para más información, *vid. Cour de cassation, civile, Chambre civile 2, 5 octobre 2006, 05-18.494. Solution: Cassation partielle sans renvoi. Décision attaquée: Cour d’appel de Montpellier, du 25 mai 2005; Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 18 septembre 2008, 06-22.038. Solution: Cassation. Décision attaquée: Cour d’appel de Paris, du 6 octobre 2006 & Cour de cassation, civile, Chambre civile 3, 1er juillet 2009, 07-21.954. Solution: Cassation partielle. Décision attaquée: Cour d’appel d’Aix-en-Provence, du 27 septembre 2007.*

<sup>50</sup> *Ibidem*.

<sup>51</sup> Latraverse, S. (2020): “La lutte contre les discriminations au travail par le Défenseur des droits”, *Droit Social*, Dalloz, p. 292.

italiano sepa aprovechar la oportunidad que le brinda el Tribunal de Justicia de Luxemburgo.

## 9. El caso español: normativa dispersa y reunificación de criterios jurisprudenciales

En el caso del ordenamiento jurídico español<sup>52</sup>, podemos observar cómo la transposición de la Directiva 2000/78 se realizó mediante la aprobación de un único acto jurídico, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, sobre medidas fiscales, administrativas y de orden social<sup>53</sup>. En su Capítulo III, destinado a “medidas para la aplicación de igualdad de trato” (arts. 24 a 37), se contempla, en la sección 3ª, el establecimiento de una serie de medidas para que el principio de igualdad de trato y no discriminación sea real y efectivo en el acceso al empleo, lo que supone la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón de, entre otras categorías, la orientación sexual de una persona<sup>54</sup>. Entre éstas, destaca el establecimiento de medidas de acción positiva<sup>55</sup> y el establecimiento de la carga de la prueba, tanto en procesos del orden jurisdiccional civil, como en procesos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo<sup>56</sup>.

En su día, la ley sobre medidas fiscales, administrativas y de orden social llegó a modificar más de cincuenta actos legislativos en el ordenamiento jurídico español. Entre éstos, cabe destacar su incidencia en la redacción actual del Estatuto

---

<sup>52</sup> Para un estudio más detallado *vid.* Cano Galán, Y. (2019): “Igualdad y no discriminación por orientación sexual e identidad de género”, *Derecho Social de la Unión Europea: Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre, pp. 455-481; en la línea de Martín Puebla, E. (2018): “Igualdad de trato y no discriminación por edad, discapacidad y orientación sexual”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, Nº. Extra 7, 2018; y Gil Otero, L. (2020): “El papel procesal de las asociaciones de defensa de la igualdad ante la presunción discriminatoria en el acceso al empleo: especial mención a la discriminación por orientación sexual”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Nº. 153, 2020, pp. 175-210.

<sup>53</sup> Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Publicado en el BOE nº. 313, de 31 de diciembre de 2003.

<sup>54</sup> En este sentido, resulta de interés el estudio sobre discriminaciones múltiples, realizado por Molina Navarrete, C. (2018): “Retos evolutivos pendientes de justicia constitucional: más tradición-regresión que innovación-progreso”, *RTSS CEF*, nº. 429, p. 179; así como, González Cobaleda, E. (2019): “Los riesgos psicosociales de la mujer, trabajadora e inmigrante: la discriminación múltiple a considerar en el entorno laboral”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, nº. 50, pp. 41-62.

<sup>55</sup> *Ibid.* Artículo 35. Medidas de acción positiva. “Para garantizar en la práctica la plena igualdad por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual, el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o se adopten medidas específicas a favor de determinados colectivos destinadas a prevenir o compensar las desventajas que les afecten relativas a las materias incluidas en el ámbito de aplicación de esta sección”.

<sup>56</sup> *Ibid.* Artículo 36. Carga de la prueba. “En aquellos procesos del orden jurisdiccional civil y del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de las personas respecto de las materias incluidas en el ámbito de aplicación de esta sección, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.



de los trabajadores<sup>57</sup>, que considera que los trabajadores tienen derecho a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo o una vez empleados por razón de su orientación sexual (artículo 4.2 c), así como contempla el derecho de los trabajadores a que se respete su intimidad y su dignidad frente a posibles ofensas verbales y frente al acoso por razón de su orientación sexual (artículo 4.2 e). Asimismo, se contempla la nulidad de preceptos reglamentarios, cláusulas de convenios colectivos, pactos individuales y decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de orientación sexual (artículo 17) y el reconocimiento de incumplimiento contractual, en caso de acoso por razón de orientación sexual (artículo 54.2. g).

Desde el año 2009, son varias las Comunidades Autónomas que han aprobado leyes referidas de forma expresa a la no discriminación por razón de orientación sexual, en este sentido, véase la normativa de Andalucía<sup>58</sup>, Canarias<sup>59</sup>, Cataluña<sup>60</sup>, Extremadura<sup>61</sup>, Galicia<sup>62</sup>, Islas Baleares<sup>63</sup>, Madrid<sup>64</sup>, Navarra<sup>65</sup>, País Vasco<sup>66</sup> o la Región de Murcia<sup>67</sup>.

En esta línea de trabajo, el Partido político Unidas Podemos presentó, el pasado 12 de mayo de 2017, en el Congreso de los Diputados español, la “proposición de ley contra la discriminación por orientación sexual, identidad o expresión de género y características sexuales, y de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales”<sup>68</sup>, que contenía un paquete de medidas en el ámbito laboral (en su

<sup>57</sup> Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Publicado en el BOE n.º. 255, de 24 de octubre de 2015.

<sup>58</sup> Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales.

<sup>59</sup> Ley 8/2014, de 28 de octubre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales.

<sup>60</sup> Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia.

<sup>61</sup> Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género.

<sup>62</sup> Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales.

<sup>63</sup> Ley 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGBTI fobia.

<sup>64</sup> Ley 2/2016, de 29 de marzo, de protección integral contra la LGBTIfobia y la discriminación por razón de orientación e identidad sexual.

<sup>65</sup> Ley Foral 12/2009, de 19 de noviembre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales.

<sup>66</sup> Ley 148/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales.

<sup>67</sup> Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género.

<sup>68</sup> Proposición de Ley contra la discriminación por orientación sexual, identidad o expresión de género y características sexuales, y de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales. Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales del Congreso de los Diputados, Serie B: Proposiciones de ley, de 12 de mayo de 2017, n.º. 122-1.

capítulo VIII) que tenía por objeto la promoción y defensa de la igualdad de trato, tanto en el acceso al empleo como una vez empleados, entre las que destacaba el derecho de admisión (artículo 60), que “no puede comportar en ningún caso la discriminación por razón de orientación sexual”, pero que no contó con apoyos suficientes para su aprobación. Además, esta Propuesta de Ley concedía legitimación a las asociaciones que tuviesen entre sus finalidades la defensa y promoción de los derechos de las personas LGTBI en vía administrativa (artículo 36), y en vía contencioso-administrativa (incorporando al artículo 19 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa<sup>69</sup> una nueva letra j, a través de la Disposición adicional 7). En la actualidad, esta cuestión parece ser una de las tareas pendientes del gobierno español, conformado por la coalición progresista -Partido Socialista Obrero Español (PSOE) & Unidas Podemos-, si atendemos a lo expuesto en su acuerdo de coalición<sup>70</sup>.

Como hemos visto anteriormente, la normativa comunitaria establece que una asociación, organización u otra persona jurídica que tengan un interés legítimo, podrán iniciar, de conformidad con los criterios establecidos en el Derecho nacional, un procedimiento judicial o administrativo, en casos de discriminación por razón de orientación sexual, en nombre del demandante o en su apoyo<sup>71</sup>. En el ordenamiento jurídico español, esta capacidad o legitimación activa se contempla en la Ley de Jurisdicción social, en aquellos casos en los que corresponda al trabajador, como sujeto lesionado, la legitimación activa como parte principal. En estos casos, podrán personarse como coadyuvantes, en supuestos de discriminación, las entidades públicas o privadas entre cuyos fines se encuentre la promoción y defensa de los intereses legítimos afectados -en la misma línea de sus países vecinos- y, el precepto añade que, además, éstas no podrán personarse, recurrir ni continuar el proceso contra la voluntad del trabajador perjudicado<sup>72</sup>.

Por último, en cuanto a la legitimación activa en acciones colectivas en las que no se cuente con un sujeto pasivo identificable, el asunto C-507/18 realiza una labor de revisión de criterios y viene a completar una jurisprudencia nacional muy extensa en materia de protección de intereses colectivos<sup>73</sup>, pero que no había

---

<sup>69</sup> Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Publicada en el BOE nº. 167, de 14 de julio de 1998.

<sup>70</sup> Para un estudio más profundo sobre la cuestión, *vid.* Gómez Salado, M. A., “Algunas propuestas de reforma en materia de empleo y protección social que se incluyen en el Acuerdo titulado Coalición Progresista: un análisis jurídico laboral”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, 2020, vol. V, nº. 1, pp. 215-242.

<sup>71</sup> En materia de legitimación activa de asociaciones -en casos relativos a sujetos pasivos identificables-, *vid.* la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, en su artículo 9.2.

<sup>72</sup> En materia de legitimación activa de asociaciones -en casos relativos a sujetos pasivos identificables-, *vid.* la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, en su artículo 177.2.

<sup>73</sup> Para un estudio más detallado sobre la jurisprudencia española en materia de protección de intereses colectivos, *vid. inter alias*, STC nº. 25/1981, de 14 de julio de 2020; sobre características de los derechos e intereses colectivos *vid.*: STS nº. 907/1998, de 30 de septiembre, STS nº. 473/2010, de 15 de julio, Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona nº. 467/2000, de 24 de octubre, Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla nº. 33/2004, de 22 de enero; sobre diferencia entre interés legítimo e



tratado, hasta la fecha -de forma expresa-, la legitimación activa de asociaciones en casos de discriminación por razón de orientación sexual en materia de acceso al empleo.

El artículo 20 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social<sup>74</sup> y el artículo 11 (*bis*) de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil<sup>75</sup> contemplan la ampliación de la legitimación procesal -a sindicatos y a asociaciones en defensa de la igualdad- pero única y exclusivamente, para la defensa del derecho de igualdad de trato entre mujeres y hombres. De modo que, a día de hoy, no encontramos un precepto normativo en el ordenamiento jurídico español, en lo que concierne a la protección de la discriminación por razón de orientación sexual, ni para la legitimación activa de asociaciones o colectivos en este tipo de casos.

En este sentido, coincidimos con Arias Domínguez<sup>76</sup>, que plantea la posibilidad de que, en ausencia de que nuestro legislador y/o nuestro Tribunal Constitucional actúe, se entienda hermenéuticamente que la discriminación por orientación sexual sea una variante o una derivación de la genérica discriminación por razón de sexo, como viene ocurriendo, *inter alias*, en la jurisprudencia más reciente y de actualidad del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América<sup>77</sup>.

## 10. Conclusiones

En el asunto *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI (C-507/18)* la *Corte Suprema di Cassazione* (Tribunal de Casación, Italia) plantea dos cuestiones prejudiciales. En la primera de éstas, el tribunal italiano cuestiona si una asociación se encuentra legitimada para entablar acciones judiciales con el objeto de exigir el

---

interés directo *vid.*: STC nº. 24/1987, de 25 de febrero, STC 220/2001, de 31 de octubre & STC nº. 164/2003, de 29 de septiembre.

<sup>74</sup> Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. Publicada en el BOE n1. 245, de 11 de octubre de 2011.

<sup>75</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Publicado en el BOE nº. 7, de 8 de enero de 2000. Artículo 11 *bis*. Legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres. 1. Para la defensa del derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres, además de los afectados y siempre con su autorización, estarán también legitimados los sindicatos y las asociaciones legalmente constituidas cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres, respecto de sus afiliados y asociados, respectivamente. 2. Cuando los afectados sean una pluralidad de personas indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a los organismos públicos con competencia en la materia, a los sindicatos más representativos y a las asociaciones de ámbito estatal cuyo fin primordial sea la igualdad entre mujeres y hombres, sin perjuicio, si los afectados estuvieran determinados, de su propia legitimación procesal. 3. La persona acosada será la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo.

<sup>76</sup> Arias Domínguez, A (2020): “Ámbito objetivo de la tutela antidiscriminatoria por razón de orientación sexual: alcance a estadios previos a la contratación y legitimación procesal”, *Revista de jurisprudencia laboral*, nº. 5, *passim*.

<sup>77</sup> *Supreme Court of the United States. Case Bostock v. Clayton County, Georgia. Certiorari to the United States Court of Appeals for the eleventh circuit. Nº. 17-1618. Argued October 8, 2019 – Decided June 15, 2020.* Disponible en: [https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/17-1618\\_hfci.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/17-1618_hfci.pdf)

cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Directiva 2000/78 a falta de un sujeto identificable y, de ser así, qué criterios debería cumplir dicha asociación.

A tal efecto, el Tribunal de Luxemburgo declara que una asociación que tenga un interés legítimo en entablar acciones podrá solicitar que una conducta discriminatoria se sancione de manera efectiva, proporcionada y disuasoria, incluso mediante la concesión de una indemnización, de conformidad con las condiciones establecidas en el Derecho nacional. En este sentido, podemos apreciar la relevancia y la incidencia de esta sentencia, principalmente en los ordenamientos jurídicos italiano y español, que no establecen -de forma expresa- la legitimación activa de asociaciones en asuntos relativos a discriminación por razón de orientación sexual en el ámbito del empleo, en aquellos casos en los que no se aprecie un sujeto pasivo identificable. A diferencia del ordenamiento jurídico francés, en el que sí se contempla la extensión de la acción colectiva para las asociaciones, cuya legitimidad para actuar proviene de lo indicado en su objeto social, en este tipo de casos.

En la segunda cuestión prejudicial, se plantea si una declaración hecha en un programa de radio en la que el entrevistado manifestó de forma clara e inequívoca que nunca contrataría a una persona homosexual para trabajar en su despacho ni recurriría a sus servicios, está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78. Aunque dicha afirmación no se refiera a un proceso de selección actual o futuro.

A juicio de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, estas declaraciones pueden estar comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 3, apartado 1, letra a), de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, ya que pueden dificultar el acceso al empleo. En el caso de que esas declaraciones no se efectúen en el contexto de un proceso de selección en marcha, corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar si la relación con el acceso al empleo no es hipotética, teniendo en cuenta la posición y la capacidad de la persona que efectuó las declaraciones, la naturaleza, el contenido y el contexto de éstas, y la medida en que tales declaraciones pueden disuadir a las personas pertenecientes al grupo protegido de presentar su candidatura a una oferta de empleo de este empleador.

En este caso, el Tribunal interpreta tanto la legitimidad para actuar en nombre de un interés difuso como la noción de discriminación. El estándar es claro: las declaraciones homófobas constituyen discriminación en el empleo y la ocupación cuando las hace alguien que tiene o se puede percibir que tiene una influencia decisiva en la política de contratación de un empleador. Por tanto, nos encontramos ante una nueva categoría de discriminación directa: el anuncio público de una discriminación.

## **11. Referencias bibliográficas**

Alland, D. & Rials, S. (2003) : *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF.

- Arias Domínguez, A (2020): “Ámbito objetivo de la tutela antidiscriminatoria por razón de orientación sexual: alcance a estadios previos a la contratación y legitimación procesal”, *Revista de jurisprudencia laboral*, nº. 5.
- Austin, J.L (1962): *How to Do Things with Words*, Oxford University Press; traducción francesa de Lane, G. (1970): *Quand dire, c'est faire*, Seuil.
- Azar Baud, M.J. (2020): “Action civile et discriminations: l’apport de l’action de groupe”, *Droit Social*, nº4, Dalloz
- Bilotta, F. (2018): “La discriminazione diffusa e i poteri sanzionatori del giudice”, *Responsabilità Civile e Previdenza*, nº1.
- Borrillo, D. (2003) : *Lutter contre les discriminations*. La Découverte, coll. « Recherches », Paris.
- Borrillo, D. & Formond, T. (2007): *Homosexualité et discriminations en droit privé*, La Documentation française.
- Cadiet, L., Normand, J. & Amrani Mekki, S. (2010): *Théorie générale du procès*, PUF, Thémis droit.
- Cano Galán, Y. (2019): “Igualdad y no discriminación por orientación sexual e identidad de género”, *Derecho Social de la Unión Europea: Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre.
- Curcio, L. (2005): “Legitimazione ad agire nel nostro ordinamento e in particolare nel diritto del lavoro”. In Fabeni, S. & Toniollo, M.G., *La discriminazione fondata sull’orientamento sessuale. L’attuazione della direttiva 2000/78/CE e la nuova disciplina per la protezione dei diritti delle persone omosessuali sul posto di lavoro*, Ediesse.
- Danisi, C. (2013): “Lavoro, assunzioni e omofobia alla Corte di Giustizia”, *Genus, Rivista di studi giuridici sull’orientamento sessuale e l’identità di genere*.
- Eribon, D. (2012): *Face au "choc de l'injure". Entretien paru dans "L'Humanité-Dimanche*.
- Ferraro, G. & Monda, G. M. (2005) : "La promozione della parità di trattamento". In Fabeni, S. & Toniollo, M.G. (Eds.) : *La discriminazione fondata sull’orientamento sessuale. L’attuazione della direttiva 2000/78/CE e la nuova disciplina per la protezione dei diritti delle persone omosessuali sul posto di lavoro*, Ediesse.
- Gadamer, H.G. (1960): *Warheit und Methode*, J.C.B. Mohr, Tübingen.
- Gattuso, M. (2014): “La prima condanna in Italia per discriminazione fondata sull’orientamento sessuale: un caso esemplare”, *Genus, Rivista di studi giuridici sull’orientamento sessuale e l’identità di genere*.
- Gil Otero, L. (2020): “El papel procesal de las asociaciones de defensa de la igualdad ante la presunción discriminatoria en el acceso al empleo: especial mención a la discriminación por orientación sexual”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Nº. 153, 2020.
- González Cobaleda, E. (2019): “Los riesgos psicosociales de la mujer, trabajadora e inmigrante: la discriminación múltiple a considerar en el entorno laboral”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*.
- Jeanne, F. (2018): “Le choix du coming out en entreprise”, *Enered*.
- Latraverse, S. (2020): “La lutte contre les discriminations au travail par le Défenseur des droits”, *Droit Social*, Dalloz.
- Martín Puebla, E. (2018): “Igualdad de trato y no discriminación por edad, discapacidad y orientación sexual”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, Nº. Extra 7, 2018.
- Molina Navarrete, C. (2018): “Retos evolutivos pendientes de justicia constitucional: más tradición-regresión que innovación-progreso”, *RTSS CEF*, nº. 429.
- Morgan, S. (2012): “Le principe d’égalité de traitement en droit social de l’Union européenne : d’un principe moteur à un principe matriciel”, *Revue française des affaires sociales*, nº 1.
- Schmitt, M. (2011): *Répertoire de droit du travail: Droit du travail de l’Union européenne*, Dalloz.
- Velasco Portero, T. (2020) : “Libertad de expresión y prohibición de discriminación en el ámbito de empleo y la ocupación por razón de orientación sexual”, *Temas laborales*, nº. 153