

El derecho fundamental a la no discriminación por orientación sexual e identidad de género en la relación laboral



Jaime Cabeza Pereiro
José Fernando Lousada Arochena

Editorial  Bommarzo



ÍNDICE

CAPÍTULO PRIMERO. APROXIMACIONES CONCEPTUALES, ALGUNOS CONDICIONANTES SOCIALES Y CONSIDERACIONES JURÍDICAS GENERALES.....	13
1. Aproximaciones conceptuales.....	13
2. Algunos condicionantes sociales.....	18
3. Consideraciones jurídicas generales.....	21
CAPÍTULO SEGUNDO. LA DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y EUROPEOS DE DERECHOS HUMANOS.....	25
1. Los principios de Yogyakarta.....	25
2. La protección de los LGTBI en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	30
2.1. Su trascendencia.....	30
2.2. El respeto a la vida privada.....	31
2.3. Los derechos familiares.....	34
2.4. La publicidad de la orientación sexual. En particular, reunión y manifestación.....	38
CAPÍTULO TERCERO. NORMAS Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIA SOBRE DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO EN EMPLEO Y OCUPACIÓN.....	45
1. El largo camino recorrido hasta la prohibición comunitaria de la discriminación por orientación sexual e identidad sexual en empleo y ocupación.....	45
1.1. Las primeras resoluciones sobre discriminación por orientación sexual e identidad de género emanadas del Parlamento Europeo.....	45
1.2. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ampara a las personas transexuales, pero no a las personas homosexuales.....	48
1.3. La protección frente a la discriminación por orientación sexual a consecuencia del Tratado de Ámsterdam.....	50
2. La Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, del Consejo.....	52
2.1. Aproximación general: los claros y los oscuros.....	52

2.2. Ámbitos de aplicación	55
2.2.1. Causa protegida y personas incluidas: lesbianas, gays, bisexuales	55
2.2.2. Situaciones de discriminación múltiple en sus modalidades acumulativa e interseccional	56
2.2.3. Materias incluidas	57
2.2.4. Materias excluidas	59
2.2.5. Ámbito temporal	61
2.3. El principio de igualdad de trato y oportunidades por orientación sexual	61
2.3.1. La prohibición de discriminación directa por orientación sexual	62
2.3.1.1. Discriminación abierta	63
2.3.1.2. Discriminación oculta, en especial la derivada de la prohibición legal de contraer matrimonio	64
2.3.2. La prohibición de discriminación indirecta por orientación sexual	67
2.3.3. El acoso relacionado con la orientación sexual.....	69
2.3.4. Modulaciones del principio de igualdad de trato por orientación sexual	71
2.3.4.1. Acerca de la cláusula del bien común.....	71
2.3.4.2. Acerca de la cláusula de la buena fe ocupacional	73
2.3.5. El principio de igualdad de oportunidades por orientación sexual: Acciones positivas y medidas específicas	78
2.4. Las cláusulas de protección jurisdiccional efectiva	79
2.4.1. El derecho a la tutela judicial efectiva	79
2.4.2. La carga de la prueba de la discriminación.....	81
2.4.3. Garantía de indemnidad	85
2.4.4. Garantías de cumplimiento y regulación de las sanciones	85
2.5. La prevención de la discriminación por orientación sexual.....	87
2.5.1. Divulgación de la información	88
2.5.2. Negociación colectiva.....	88
2.5.3. Parteneriado con organizaciones no gubernamentales	89

3. Las personas del colectivo LGTBI no contempladas en la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, del Consejo, e incluidas en las directivas de igualdad de sexos.....	89
3.1. Personas concernidas: transexuales, transgénero e intersexuales	89
3.2. Conductas discriminatorias en la jurisprudencia comunitaria.....	91
3.3. Diferencias en la tutela antidiscriminatoria de las personas transexuales, transgénero e intersexuales con respecto a lesbianas, gays y bisexuales	91
3.3.1. Diferencias en los ámbitos de aplicación de la normativa.....	92
3.3.2. Diferencias en el principio de igualdad de trato. En especial, la aplicación de la buena fe ocupacional a las personas transexuales, transgénero e intersexuales	93
3.3.3. Diferencias en el principio de igualdad de oportunidades	95
3.3.4. Diferencias en las medidas de prevención de la discriminación	96
3.4. Protección del embarazo en las personas transgénero	96
4. El programa de acción comunitaria para luchar contra la discriminación (2001-2006) y la lucha contra la discriminación incluida en el programa Progress (2007-2013).....	97
5. Las directrices del Consejo de la Unión Europea, de 24 de junio de 2013, para promover y proteger el disfrute de todos los derechos humanos por parte de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales	99
6. Las resoluciones emanadas del Parlamento Europeo, y en especial la Resolución de 4 de febrero de 2014 relativa a la hoja de ruta de la Unión Europea contra la homofobia y la discriminación por los motivos de orientación sexual e identidad de género	99

CAPÍTULO CUARTO. NORMAS Y JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA SOBRE DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO EN EMPLEO Y OCUPACIÓN..... 103

1. El tratamiento de la discriminación por orientación sexual e identidad de género tras la constitución española.....	103
1.1. Situación normativa anterior	103
1.2. El limitado impacto inicial del cambio constitucional.....	106
1.3. Reformas legislativas consiguientes al cambio constitucional.....	107
2. La Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social	109

2.1. Conceptos generales.....	110
2.2. Regulación positiva.....	111
2.3. Valoración crítica.....	115
3. Las reformas posteriores con incidencia sobre la discriminación por orientación sexual e identidad de género en el trabajo.....	116
4. Propuestas de reforma: el proyecto de ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación.....	117
5. La jurisprudencia constitucional sobre discriminación por orientación sexual en el trabajo.....	118
5.1. La inclusión de la orientación sexual dentro del manto protector del artículo 14 de la Constitución Española.....	118
5.2. La aplicación al caso de la doctrina sobre la flexibilización de la carga de la prueba de la lesión de derechos fundamentales.....	120
6. La doctrina judicial ordinaria sobre la discriminación por orientación sexual en el trabajo.....	121
7. Leyes autonómicas sobre discriminación por orientación sexual e identidad de género.....	124
7.1. La Ley gallega.....	125
7.2. La Ley andaluza.....	129
7.3. Las Leyes navarra y vasca.....	130
7.4. Consideración final.....	131
8. Negociación colectiva y discriminación por orientación sexual e identidad de género.....	131
CAPÍTULO QUINTO. DERECHOS ESPECÍFICOS DE IGUALDAD EN EL TRABAJO DE LAS PERSONAS LGTBI (ACOSO HOMÓFOBO, MATERNIDAD Y CONCILIACIÓN).....	135
1. Derecho a la protección frente al acoso homóforo.....	135
2. Derechos de maternidad y conciliación en los matrimonios y parejas de hecho homosexuales.....	141
2.1. Maternidad y paternidad en matrimonios y uniones de hechos de hombres.....	142
2.2. La utilización de técnicas de maternidad subrogada.....	143
2.3. Maternidad y conciliación en matrimonios y uniones de hecho de mujeres.....	145

2.4. La adopción del padrastro o de la madrastra, y, en particular, en los matrimonios de mujeres	148
2.5. El permiso de lactancia en parejas homosexuales	149
2.6. Derechos nacidos de matrimonio y uniones de hecho homosexuales	151

CAPÍTULO SEXTO. RELACIONES DE LA DISCRIMINACIÓN DE LGTBI CON OTRAS DISCRIMINACIONES Y OTRAS VERTIENTES DE LA DISCRIMINACIÓN DE LGTBI

1. La discriminación interseccional: reflexión introductoria.	153
2. Las conexiones entre la discriminación por razón de sexo y por orientación e identidad sexual	155
3. Discriminación por orientación o identidad sexual y por religión	163
4. Apunte sobre la conexión entre la orientación sexual y la discapacidad	170
5. Otras vertientes de la discriminación de LGTBI.....	171
5.1. La discriminación por asociación	171
5.2. La orden de discriminar.....	172
5.3. La acción positiva.....	172

CAPÍTULO SÉPTIMO. LA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO EN EL ÁMBITO LABORAL.....

1. La tutela judicial laboral del derecho a la no discriminación por orientación sexual o identidad de género.....	173
1.1. Delimitación competencial en juicios sobre igualdad y acoso	175
1.2. Prejudicialidad penal en juicios sobre igualdad y acoso	176
1.3. Legitimación basada en derechos subjetivos: ¿exclusiva legitimación de la víctima de la violación?	178
1.4. Intervención de los sindicatos, organismos de igualdad y asociaciones de defensa de la igualdad.....	178
1.5. Asistencia pública a las víctimas por parte del Ministerio fiscal.....	180
1.6. El estatuto procesal de la víctima de la discriminación.....	180
1.7. Problemas de legitimación pasiva y litisconsorcio pasivo necesario en casos de acoso.....	181

1.8. Medidas cautelares en casos de acoso	182
1.9. La sentencia	183
1.10. Ejecución de la sentencia del despido de la víctima del acoso.....	186
2. La prueba de la discriminación por orientación sexual o identidad de género	186
2.1. La carga de la prueba de la parte demandante.....	187
2.2. En particular, el conocimiento empresarial del factor protegido.....	191
2.3. La carga de la prueba de la parte demandada.....	192
3. El acoso discriminatorio por orientación sexual o identidad de género como accidente de trabajo	196
4. Infracciones y sanciones del orden social derivadas de una discriminación por orientación sexual o identidad de género.....	196
5. La protección frente a las represalias	198
BIBLIOGRAFÍA	201