

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

LIDIA GIL OTERO

Investigadora predoctoral (FPU) en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Santiago de Compostela

EXTRACTO

Palabras clave: discriminación, orientación sexual, acceso al empleo, legitimación activa, asociaciones

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con ocasión del caso *NH*, ha otorgado una protección especial, en el ámbito de las relaciones laborales, a las «modernas» causas de discriminación, como la orientación sexual. A partir de unas manifestaciones públicas por las que se excluía la contratación del colectivo homosexual en su generalidad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dibujado una presunción de discriminación en la contratación contraria a la Directiva relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Este tipo de actuaciones vulneran por sí mismas el derecho a la no discriminación en su vertiente colectiva, sin existir una víctima o perjudicado identificable, y exigen una reflexión sobre qué sujetos colectivos son los más adecuados para su denuncia. No obstante, la apuesta por una legitimación activa amplia no fue seguida por el ordenamiento jurídico-procesal español. La falta de una mención expresa en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social a la legitimación de asociaciones civiles obliga a poner de manifiesto su interés legítimo colectivo para acceder al proceso de tutela de derechos fundamentales. Sin embargo, la necesaria conexión del objeto de la litis con los fines estatutarios deja un escenario sujeto a la interpretación que colisiona con lo previsto en otros órdenes jurisdiccionales

ABSTRACT

Key words: discrimination, sexual orientation, access to employment, active legitimation, associations

The Court of Justice of the European Union, on the occasion of the *NH* case, has granted special protection to «modern» causes of discrimination, such as sexual orientation, in the field of labor relations. From some public declarations that excluded the hiring of the homosexual collective in general, the Court of Justice of the European Union has drawn a presumption of discrimination in hiring contrary to the Directive 2000/78/EC. This type of action violates by itself the right to non-discrimination in its collective aspect, without an identifiable victim or injured party, and requires reflection on which collective subjects are the most suitable for reporting them. However, the bid for a wide active legitimation was not followed by the Spanish legal-procedural order. The lack of an explicit mention in the Regulatory Law of the Social Jurisdiction to the legitimation of civil associations forces to proof their collective legitimate interest to access the process of protection of fundamental rights. Despite this, the necessary connection of the object of the litigation and the statutory purposes leaves a scenario subject to interpretation that clashes with the provisions of the other jurisdictional orders.

ÍNDICE

1. LA NO DISCRIMINACIÓN EN EL ACCESO AL EMPLEO POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN Y DIVERSIDAD SEXUAL: EL PESO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA
2. LA VINCULACIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA
 - 2.1. El ámbito de aplicación de la Directiva relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación y la presunción de discriminación en la contratación
 - 2.2. Los criterios para establecer la vinculación discriminatoria: especial atención al efecto disuasorio
3. LA APUESTA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA POR UNA LEGITIMACIÓN ACTIVA AMPLIA
4. LAS ASOCIACIONES CIVILES COMO PARTE PRINCIPAL EN EL PROCESO DE TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
 - 4.1. La construcción en el ordenamiento español de la discriminación colectiva en el acceso al empleo y la falta de acción
 - 4.2. La defensa del interés legítimo colectivo en el proceso frente a la titularidad del derecho
 - 4.2.1 Conexión del interés legítimo colectivo con el objeto estatutario
 - 4.2.2. Interpretación amplia de la competencia del orden jurisdiccional social
5. VALORACIÓN FINAL: UNA REFORMA YA CONOCIDA

1. LA NO DISCRIMINACIÓN EN EL ACCESO AL EMPLEO POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN Y DIVERSIDAD SEXUAL: EL PESO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Las tensiones entre la libertad de empresa y de contratación y el principio de igualdad son ya conocidas para el Derecho del trabajo y los organismos encargados de su aplicación. El artículo 38 de la Constitución Española consagra el derecho del empresario a decidir qué y cómo producir, seleccionando a los sujetos que, dentro de la actividad empresarial, contribuyan en mejor medida a alcanzar el mayor beneficio económico¹. En un escenario ideal, a pesar de que el empresario cuente con un margen de discrecionalidad, su libertad de organización

¹ Guerrero Vizuete, E., «Estadios previos a la contratación y discriminación: la tutela del derecho a no ser discriminado en el proceso de acceso al empleo», *La tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores en tiempos de crisis* (Coords. Cabeza Pereiro y Martínez Yáñez), Bomarzo, Albacete, 2014, pp. 196-199.

y selección debería conducir a la contratación de aquellos candidatos que, por razones estrictamente objetivas, considerase más adecuados para el desempeño de los servicios. Sin embargo, ignorar el componente subjetivo que existe en toda contratación sería obviar la realidad. Este componente podría inclinar al empresario a adoptar, dentro de la legalidad, decisiones que resultasen excéntricas o cuestionables para los candidatos en concreto². Pese a ello, la decisión de no contratación podría escaparse de esa legalidad cuando estuviese fundada única y exclusivamente en características sociales o personales protegidas por el ordenamiento jurídico, dado su perfil discriminatorio.

La disposición por parte del empresario de condicionantes no objetivos y ajenos a la actividad empresarial constituye una forma peligrosa de discriminación que supone, a su vez, la vulneración del principio de igualdad de oportunidades. Resulta plenamente asumido que el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución no despliega sus efectos en una relación entre particulares como la que puede entablar el empresario con los posibles candidatos; lo contrario supondría un límite sumamente incisivo en la autonomía contractual y el poder de dirección empresarial³. No obstante, la prohibición de discriminación, derivada del principio de igualdad, se erige como un instrumento que vincula al empresario y defiende al trabajador frente a arbitrariedades y usos ilegítimos de la autonomía de la voluntad⁴. Las discriminaciones contrarias al orden público constitucional no pueden quedar amparadas bajo la libertad de empresa, de tal modo que la tutela antidiscriminatoria debe presidir las decisiones empresariales adoptadas no sólo estando vigente el contrato de trabajo, sino también en sus fases previas.

El respeto de la tutela antidiscriminatoria en las fases previas al contrato de trabajo ha venido exigiéndose ya desde mediados del siglo pasado, cuando la Organización Internacional del Trabajo incluyó en el Convenio núm. 111 la protección específica del derecho a no sufrir discriminaciones, entre otras, en las fases de admisión en el empleo (art. 1.3)⁵. Esa misma línea fue, de hecho, la seguida por parte del Tribunal Constitucional. Preocupado por no vaciar

² Cámara Botía, A., «Poder del empresario y prohibición de discriminación en el empleo», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 33/2001, pp. 77-78.

³ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., «Igualdad y no discriminación en el empleo», *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*, 1/2001, pp. 471-472.

⁴ Cámara Botía, A., «Poder del empresario y prohibición de discriminación en el empleo», *op. cit.*, pp. 85-87.

⁵ Este instrumento internacional destacó, sin lugar a duda, por la prohibición de la discriminación en dos ámbitos diferentes como fueron el empleo y la ocupación. Esta distinción y referencia genérica provocó que pudiese encuadrada en ella la discriminación en fases previas al nacimiento de la relación jurídico-laboral.

de contenido estos compromisos internacionales, entendió a lo largo de su jurisprudencia que la defensa de los derechos fundamentales, en el ámbito laboral, no debía ceñirse únicamente a los actos que se diesen estando en curso la relación y el contrato de trabajo⁶. La fase de acceso al empleo cobró así una importancia vital para el Tribunal Constitucional, llegando a constituir incluso un «vehículo de superación de la situación social peyorativa de los colectivos discriminados»⁷. Las dificultades en el acceso al empleo de colectivos discriminados, a partir de dichos precedentes, fueron abordadas en el ordenamiento jurídico nacional y supranacional. De esta forma, la tutela antidiscriminatoria en el acceso al empleo no sólo se encuentra recogida en los artículos 4.2 c) y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores⁸, sino también en las directivas comunitarias relativas a la igualdad en el empleo y la ocupación -independientemente de la causa de discriminación concreta que abordasen⁹.

La lectura de los anteriores precedentes judiciales y normativos parece reflejar que la discriminación en el acceso al empleo es una barrera ya levantada a través de la persecución y represión de la conducta. No obstante, aunque se persiga tanto la discriminación directa como indirecta, la eficacia de la prohibición de discriminación en los momentos previos al contrato de trabajo se antoja complicada en la realidad, existiendo una limitada litigiosidad al respecto. Las decisiones de no contratación de carácter discriminatorio suelen ser difíciles de detectar por quedar cubiertas, en la mayoría de las ocasiones, por fórmulas

⁶ Esta posición se puede observar en dos sentencias características del Tribunal Constitucional como son la sentencia 173/1994, de 7 de junio, y la sentencia 41/1999, de 22 de marzo. En ambas se catalogó el derecho a la no discriminación como un límite claro al ejercicio de la libertad empresarial de contratación que alcanzaba consecuentemente la fase de acceso al empleo y los procesos de selección.

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 173/1994, de 7 de junio (F.J. 3º).

⁸ Ninguno de los dos preceptos refleja, de forma expresa, la prohibición de la discriminación en la fase precontractual. No obstante, ambos recogen términos que no se ciñen a la vigencia de la relación laboral de una forma literal. Por un lado, el art. 4.2 c) reconoce el derecho de los trabajadores a no ser discriminados directa o indirectamente «para el empleo». Por otro, el art. 17.1 declara la nulidad de aquellas decisiones del empresario que den lugar «en el empleo» a situaciones de discriminación directa o indirecta. La referencia genérica al empleo permite que se engloben no sólo aquellas conductas que tengan lugar durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de trabajo.

⁹ Resulta destacable en este sentido el tenor literal que comparten la Directiva 2000/78/CE y la Directiva 2000/43/CE, aun referidas a causas de discriminación diferentes. Así, los artículos 3.1 a) de cada una de ellas disponen que la tutela antidiscriminatoria que prevén resultará de aplicación a todas las personas en relación con «las condiciones de acceso al empleo (...), incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación». Por su parte, también la Directiva 2000/6/CE (referida a la igualdad de trato entre hombres y mujeres) recoge en su artículo 1 a) la aplicación expresa del principio de igualdad de trato «en lo que se refiere al acceso al empleo».

imprecisas de cortesía¹⁰, desanimando también la denuncia de los posibles afectados ante una expectativa que no tenía por qué cumplirse¹¹.

Si bien estas fórmulas encubiertas exigen generalmente un examen detallado de la discriminación, mayoritariamente indirecta, esta también puede provenir de fuentes más obvias como las simples declaraciones de los empresarios o de los responsables de la contratación. El hecho de que se declare públicamente que no se contratará a determinados trabajadores por razón de su orientación sexual, género u origen étnico, entre otras causas, ha sido considerado como una discriminación directa que, a su vez, asume dentro de sí una multiplicidad de escenarios. Si el empresario o el responsable de la contratación declara su intención de excluir a un candidato en concreto por razón de circunstancias personales o sociales como las anteriores, no cabría duda de que se vulneraría su derecho a no ser discriminado, existiendo una víctima o perjudicado identificable. Sin embargo, no resulta extraño que declaraciones de ese estilo se realicen en fases muy iniciales del procedimiento de selección o incluso sin que este se llegue a abrir, mostrando así una política de contratación empresarial excluyente de un colectivo en su conjunto. Esta última manifestación de la discriminación en el acceso al empleo se encuentra con dos principales complicaciones de cara a su persecución: la vinculación de las declaraciones discriminatorias con la política de contratación empresarial y la configuración de los mecanismos procesales necesarios para la defensa del derecho a la no discriminación en su vertiente colectiva, ante la falta de una víctima identificable.

Ha sido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, Tribunal de Justicia) la que, en mayor o menor medida, ha otorgado los criterios que permiten la resolución de sendas cuestiones y que obligan, a su vez, a comprobar si el ordenamiento jurídico español se adecúa a ellos y otorga una protección suficiente. De un conjunto de tres sentencias del Tribunal de Justicia en las que fueron juzgadas declaraciones de no contratación abiertamente discriminatorias, destaca especialmente la vertiente procesal de cada una y, por

¹⁰ Cámara Botía, A., «Poder del empresario y prohibición de discriminación en el empleo», *op. cit.*, pp. 33-34.

¹¹ La denuncia de la simple desestimación de una candidatura puede antojarse compleja por lo limitado del derecho del rechazado a acceder a la información de los demás candidatos. Esa información permitiría acreditar los hechos que, a su vez, permitiesen presumir la existencia de cualquier tipo de discriminación. Véase, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 21 de julio de 2011, asunto C-104/10, *Patrick Kelly y National University of Ireland* (ECLI:EU:C:2011:506) y de 19 de abril de 2012, asunto C-415/10, *Galina Meister y Speech Design Carrier Systems GmbH* (ECLI:EU:C:2012:217).

ello, la causa de discriminación especialmente protegida. Los casos *Accept*¹², *Feryn*¹³ y *NH*¹⁴, pese a sus particularidades, no sólo constituyen una muestra representativa de la importancia que cobra la posición de la empresa y su política de contratación ante declaraciones discriminatorias. En los tres casos el protagonismo absoluto en la labor de defensa de la igualdad no fue asumido por víctimas o denunciantes concretos e identificables, sino por asociaciones y organizaciones civiles dedicadas a la lucha contra la discriminación¹⁵.

Si bien la lucha contra las causas tradicionales de discriminación ha sido asumida, mayoritariamente, por organismos de carácter público¹⁶, las modernas causas de discriminación como la orientación e identidad sexual están siendo combatidas en primera línea por organizaciones de la vida civil, que cuentan cada vez con un mayor peso y calificación para la defensa y reivindicación de los intereses del colectivo. Es destacable, por ejemplo, en esta tendencia de asociacionismo, la Federación Estatal de Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales (FELGTB), compuesta en la actualidad por 56 organizaciones a lo largo de todas las comunidades autónomas. Este tipo de asociaciones, entidades y organizaciones de lucha por la normalización no dedican únicamente sus esfuerzos a labores de promoción y cultura. Han pasado a desarrollar en la realidad un activismo jurídico significativo, persiguiendo la discriminación por orientación o identidad sexual en todas las facetas de la vida social. Por ello, el ámbito de las

¹² Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de abril de 2013, asunto C-81/12, *Asociatia Accept* (ECLI:EU:C:2013:275).

¹³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 2008, asunto C-54/07, *Firma Feryn NV* (ECLI:EU:C:2008:397).

¹⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de abril de 2020, asunto C-507/18, *NH y Associazione Avvocatura per i diritti LGTBI* (ECLI:EU:C:2020:289).

¹⁵ La discriminación por razón de orientación sexual en el acceso al empleo, presente en los casos *Accept* y *NH*, llegó al Tribunal de Justicia gracias a la actuación de dos asociaciones civiles. En el caso *Accept*, a pesar de que la discriminación se dirigía hacia un jugador de fútbol al que no se le quería contratar, éste decidió no emprender la vía judicial, asumiendo la defensa íntegra la organización no gubernamental *Accept*, dedicada a la promoción y protección de los derechos de las lesbianas, gays, bisexuales y transexuales. Por su parte, en el caso *NH* no se afectó de manera concreta a un candidato, sino que se manifestó públicamente que no se contratarían en la empresa a trabajadores gays. Ante esta discriminación colectiva actuó *Associazione Avvocatura per i diritti LGTBI*, una asociación de abogados dedicada a la defensa ante los tribunales de los derechos de las personas LGTBI. En el asunto *Feryn*, al igual que sucedía en el caso *NH*, no existió una víctima identificable. Ante las declaraciones de un empresario manifestando su decisión de no contratar en su empresa a trabajadores de determinado origen étnico o racial, decidió actuar el *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding*, un organismo público dedicado a velar por la igualdad de oportunidades y la lucha contra el racismo.

¹⁶ Piénsese, por ejemplo, en la discriminación por razón de género. En esa lucha destaca principalmente el Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades (IMIO) como organismo autónomo y público dedicado a la promoción y fomento de la igualdad de ambos sexos.

relaciones laborales no se escapa a su radio de actuación, entendiéndolo como un espacio de formación, conocimiento y superación social en el que debería estar integrado el respeto hacia la diversidad¹⁷.

Las anteriores cuestiones prejudiciales planteadas ante el Tribunal de Justicia muestran precisamente la lucha de este tipo de asociaciones contra una reprochable y cada vez mayor predisposición a adoptar abiertamente conductas de contratación homófobas. Tanto en el caso *Accept* como en el caso *NH* la atención recayó, precisamente, en la censura de conductas discriminatorias por razón de orientación sexual. Más allá de las razones estructurales que se puedan encontrar detrás de dichas tendencias, la orientación y la diversidad sexual como causas prohibidas de discriminación exigen se reflexione, por un lado, sobre su papel en el acceso al empleo ante la adopción y manifestación de decisiones empresariales de no contratación que, a su vez, pueden favorecer círculos de autoexclusión. Por otro lado, y con independencia del parecer individual sobre la defensa de los derechos del colectivo LGTBI por organizaciones no públicas, esa labor de reivindicación debe ser atendida a través de garantías procesales que permitan hacer valer los derechos de sus asociados. Por ello, junto con la vertiente más sustantiva de la tutela antidiscriminatoria por razón de orientación e identidad sexual, debe valorarse también la incidencia en la tutela judicial de la defensa de intereses colectivos por las asociaciones que mejor los representan. Esta tendencia asociativa obliga a examinar, por una parte, qué papel procesal reserva para estas entidades la legislación española en los procesos del orden social otra y, por otra, si cuentan o no con la legitimación y capacidad suficiente para hacer efectiva la tutela antidiscriminatoria.

2. LA VINCULACIÓN DE LAS DECLARACIONES PÚBLICAS DISCRIMINATORIAS CON LA POLÍTICA DE CONTRATACIÓN

2.1. El ámbito de aplicación de la Directiva relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación y el nacimiento de la presunción de discriminación en la contratación

Ya con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el Tribunal de Justicia le ganaba el pulso al legislador comunitario previendo protecciones específicas para causas de discriminación no expresamente previstas

¹⁷ Este espíritu se desprende, por ejemplo, de la *Guía para intervenir en casos de discriminación laboral a lesbianas, gais, transexuales y bisexuales*, elaborada por la FELGTB a través de un formato web sumamente ilustrativo. En ella se aborda, entre otros aspectos, la discriminación laboral, su identificación y los pasos necesarios para su denuncia (Disponible en <https://guialaboralfelgtb.wordpress.com/>).

en su ordenamiento jurídico, pero patentes en la realidad social. Así sucedió con la orientación e identidad sexual que, a pesar de no estar en ese momento identificada como una causa autónoma de discriminación, sí se dejó entrever a la luz del caso *P.v.S*¹⁸. Las particularidades de este pronunciamiento, reconduciendo la discriminación por orientación e identidad sexual a la discriminación por razón de sexo, hacían patente la necesidad de un instrumento comunitario que reconociese expresamente dicha lucha en el ámbito de las relaciones laborales. A este objetivo respondieron conjuntamente el artículo 13 del Tratado de Ámsterdam y su desarrollo legislativo posterior, 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 adelante, Directiva 2000/78/CE), recogiendo ambos instrumentos normativos la orientación sexual entre el conjunto de causas discriminatorias prohibidas¹⁹.

La tutela antidiscriminatoria por razón de orientación sexual resultaba imprescindible no sólo para respetar los principios en los que debía fundarse la convivencia social. La histórica posición de desventaja social y desigualdad que habían sufrido las personas por causa de su orientación sexual se venía observando también en el ámbito de las relaciones laborales. Ya no se trataba únicamente de las conductas empresariales discriminatorias que podían sucederse a lo largo de la vida del contrato del trabajo. Uno de los vehículos principales de integración como era el acceso al empleo podía resultar por sí mismo inalcanzable ante decisiones empresariales de no contratación basadas únicamente en motivos discriminatorios²⁰, favoreciendo así un círculo de autoexclusión. Teniendo en cuenta este escenario, la evolución jurisprudencial²¹ y, especialmente, los antecedentes normativos, la Directiva 2000/78/CE quiso prestar especial atención a este respecto. A partir de su aprobación y transposición, la libre organización y contratación empresarial pasó a contar con un fuerte límite: la prohibición de discriminación por un amplio elenco de causas (incluida la orientación sexual) en la fase precontractual y en la

¹⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de abril de 1996, asunto C-13/94, *P.v.S and Cornwall County Council* (ECLI:EU:C:1996:170). Para un análisis detallado sobre esta sentencia, véase Alonso Olea, M., «El despido de un transexual (a propósito de la sentencia comunitaria de 30 de abril de 1996)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 87/1998, pp. 5-19.

¹⁹ Rivas Vañó, A., «La prohibición de discriminación por orientación sexual en la Directiva 2000/78», *Temas Laborales*, 59/2001, pp. 195-203; Cruz Villalón, J., «La progresiva incorporación de los derechos fundamentales en el acervo normativo comunitario»; *Temas Laborales*, 59/2001, pp. 1-7.

²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 173/1994, de 7 de junio (F.J.3º).

²¹ El Tribunal de Justicia reconoció por primera vez la orientación sexual como causa discriminatoria independiente de la discriminación por razón de sexo en su sentencia de 17 de febrero de 1998, asunto C-249/96, *Grant v. South-West Trains Ltd* (ECLI:EU:C:1998:63).

admisión y acceso al empleo²². El amplio ámbito de aplicación de la Directiva determinó que esta tutela no quedase circunscrita a la existencia de una posible relación laboral, sino que se extendiese expresamente a las «condiciones de acceso al empleo (...), incluidos los criterios de selección y condiciones de contratación (...), independientemente de la rama de actividad» [art. 3 a)].

Tal y como se mencionaba con anterioridad, las fórmulas imprecisas de cortesía que esconden la discriminación en el acceso al empleo rara vez son llevadas a los tribunales. Realmente, la tutela comunitaria antidiscriminatoria ha visto desplegada su eficacia ante exteriorizaciones públicas de la conducta por parte del empresario, a través de declaraciones o anuncios abiertamente discriminatorios. Manifestaciones públicas homofóbicas en virtud de las cuales el empresario declara no querer contratar en su empresa a trabajadores por razón de su orientación o identidad sexual deben vincularse, de cara a su ilicitud, con la política de contratación que se siga en la empresa. No obstante, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se observa cómo esta vinculación puede ser difícil de determinar por dos circunstancias diferentes: la inexistencia de un proceso de selección u oferta de empleo en el momento en el que se profieren las declaraciones, sin existir una víctima identificable, y/o la manifestación de dichas declaraciones no por el empleador, sino por una persona perteneciente a la empresa sin capacidad para definir y organizar la captación del personal.

Siguiendo un orden cronológico, el Tribunal de Justicia reconoció en el *caso Feryn* que el derecho a un proceso respetuoso con los derechos fundamentales abarcaba la fase anterior al inicio de un proceso de selección. Ante las declaraciones de un empleador en las que se daba a conocer públicamente que no se contrataría a trabajadores de determinado origen étnico o racial, el Tribunal de Justicia dibujó por primera vez la presunción de la política de contratación discriminatoria, que se seguiría aplicando con independencia de la causa que motivase la discriminación. Se desvinculó así de la discriminación directa la necesidad de que existiese una víctima o denunciante identificable, primando la afectación pública y colectiva y, especialmente, el efecto disuasorio que tales declaraciones generarían en un futuro proceso de selección de la empresa²³. En definitiva, esta línea interpretativa no trataba de asegurar el derecho a un puesto de trabajo, en la medida en que no existía ninguna persona que resultase afectada en un estado tan inicial de la cobertura de una vacante. La tutela antidiscriminatoria en el acceso al empleo

²² Cámara Botía, A., «Poder del empresario y prohibición de discriminación en el empleo», *op.cit.*, pp. 75-98.

²³ Sempere Navarro, A.V., «Cinco casos recientes sobre colectivos vulnerables (prostitutas, extranjeros, víctimas de violencia de género, discapacitados, jubilados forzosos)», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 14/2008, pp. 3-6.

implicaba para el Tribunal de Justicia el reconocimiento del derecho a un proceso futuro de selección que no vulnerase los derechos fundamentales²⁴.

La necesidad de respetar ese derecho en su máxima expresión llevó al Tribunal de Justicia a seguir matizando y ampliando las fronteras de la presunción de discriminación. La casuística dio lugar a supuestos en los que las declaraciones de no contratación venían de personas que, aun pareciendo representar a la empresa de cara al público, carecían de capacidad jurídica para vincularla en materia de contratación de personal. El caso *Accept* implicó la perfecta representación de este supuesto, al tener que juzgarse las declaraciones homófobas de un directivo de un club de fútbol que, pese a no ser el sujeto responsable de la contratación, aseguró no contratar jamás a un jugador en concreto por razón de su orientación sexual. El Tribunal de Justicia, al hilo de este caso, remodeló su presunción de discriminación poniendo en alza, una vez más, el efecto disuasorio y la percepción de los destinatarios. La existencia o inexistencia de discriminación directa en las declaraciones no podía hacerse depender, a su juicio, de que el público o los destinatarios conociesen la organización interna de cada una de las empresas y las funciones inherentes al cargo profesional del declarante. Para el Tribunal de Justicia, el indicio fundamental a valorar por el tribunal nacional era que los destinatarios pudiesen o no razonablemente suponer que, en dicho contexto, las declaraciones eran realizadas por la persona en virtud de la autoridad de su cargo. La imputabilidad de las declaraciones se hizo depender así de indicios de cada caso en concreto, como la mención al carácter personal de las manifestaciones o la adopción por la empresa, a la mayor brevedad posible, de las medidas necesarias para distanciarse de las declaraciones²⁵. El que la empresa no se desvinculase podía revestir a las declaraciones de un carácter oficial o institucional que, de por sí, harían extensible a ellas la presunción de la práctica de discriminación en la política de contratación de personal y, consecuentemente, la posible aplicación de la tutela antidiscriminatoria²⁶.

²⁴ De Fuentes García-Romero de Tejada, C., «Selección de personal y discapacidad. Especial referencia a las personas con trastorno mental grave», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 185/2016, p. 16.

²⁵ Estos indicios fueron recogidos por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 17 de abril de 2007, asunto C-470/03, *A.G.M.-COS.MET* (ECLI:EU:C:2007:213). Pese a tratarse de un pronunciamiento desconectado del ámbito de las relaciones laborales, en él tuvieron que valorarse las consecuencias jurídico-mercantiles de unas declaraciones realizadas sobre un determinado producto por un funcionario sin capacidad de decisión en el procedimiento de control del mercado.

²⁶ Maneiro Vázquez, Y., «La aplicación de la Directiva 2000/78/CE por el Tribunal de Justicia: avances recientes en la lucha contra la discriminación», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 191/2016, pp. 28-29.

La anterior línea jurisprudencial podría otorgar ya por sí misma una respuesta clara al caso *NH*. En él resultaba necesario determinar el carácter discriminatorio de unas declaraciones en virtud de las cuales un abogado manifestaba que nunca contrataría ni recurriría a los servicios de abogados homosexuales en su despacho. En estas declaraciones se juntaban dos de las grandes vicisitudes ya examinadas por el Tribunal. En primer lugar, el declarante, como trabajador, carecía de capacidad jurídica para vincular a su empresa en materia de contratación; y, en segundo lugar, no había programado en el bufete en ese momento proceso alguno de selección, ni actual ni futuro. Consecuentemente, los anteriores precedentes judiciales permitirían concluir la existencia de una presunción de discriminación directa por razón de orientación sexual.

El caso *Feryn*, expuesto con anterioridad, estaba referido a la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato a las personas independientemente de su origen racial o étnico. Esta directiva posee un ámbito de aplicación amplio que, atendiendo a una única causa discriminatoria como es el origen racial o étnico, extiende la tutela a más facetas que la estrictamente laboral, como la educación o el acceso a bienes y servicios (art. 3). Por su parte, la Directiva 2000/78/CE era la gran protagonista en el caso *NH*. Esta directiva incluye una protección limitada al ámbito laboral pero que, por el contrario, la amplía a las modernas causas de discriminación como son la religión, la discapacidad, la edad o la orientación sexual (art. 1). Pese a estas divergencias, si se pone el foco de atención únicamente en la discriminación laboral, se puede observar que ambos instrumentos comparten el mismo tenor literal cuando determinan qué actos discriminatorios son susceptibles de quedar incluidos bajo sendos ámbitos de aplicación. Ambas directivas afirman que se aplicarán expresamente a «las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional» [art. 3.1 a) de la Directiva 2000/43/CE y art. 3.1 a) de la Directiva 2000/78/CE]. Esta conexión entre ambos instrumentos normativos provocó que el Tribunal de Justicia, al enfrentarse al caso *NH*, decidiese trasladar por completo la doctrina *Feryn* a un texto normativo distinto obteniendo, pese a ello, el mismo resultado.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia consideró necesario en el caso *NH* acudir a una interpretación autónoma y uniforme del concepto de acceso al empleo en el Derecho de la Unión Europea, que debía realizarse en función de tres principales parámetros: el sentido habitual en el lenguaje corriente, el contexto en el que se utiliza y/o los objetivos perseguidos por la norma (apartado 31)²⁷.

²⁷ Así lo dispusieron las sentencias de 3 de septiembre de 2014, asunto C-201/13, *Deckmyn y*

Si bien el lenguaje corriente no resultaba idóneo para encajar las declaraciones en el concepto de condiciones de acceso²⁸, es el último criterio, la finalidad de la norma, el que permitió adoptar una definición no restrictiva del concepto (apartados 35 a 41). Así, declaraciones por las que se rehúsa la contratación de determinadas personas por razón de su orientación sexual conformaron factores que influían en la decisión de una persona sobre la aceptación o no de una oferta de empleo y que, genéricamente, podían entrar dentro del concepto de acceso al empleo²⁹.

A pesar de que los postulados anteriores eran de fácil deducción, el caso *NH* sirvió para que tanto la Abogada General, en sus conclusiones, como el Tribunal de Justicia, en su sentencia, vieran la oportunidad de unificar en una respuesta una línea jurisprudencial que quedaba dividida en diferentes fallos judiciales, reflejando de forma clara cuáles debían ser los requisitos para que una conducta como la descrita fuese perseguida al amparo de la Directiva 2000/78/CE.

2.2. Los criterios para establecer la vinculación discriminatoria: especial atención al efecto disuasorio

La falta de un proceso de selección y el hecho que las declaraciones emanasen de quien no tenía capacidad de definir la política de contratación no podían suponer un obstáculo para la inclusión en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE de manifestaciones discriminatorias por razón de orientación sexual relativas a una política de contratación. Lo determinante para delimitar ese ámbito de aplicación era, a juicio del Tribunal, la vinculación de dichas declaraciones con la política de contratación real de la empresa. Es en este punto en el que el Tribunal de Justicia reforzó en el caso *NH* su doctrina de la presunción discriminatoria en la política de contratación. Para que las declaraciones pudiesen ser censuradas conforme a la tutela antidiscriminatoria, resultaba imprescindible que éstas estuviesen vinculadas de forma real y no hipotética con la política de contratación de un empresario determinado³⁰. El Tribunal de Justicia otorgó así los criterios

Vrijheidsfonds yn y Vrijheidsfonds (ECLI:EU:C:2014:2132) (apartado 19) y de 29 de julio de 2019, asunto C-516/17, *Spiegel Online* (ECLI:EU:C:2019:625) (apartado 65).

²⁸ El Tribunal de Justicia entiende el concepto, en el lenguaje corriente, como aquellas circunstancias o hechos «cuya existencia deba acreditarse imperativamente para que una persona pueda obtener un empleo o acceder a un ejercicio profesional determinado» (apartado 33). En este sentido, se distancia en cierta medida de las conclusiones de la Abogada General, que entendía que el concepto incluía «las condiciones, los criterios, los medios y la manera de conseguir un trabajo por cuenta ajena» (apartado 43).

²⁹ Así se ha pronunciado el Tribunal de Justicia en la sentencia de 13 de junio de 1995, asunto C-116/94, *Meyers* (ECLI:EU:C:1995:247) (apartado 22) en sede de discriminación por razón de sexo, tal y como remarcó la Abogada General en sus conclusiones (apartado 46).

³⁰ A la hora de explicar esta vinculación, resulta muy ilustrativa la Abogada General en

para que los jueces nacionales, ante el planteamiento de casos similares -incluso referidos a causas de discriminación diferentes-, determinasen esa necesaria vinculación.

El primer criterio que debe tenerse en cuenta para vincular las declaraciones con la política de contratación es «la posición de la persona que efectúa las declaraciones y la calidad en la que se ha expresado». En consecuencia, atendiendo a este criterio, para que existiese la vinculación sería necesario demostrar alguno de los siguientes tres escenarios: 1) que el declarante fuese un empleador potencial; 2) que, *de iure o de facto*, el declarante pudiese «influir de manera determinante en la política (...) o decisión de contratación de un empleador potencial»; o 3) que el declarante pudiese ser percibido «por el público o los círculos interesados como una persona que puede ejercer tal influencia, aun cuando carezca de la capacidad jurídica para definir la política de contratación de personal del empresario de que se trate o incluso de vincular o representar a este último en materia de contratación de personal» (apartado 44). El Tribunal de Justicia retomó en este punto la teoría de la imputabilidad de las declaraciones, ante la percepción por parte de un público al que no se le podía exigir un conocimiento exhaustivo del organigrama empresarial. De la lectura de las conclusiones de la Abogada General se infiere únicamente que el abogado que verbalizó esas reprochables declaraciones homofóbicas era un abogado senior (apartado 20). Si bien es cierto que esa condición implicaba, con carácter general, la carencia de derechos políticos en el bufete, el público podía percibir de su posición elevada cierta influencia en las decisiones empresariales. En definitiva, lo realmente relevante de dicho criterio es que a través de él el Tribunal de Justicia negó, de nuevo, la necesidad de que las declaraciones discriminatorias fuesen proferidas por el empleador, otorgando así una preponderancia relevante a la percepción de los destinatarios frente a aspectos estrictamente formales.

El segundo criterio hace referencia a la naturaleza y el contenido de las declaraciones. Para el Tribunal de Justicia, la vinculación declaraciones-política de contratación quedaría patente si las declaraciones estuviesen referidas a las condiciones de acceso al empleo o al ejercicio profesional y, a su vez, mostrasen una intención discriminatoria respecto de los miembros de un grupo protegido por la tutela comunitaria (apartado 45). Este criterio resultó especialmente importante para la Abogada General. En sus conclusiones, consideró que las declaraciones y su objeto suponían por sí mismas una anticipación a una futura contratación

sus conclusiones cuando afirma que, por ejemplo, esta vinculación no existiría si un arquitecto declarase que, si fuese abogado, nunca contrataría a alguien por razón de su orientación sexual, porque tal declaración no estaría vinculada con el acceso al empleo (apartado 52).

que realizaría el empleador en la que, según anunció públicamente, aplicaría ese criterio discriminatorio porque formaría parte de su política de contratación (apartado 55).

En último lugar, debe valorarse el contexto en el que fueron efectuadas las declaraciones, incidiendo especialmente en si estas fueron públicas o privadas o se difundieron al público a través de medios de comunicación o redes sociales (apartado 46). De nuevo, a través de este criterio, el Tribunal de Justicia puso especial atención en la recepción de las declaraciones por sus destinatarios, refiriéndose especialmente a su sentido y a cómo estas fueron aceptadas por el público en general. En este aspecto es especialmente destacable el reproche que realizó la Abogada General a la defensa del demandado, que alegaba haber proferido dichas palabras en un programa de sátira política y dejando entrever el carácter «jocoso». Para la Abogada General, el abuso del «humor» por parte de un potencial empleador no debía excusar la desazón que podía sufrir un colectivo discriminado que veía mermadas sus posibilidades de inclusión y acceso al empleo (apartado 56). En definitiva, el contexto público de las declaraciones podía incidir en la creación por parte de los destinatarios de una expectativa de la empresa y su política de contratación «oficial», siendo extremadamente necesario cuidar con recelo la imagen que se transmitía. Si en un medio público se declara una intención discriminatoria por parte del empleador o personas relacionadas a él, un integrante del colectivo afectado no tendría motivos para pensar que, en un futuro, ese criterio discriminatorio desaparecería de su política de contratación para contratarlo a él. Correspondería al empresario probar, por ello, que la percepción de las declaraciones no es coincidente con su política de contratación real.

Si bien los anteriores criterios conforman la doctrina del Tribunal de Justicia, la Abogada General optaba en el caso *NH* por introducir un cuarto en sus conclusiones: el efecto disuasorio de las declaraciones respecto a las personas pertenecientes al grupo protegido para presentarse a una oferta de empleo de ese empleador en concreto (apartado 58). Para justificar la incorporación de dicho criterio, hizo suyas las conclusiones del Abogado General en el caso *Feryn*, dada la similitud de su objeto. Según la Abogada General, declaraciones como las realizadas en el caso *NH* y su difusión, siendo fácilmente localizables en Internet, «podían disuadir a personas homosexuales de solicitar un empleo como abogados o personal de apoyo en el despacho», en la medida en que no podría esperarse razonablemente que solicitase un puesto si sabía ya con anterioridad que carecía de posibilidades de ser contratado. En gran medida, este criterio estaba muy relacionado con el anterior, el contexto de las declaraciones, ya que el carácter público de estas o su difusión llega a un mayor público y hace calar en él la idea de una política de contratación discriminatoria.

El propio Tribunal de Justicia prestó atención en la sentencia a lo declarado por la Abogada General, al afirmar que el proceso de selección, que se efectúa entre personas que presentan su candidatura y quienes no, podía quedar desvirtuado por el efecto disuasorio de declaraciones como las presentes (apartado 55). No obstante, la Abogada, a través de su inclusión, pretendía abordar un enfoque propio que, a su vez, bebía de la naturaleza de las causas discriminatorias. Determinadas circunstancias personales y sociales ligadas históricamente a formas de opresión merecen una protección especial por el ordenamiento jurídico en aras a superarlas y propiciar la inclusión. El efecto humillante de declaraciones como las ahora aquí examinadas generan una rueda de autoexclusión del colectivo afectado que también puede ser tenida en cuenta a la hora de valorar la conducta. La apuesta por este último criterio hubiese permitido que fuese examinada no sólo la intencionalidad de la conducta discriminatoria, sino el efecto perverso que ésta genera en sus destinatarios y en la reproducción de estigmas sociales.

La valoración de los tres criterios por el tribunal nacional, a efectos de valorar la existencia de un vínculo real entre las declaraciones y la política de contratación, requiere un análisis pormenorizado de las circunstancias y, a su vez, global. La exactitud con la que los criterios deben ser examinados exige una ardua labor de desvirtuación por parte del empresario, que estaría obligado a probar cuál es la práctica de contratación real³¹, sin poder ampararse en cuestiones como la libertad de expresión. La línea marcada por el Tribunal de Justicia ya venía anticipando que la tutela antidiscriminatoria suponía un límite necesario al derecho a la libertad de expresión. No obstante, el caso *NH* sirvió también para recordar que declaraciones públicas discriminatorias y homófobas no suponen un ejercicio de tal derecho fundamental, sino el simple enunciado de una política de contratación discriminatoria cuya prohibición y persecución resultaba absolutamente necesaria para reforzar la tutela antidiscriminatoria³².

Independientemente del resultado, que el Tribunal de Justicia valorase la ilicitud de las manifestaciones públicas o declaraciones atendiendo especialmente a los destinatarios o víctimas (identificables o no), supuso un refuerzo importante de la tutela antidiscriminatoria que contribuirá a que no se cree una doble barrera, impuesta por el presunto empleador y por la víctima ante su efecto desazonador.

³¹ Sempere Navarro, A.V., «Cinco casos recientes sobre colectivos vulnerables (prostitutas, extranjeros, víctimas de violencia de género, discapacitados, jubilados forzosos)», *op. cit.*, p.5.

³² En este sentido fueron también especialmente interesantes las conclusiones de la Abogada General, de nuevo en un talante sumamente tuitivo en el que se hizo prevalecer la recepción de los mensajes por el colectivo afectado (apartados 60 a 62).

3. LA APUESTA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA POR UNA LEGITIMACIÓN ACTIVA AMPLIA

Este esfuerzo realizado por el Tribunal de Justicia para erigir una tutela antidiscriminatoria sólida debe ir acompañado de garantías procesales que permitan hacer valer los derechos fundamentales de los afectados. La complejidad de los procesos en los que el objeto de discusión es la tutela antidiscriminatoria no debería ser un obstáculo para que las víctimas recaben de la justicia su respeto. Los trabajadores afectados suelen buscar apoyo y asesoramiento ya no solo en los sindicatos, sino también en asociaciones civiles que tengan encomendada la labor de promoción y defensa de los derechos del colectivo, tal y como se veía con anterioridad. Por esta razón, la posible intervención procesal de este tipo de entidades no podía ser obviada por el legislador comunitario. La Directiva 2000/78/CE consiguió reflejar estas consideraciones a través de la apuesta por una legitimación amplia. Pese a que las garantías procesales son una cuestión que atinge a los Estados miembros, el artículo 9.2 de la Directiva les impuso una obligación muy concreta: permitir que asociaciones, organizaciones o personas jurídicas que tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de la Directiva pudiesen iniciar cualquier procedimiento judicial o administrativo a tales fines. Esta legitimación de las entidades poseía un carácter subordinado, especificando el precepto que el inicio del proceso debía hacerse por las entidades o bien en nombre del demandante, o bien en su apoyo, y contando siempre con su autorización.

Esta lectura del artículo 9.2 de la Directiva parece exigir la existencia de una víctima o denunciante identificable como requisito para la actuación de las entidades en el ámbito procesal. No obstante, esto puede casar mal con la amplitud con la que el Tribunal de Justicia ha venido entendiendo anteriormente la tutela antidiscriminatoria, aplicable y exigible aun cuando no exista una persona en concreto que hubiese sido afectada de forma identificable. Como se ha podido apreciar, ello será muy frecuente en casos en los que manifestaciones o declaraciones públicas generan un sentimiento de discriminación colectiva y no individual que, además, es protegido por entidades colectivas. Las declaraciones de NH, por ejemplo, no afectaron a ningún candidato al empleo de forma concreta, precisamente porque no existía ningún proceso de selección. Sin embargo, el presunto carácter discriminatorio de las declaraciones motivó la activación de las garantías procesales por parte de una asociación de abogados dedicada a la lucha contra la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género mediante actividades de protección jurídica.

Del tenor literal del artículo 9 no se desprende que las entidades o asociaciones puedan actuar a falta de una víctima o demandante identificable. Sin embargo, no debe obviarse que las directivas constituyen instrumentos que

dejan a los Estados miembro un amplio margen de apreciación, dentro de sus limitaciones³³, y que actúan como derecho mínimo. Los Estados miembros pueden adoptar o mantener medidas más favorables que las dispuestas en la Directiva para el cumplimiento de su finalidad, extendiendo por ejemplo la legitimación activa plena a las entidades civiles sin necesidad de que exista una víctima identificable. El caso *NH* ha permitido observar la adopción de esta medida por parte de la legislación italiana, a través del Decreto legislativo núm. 216/2003, por el que se traspuso la Directiva 2000/78/CE. Su artículo 5.2 dispuso así que las organizaciones sindicales, asociaciones y organizaciones representativas del interés lesionado gozarían de legitimación activa «en los casos de discriminación colectiva cuando no puedan identificarse de modo directo e inmediato las personas perjudicadas por la discriminación»³⁴. La compatibilidad de este precepto con el derecho comunitario no arrojó ningún tipo de duda para el Tribunal de Justicia, concluyendo este que el reconocimiento de la legitimación activa de organizaciones a falta de víctima identificable no era más que una opción del Estado miembro en virtud de la cual definiría sus propios requisitos y circunstancias exigibles³⁵. El Tribunal de Justicia, tomando como referencia los precedentes *Accept y Feryn*, consideró de forma acertada que la lectura conjunta de los artículos 8 y 9 de la Directiva no se oponía a que los Estados miembros pudiesen adoptar disposiciones más favorables para la defensa de sus objetivos que las previstas en su propio texto (apartados 61 a 63). La Directiva no obligaba a que los Estados miembros reconociesen la legitimación activa de las asociaciones a falta de víctima identificable, pero tampoco se oponía a ello. Se trataba de una decisión u opción del Estado miembro que, en caso de que se adoptase, obligaba a que sea éste quien definiese los requisitos y circunstancias exigibles para el ejercicio de tal derecho.

³³ Miranda Boto, J.M., «El papel de la autonomía colectiva en la transposición de directivas», *Aranzadi Social*, 21/2002, p. 1.

³⁴ Curcio, L., «Le azioni in giudizio e l'onere della prova», *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale* (Ed. Barbera, M.), Guiffè Editore, Milán, 2007, pp. 529-560.

³⁵ La no regulación de esta cuestión por el derecho de la Unión y la remisión expresa de la Directiva al ordenamiento nacional hizo que el pronunciamiento del Tribunal de Justicia fuese limitado. Sin embargo, sí profundizó en esta materia la Abogada General a través de sus conclusiones. Para ella, que la asociación hiciese respetar los derechos y obligaciones de la Directiva implicaba que debían ser valorados por el juez nacional, en el ámbito procesal, los principios de equivalencia y efectividad. Se debería tener en cuenta a su juicio que la normativa se aplicase indistintamente al incumplimiento del derecho comunitario y del derecho interno y que la disposición procesal no hiciese imposible o excesivamente difícil la aplicación del derecho de la Unión (apartados 92 a 97). En definitiva, la Abogada General mostró un gran empeño en reconocer la legitimación activa de las asociaciones y su interés legítimo, reprochando las alegaciones del demandado relativas al número de abogados de la asociación pertenecientes al colectivo LGTBI o al ánimo de lucro perseguido por la asociación (apartados 99 a 103).

Esta declaración de compatibilidad del Tribunal de Justicia aporta una visión de las garantías de los derechos fundamentales que se aleja de una línea individualista, a favor del interés legítimo colectivo³⁶. Lo cierto es que esta vía abierta viene reforzando la apuesta por una intervención procesal amplia en la defensa de la tutela antidiscriminatoria, incluso a favor de asociaciones civiles aparadas por el derecho fundamental de asociación. Esta conexión del derecho procesal de los ordenamientos internos con el derecho sustantivo, cuyo cumplimiento se reclama, deviene fundamental. Por eso, el análisis de un caso y sus características por parte del Tribunal de Justicia, aun referido a la compatibilidad del ordenamiento comunitario con un ordenamiento extranjero, siempre debe hacer reflexionar sobre su posible adaptación al ordenamiento nacional³⁷. Resulta fundamental entonces examinar cómo respondería el ordenamiento español ante la denuncia por parte de asociaciones civiles de defensa de la igualdad de declaraciones de contratación y discriminatorias por razón de la orientación e identidad sexual y qué mecanismos procesales pondría a su disposición.

4. LAS ASOCIACIONES CIVILES COMO PARTE PRINCIPAL EN EL PROCESO DE TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

4.1. La construcción en el ordenamiento español de la discriminación colectiva en el acceso al empleo y la falta de acción

La orientación sexual, a pesar de no estar recogida expresamente en el artículo 14 de la Constitución Española, se entiende implícitamente incluida como una causa prohibida de discriminación relativa a «cualquier condición o circunstancia personal o social», compartiendo con el resto la posición desventajosa del colectivo afectado, contraria al respeto a la dignidad de la persona³⁸. El reconocimiento expreso de la prohibición de discriminación por orientación y diversidad sexual como derecho fundamental conecta con la línea

³⁶ Lousada Arochena, J.F., «La tutela jurisdiccional de la discriminación colectiva (a propósito de las Sentencias de 18-2-1994 y de 4-10-1995 del Tribunal Supremo)», *Aranzadi Social*, IV/1996, pp. 8-9.

³⁷ Gárate Castro, J., «La actividad de los jueces españoles como factor del impacto sobre el Derecho del Trabajo español de los fallos del Tribunal de Justicia resolviendo peticiones de decisiones prejudiciales en asuntos afectados por normas de política social de la Unión: cambios normativos, inaplicación de preceptos e interpretaciones conformes», *Revista Galega de Dereito Social*, 9/2019, pp. 14-15.

³⁸ En estos términos se pronunció el Tribunal Constitucional en su sentencia 41/2006, de 13 de febrero de 2006. Esta sentencia tiene además especial incidencia en el ámbito laboral, ya que en ella se declaró por primera vez que la prohibición de discriminación por condición homosexual alcanzaba en el ámbito laboral a las decisiones causales como a las decisiones nacidas de la voluntad del empresario.

marcada por el Tribunal Constitucional en virtud de la cual la defensa de los derechos fundamentales, en el ámbito laboral, no debía ceñirse únicamente a los actos que se diesen estando en curso la relación y el contrato de trabajo. Las dificultades en el acceso al empleo de colectivos discriminados constituyen un mal que el mandato constitucional debe contribuir a erradicar. De tal modo, la negativa del empresario a contratar a personas de una orientación sexual determinada «es jurídicamente relevante desde el momento en que, a la luz de los hechos, ha sido un motivo prohibido por discriminatorio el que ha obstado la contratación»³⁹. El respeto a los derechos fundamentales, en este caso la no discriminación por razón de orientación sexual, opera para el Tribunal Constitucional como un límite claro al ejercicio de la libertad empresarial de contratación, alcanzando consecuentemente la fase del acceso al empleo⁴⁰.

Esta interpretación jurisprudencial resulta plenamente coherente, aun siendo anterior en el tiempo, con la realizada por el Tribunal de Justicia respecto de la Directiva 2000/78/CE y su correspondiente ámbito de aplicación. Referidas a cuerpos normativos diferentes, ambas resaltan la necesidad de proteger al colectivo afectado en las fases previas a la contratación y en las que la discriminación no sólo opera como un atentado a la dignidad de la persona, sino también como un obstáculo histórico a la integración social. Sin embargo, la configuración en el ordenamiento español de la garantía de esta tutela antidiscriminatoria, en el ámbito procesal, puede resultar compleja de articular cuando las manifestaciones discriminatorias no se dirigen contra un sujeto identificable.

Si efectivamente un candidato en concreto resulta no ser seleccionado en un proceso de contratación por razón de su orientación sexual, el proceso de tutela de los derechos fundamentales, previsto en los artículos 177 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante, LRJS), podría resultar el cauce procesal más conveniente para la defensa de su derecho. Es cierto que el artículo 177.1 de la LRJS atribuye la legitimación activa para iniciar un procedimiento de este tipo al «trabajador», condición jurídica que no se adquiriría en esas fases previas a la celebración del contrato⁴¹. No obstante, que no existiese una relación

³⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 173/1994, de 7 de junio de 1994 (F.J. 3º).

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 41/1999, de 22 de marzo de 1999 (F.J. 4º): «Por lo que atañe a la prohibición de discriminación por razón de sexo, hemos establecido que tal prohibición constituye un límite al ejercicio de la libertad empresarial de contratación, también aplicable en la fase de acceso al empleo (STC 173/1994), lo que obliga al empleador a utilizar un criterio neutro (...), así como a rechazar aquellos otros criterios que, aun siendo formalmente neutros, produzcan un resultado adverso (...).»

⁴¹ Sobre la inexistencia de un sujeto legitimado para iniciar el procedimiento en las fases previas a la celebración del contrato, vid. Ballester Pastor, A., «Normativa nacional en materia de igualdad de trato», *Aranzadi Social*, V/1998, p. 611.

laboral viva en el momento de la demanda podría ser un obstáculo salvable recurriendo al apartado 4 del propio precepto. El artículo 177.4 de la LRJS viene a matizar, en cierta medida, la encorsetada legitimación activa reconocida por el apartado 1º. El art. 177.4 de la LRJS reconoce legitimación exclusiva en el proceso de tutela a la víctima del acoso y a la víctima de la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas de los que fuese titular. Esta última categoría, la de víctima de la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas, es de la que gozaría aquella persona que, careciendo de la condición de trabajador, ha visto vulnerado su derecho a la no discriminación en un proceso de selección y de acceso al empleo⁴². Esta interpretación, además, resultaría coherente con la obligación impuesta a los Estados miembros en el artículo 9.1 de la Directiva: velar por la existencia de procedimientos judiciales destinados a exigir el cumplimiento de las obligaciones de la Directiva para «todas las personas perjudicadas»⁴³.

Consecuentemente, si ya pueden surgir determinados problemas interpretativos para atribuir la condición de legitimado a un candidato discriminado, estos no se mitigan cuando la dimensión del derecho vulnerada es colectiva y no existe un perjudicado o víctima identificable. Manifestaciones discriminatorias en la contratación en fases muy iniciales del proceso de selección, o incluso siendo este inexistente, no llegan a afectar a ningún candidato identificable en ese momento en concreto, pero se ha visto cómo podían constituir una vulneración de la dimensión colectiva del derecho a la no discriminación.

La discriminación colectiva en el acceso al empleo fue una cuestión examinada ya por el Tribunal Supremo en 1994, momento en el que debió dirimir la viabilidad de una demanda interpuesta por un sindicato por violación de derechos fundamentales ante la contratación eventual de personal femenino en exclusiva⁴⁴. Según el Tribunal Supremo, artículo 14 de la Constitución, aplicable a la fase de acceso al empleo, no sólo cuenta con una dimensión puramente individual cuando se rechaza a una persona en concreto. Existe así una dimensión colectiva cuando el acto de carácter discriminatorio afecta a un grupo genérico de trabajadores

⁴² Así lo ha interpretado de forma expresa la profesora Maneiro Vázquez, reconociendo así que el art. 177.4 LRJS, al ir más allá de la condición de trabajador o sindicato, permite obviar los problemas que surgían en materia de legitimación activa estando vigente la Ley de Procedimiento Laboral. Vid. Maneiro Vázquez, Y., «La modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas en la LRJS», *La nueva dimensión de la materia contenciosa laboral* (Coord. Dans Álvarez de Sotomayor), Bomarzo, Albacete, 2014, pp. 193-195.

⁴³ Sobre esta obligación, vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de septiembre de 1998, asunto C-185/97, *Coote* (ECLI:EU:C:1998:424).

⁴⁴ Ese caso en concreto se dilucidó a través de dos sentencias, la de 18 de febrero de 1994, que examinó cuestiones estrictamente procesales, y la de 4 de octubre de 1995, que entró en el análisis de los actos presuntamente discriminatorios.

innominado y no identificable personalmente. A través de este pronunciamiento se puede solventar, en primer lugar, uno de los principales problemas que arroja la actuación de asociaciones u organizaciones ante discriminaciones colectivas en el acceso al empleo: la falta de acción en el proceso.

El objeto de la acción, vinculado con la existencia de una lesión actual del derecho o interés legítimo⁴⁵, representa una posición que debe ser sometida a matización en supuestos de discriminación. En supuestos de discriminación colectiva la falta de una víctima identificable impide la individualización de una persona sobre la que pudiese haber recaído un daño o lesión efectiva en su derecho a la no discriminación. No obstante, la vulneración del derecho a la no discriminación no debe circunscribirse únicamente a los supuestos en los que se causa un daño a una víctima concreta. El derecho a la no discriminación se vulnera cuando, de hecho, se constituye una situación jurídica de carácter discriminatorio que puede posteriormente desplegar sus efectos sobre una persona en particular⁴⁶. Trayendo de nuevo a colación la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, resulta imprescindible recordar la presunción de discriminación que puede derivar de las declaraciones o manifestaciones públicas de no contratación. Si de determinadas declaraciones se puede extraer la implantación de una política de contratación discriminatoria, aunque no exista en el momento concreto un proceso de selección abierto, esa misma política provocaría por sí misma una situación jurídica discriminatoria. Los efectos de esa situación se desplegarían en el momento en el que, en el futuro, se rechazase la candidatura de aquella persona por razón de su orientación o identidad sexual, es decir, esa circunstancia personal representativa de la causa concreta de discriminación.

La denuncia con anticipación de un daño discriminatorio, eliminando toda práctica discriminatoria desde su concepción, aparece incluso reforzada en el artículo 2.2 a) de la Directiva 2000/78/CE. Según el tenor literal de este precepto, en

⁴⁵ En estos términos se pronunció el Tribunal Constitucional en su sentencia 71/1991, de 8 de abril: «(...) Es necesario que exista una lesión actual del interés propio, al margen del carácter o no fundado de la acción, lo que significa no sólo la utilidad o efecto práctico de la pretensión, sino la existencia de un derecho insatisfecho, al que se trata de tutelar mediante ejercicio de la acción. No pueden plantearse al Juez por ello cuestiones no actuales ni efectivas, futuras o hipotéticas, o cuya decisión no tenga evidencia alguna en la esfera de derechos e intereses del actor (...)» (F.J.5º). También, en sentido similar, se pronunció el Tribunal Supremo en la sentencia de 28 de diciembre de 1998, disponiendo que el proceso de tutela del derecho de libertad sindical no estaba configurado «a modo de proceso cautelar por sí mismo para prevenir temidas lesiones futuras del derecho fundamental», exigiendo su objeto «una concreta lesión que debe repararse y restaurar la situación preexistente» (F.J.4º).

⁴⁶ Aramendi Sánchez, P., «La tutela judicial de personas con discapacidad. Un análisis de la aplicación a este colectivo de la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales, una vez transpuesta al derecho español la Directiva 2000/78», *IUSLabor*, 1/2006, pp. 11-13.

la definición de la discriminación directa no sólo se incluyen aquellas situaciones en las que una persona sea o haya sido tratada de forma menos favorable que otra, sino también aquellas situaciones en las que «pudiera ser» tratada de ese modo. La Ley 62/2003, de 30 de diciembre, por la que se transpuso la directiva en el ordenamiento español, omitió esa última referencia, hablando así únicamente en presente⁴⁷. Más allá de este posible defecto en la transposición, la normativa comunitaria marca en cierta medida un camino hacia una tutela judicial efectiva y preventiva que no se limite a intervenir una vez causado el daño.

En este sentido, resulta de vital importancia recalcar de nuevo no sólo posible adopción futura por parte del empresario de decisiones discriminatorias, sino cómo determinadas declaraciones son percibidas por el público y, en concreto, por el colectivo afectado. El efecto disuasorio en el acceso al empleo que crean determinadas manifestaciones públicas ciertamente reduce la posibilidad de que la política discriminatoria, en caso de que exista, llegue a materializarse y se adopten decisiones de no contratación. Los candidatos pertenecientes al colectivo afectado ya no serán proclives a presentarse a ningún proceso de selección de dicha empresa. Es por ello que, especialmente en estos supuestos, no debe adoptarse una visión extremadamente restringida de la lesión en un derecho o un interés legítimo. El diseño de una situación jurídica discriminatoria debe ser perseguido anticipándose a daños futuros o hipotéticos. De no realizarse así, la propia conducta de los discriminados, rehusando la presentación de su candidatura a esa empresa, acabaría beneficiando a esta última. La empresa, aun contando con una política de contratación discriminatoria, no llegaría a ser sancionada porque, de hecho, esa política no se materializaría sobre unos candidatos inexistentes. El interés colectivo afectado supone así la aproximación hacia fórmulas de una tutela que, para ser efectiva, no puede limitarse a intervenir una vez causados los daños de la conducta⁴⁸.

4.2. La defensa del interés legítimo colectivo en el proceso frente a la titularidad del derecho

Si precisamente se busca la actuación frente a la discriminación colectiva, cuando todavía no existe una víctima identificable, también debe repararse en qué sujeto va a ejercer la defensa de un interés colectivo que ha resultado afectado. Dicha defensa no puede ser realizada por un sujeto individual, sino por un sujeto de carácter colectivo como, por ejemplo, el sindicato, portador de intereses

⁴⁷ Aramendi Sánchez, P., «La tutela judicial de personas con discapacidad...», *op. cit.*, p. 12.

⁴⁸ Aramendi Sánchez, P., «La tutela judicial de personas con discapacidad...», *op. cit.*, p. 11-12.

generales según el artículo 7 de la Constitución⁴⁹. El Tribunal Supremo, a través de su jurisprudencia, no sólo reconoció la dimensión colectiva del derecho a la no discriminación, sino que expresamente determinó que los sujetos colectivos, ante tales hechos, debían acudir al cauce procesal de la tutela de derechos fundamentales en atención al objeto principal del litigio. De no realizarse esa interpretación, bajo su juicio, se correría el riesgo de vulnerar el derecho de tutela judicial efectiva en la medida en que esa pretensión de carácter colectivo no podría plantearse por sujetos individuales y, consecuentemente, tendría vetado el acceso a la justicia⁵⁰.

Esta realidad intentó ser trasladada en cierta medida al artículo 177 de la LRJS a través de dos medidas de diferente signo. La primera de ellas abarcó la extensión de la legitimación activa en el proceso de tutela de los derechos fundamentales más allá de los trabajadores afectados, atribuyéndosela también y de forma única a los sindicatos. A su vez, en segundo lugar, el apartado 2 del precepto reguló supuestos de coadyuvancia, de tal modo que, cuando el trabajador ostentase la legitimación activa, pudiesen personarse como coadyuvantes el sindicato al que perteneciese, un sindicato más representativo o entidades públicas o privadas destinadas a la promoción y defensa de los intereses legítimos afectados, estando limitada esta última intervención a los supuestos de discriminación. Los supuestos de coadyuvancia previstos en la normativa responden a la perfección a la obligación del artículo 9 de la Directiva. No obstante, lo cierto es que la articulación y el tenor literal regulador de la legitimación activa y la coadyuvancia pueden dificultar que el ordenamiento español garantice una adecuada represión de la conducta a través de este proceso de tutela y, en concreto, a través de la actuación de las organizaciones de la vida civil.

Atendiendo al tenor literal de los preceptos anteriores, la denuncia por parte de un sindicato de ofertas de empleo o declaraciones abiertamente discriminatorias parece no arrojar complicaciones en cuanto a su articulación y legitimación expresa, teniendo en cuenta también el reconocimiento de esta última por la jurisprudencia en sede de impugnación de procesos de selección⁵¹. Sin embargo, parece que las asociaciones civiles dedicadas a la lucha contra la discriminación tengan limitada su posición en el proceso de tutela de derechos fundamentales a la coadyuvancia. La coadyuvancia, como posición procesal subordinada, depende directamente de la existencia de una víctima o denunciante identificable, sin poder el coadyuvante personarse, recurrir ni continuar el proceso al margen de la voluntad del principal legitimado. La redacción del artículo 177.2 de la LRJS

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 18 de febrero de 1994 (F.J. 5°).

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1994 (F.J. 6°).

⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2003.

parece subordinar la coadyuvancia de sindicatos y entidades a la existencia de un interés individual y no colectivo, en la medida en que exige la legitimación exclusiva del trabajador⁵². Consecuentemente, ante la vulneración de la vertiente colectiva de la tutela antidiscriminatoria en el acceso al empleo, sin víctima identificable, ya no se trata de que asociaciones civiles tengan reconocida en la legislación legitimación expresa para iniciar el proceso, sino que su intervención misma en el proceso se somete a la existencia de un denunciante identificable que, en las circunstancias de los casos examinados, no existiría.

La redacción del actual artículo 177 de la LRJS bebe en gran medida de su predecesor, el artículo 175.1 de la Ley de Procedimiento Laboral (en adelante, LPL), así como de las modificaciones que este último ha ido sufriendo. El actual proceso de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas nació de un proceso que dirigía únicamente su ámbito de actuación a la tutela a la libertad sindical y que, posteriormente, abrió su objeto a los demás derechos fundamentales y libertades públicas. El artículo 175.1 de la LPL, dedicado explícitamente al derecho de libertad sindical, preveía como únicos legitimados activamente a los trabajadores y al sindicato, siendo ellos los únicos que, a su vez, podían ser titulares del tal derecho. No obstante, y en cuanto al proceso dirigido a la tutela de los demás derechos fundamentales, el artículo 181 de la LPL omitía toda referencia a las reglas de legitimación activa. Consciente de este desajuste, la doctrina puso de manifiesto desde el primer momento que no resultarían extensibles a la defensa de los restantes derechos fundamentales las reglas de legitimación previstas en sede de libertad sindical, pudiendo acudir así sujetos distintos del trabajador y del sindicato. Se incluyó por ello a toda persona física o jurídica y entes sin personalidad jurídica titulares del derecho lesionado o de un interés legítimo, siguiendo así la dicción del artículo 24 de la Constitución⁵³.

La LRJS, más allá de cubrir las carencias de su predecesora, diseñó un proceso único de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas al que trasladó, sin embargo, las reglas de legitimación previstas en la LPL para la tutela de la libertad sindical. Por ello, las apreciaciones que se realizaron respecto del proceso de tutela de los demás derechos fundamentales de la LPL deben ser

⁵² Maneiro Vázquez, Y., *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales*, Netbiblo, A Coruña, 2007, pp. 110-111.

⁵³ Así, respecto de este parecer, véase, Maneiro Vázquez, Y., *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales*, op. cit., pp. 123-126; Cavas Martínez, F., *El proceso laboral de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales*, Aranzadi, Navarra, 2004, pp. 248-249; Gárate Castro, J., *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales*, Revista Xurídica Galega, Pontevedra, 1999, pp. 107-108; Baylos Grau, A., Cruz Villalón, J., Fernanda Fernández López, *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, Trotta, Madrid, 1995, p. 206.

trasladadas a la regulación vigente, apostando por una interpretación amplia de las reglas de legitimación activa incluidas en ella. De esta forma, los trabajadores y el sindicato no serán los únicos que podrán acudir como demandantes a este proceso de tutela de los derechos fundamentales, sino que lo podrán hacer todos aquellos titulares de los derechos e intereses legítimos supuestamente vulnerados. El requisito fundamental para atribuir dicha legitimación, según indica el inciso final del artículo 177.1 de la LRJS, es que la pretensión a defender quede incluida «en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas»⁵⁴. Por ello, en el ámbito de la defensa de la discriminación colectiva por parte de organizaciones y asociaciones, son dos las cuestiones que deben valorarse a efectos de atribuir la legitimación: si las asociaciones son titulares de un derecho o interés legítimo y si el orden jurisdiccional social puede conocer de una pretensión como es la defensa de la discriminación colectiva en la fase de acceso al empleo.

4.2.1. Conexión del interés legítimo colectivo con el objeto estatutario de la asociación

La discriminación colectiva y la falta de una afectación individualizada en el derecho fundamental exige que el fundamento de su tutela, por parte de sujetos colectivos, no nazca de la titularidad de un derecho vulnerado, sino del quebranto de un interés legítimo que debe ser reparado. Según se veía anteriormente, no se trata de que las organizaciones y asociaciones actúen de una forma representativa, sino como partes en un proceso que ellas mismas accionan para la defensa de un interés legítimo de su titularidad y relativo al propio colectivo de trabajadores que han sido afectados⁵⁵. El Tribunal Constitucional, a lo largo de su jurisprudencia, ha construido un concepto de interés legítimo de mayor alcance que el derecho subjetivo presuntamente conculcado por el acto que se quiere impugnar⁵⁶. Así, ha sido plenamente asumida la identificación del interés legítimo con una titularidad potencial, por parte de quien ejercita la pretensión, de una ventaja o de una utilidad pública, no necesariamente de contenido patrimonial, que

⁵⁴ Esta interpretación ha sido compartida por la profesora Maneiro Vázquez respecto tanto del artículo 177.1 de la LRJS como de su predecesor, el artículo 181 de la LPL. Véase, respectivamente, Maneiro Vázquez, Y., «La modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas en la LRJS», op. cit., pp. 193-195; Maneiro Vázquez, Y., *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales*, op. cit., pp. 95 y 124.

⁵⁵ Cruz Villalón, J., «Igualdad y no discriminación», *Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional. XIX Jornadas Universitarias Andaluzas del Derecho del Trabajo y Relaciones laborales (AA.VV)*, Tecnos-Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Madrid, 2001, p. 311.

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 47/1990, de 20 de marzo (F.J.2º).

llegará a materializarse si dicha pretensión prospera⁵⁷. En términos generales, de las definiciones otorgadas por la jurisprudencia, se pueden extraer tres grandes elementos que caracterizan el interés legítimo: 1) la cosa *sub iudice* objeto de la litis; 2) el sujeto interesado; y 3) la relación inmediata que se establece entre los elementos anteriores. El objeto de la litis debe producir efectos jurídicos o afectar al círculo jurídico del sujeto que se interesa por él, bien porque le beneficia, le afecta o le perjudica en ese momento o en un momento futuro. En consecuencia, una legitimación procesal derivada del interés legítimo provoca que entren en el proceso no los titulares del derecho afectado, sino aquellos que, de alguna manera, tienen algún tipo de relación con el asunto que se trata en el proceso⁵⁸.

La lectura de los tres elementos anteriores conduce a examinar cuáles son los propios objetos y elementos constitutivos de las asociaciones y organizaciones civiles que pretenden el acceso al proceso de tutela. La propia razón de ser de estos entes jurídicos determinará que exista o no, en cada caso concreto, una relación entre este y el objeto de la litis y, consecuentemente, la presencia de un interés legítimo del que serían titulares⁵⁹.

Afirmar la titularidad de un interés legítimo por parte de asociaciones y organizaciones -y, con ello, la legitimación suficiente para acudir al proceso de tutela de los derechos fundamentales-, dependerá en gran medida de cuál sea el objeto que estatutariamente hayan definido como sus fines y que, a grandes rasgos, constituyan el estatuto de grupo. Se debe prestar así especial atención al interés legítimo colectivo como atributivo de una legitimación *ad causam*, examinando de forma casuística la vinculación de un sujeto con el objeto litigioso determinado. Dentro del asociacionismo como fenómeno, las entidades de lucha contra la discriminación por razón de orientación y diversidad sexual no tienen por qué compartir obligatoriamente el mismo objeto o fin estatutario. Algunas de ellas se dedicarán a labores de promoción y difusión de la cultura LGTBI, al igual que otras tendrán un ámbito más concreto, como por ejemplo la defensa de

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 252/2000, de 30 de octubre (F.J.3º): «Se trata de la titularidad potencial de un ventaja o utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta, vale decir, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (...). Para que exista interés legítimo (...), debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso, siendo por ello inconstitucionales las decisiones jurisdiccionales de inadmisión de recursos en los que se puede cabalmente apreciar tal interés».

⁵⁸ Martínez del Toro, S., «La determinación del interés directo y legítimo en el resultado del pleito del artículo 13.1 LEC», *Práctica de Tribunales*, 144/2020, pp. 3-4.

⁵⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 252/2000, de 30 de octubre (F.J.6º): «De modo que a través de los fines estatutarios se puede y se debe apreciar la conexión o el vínculo entre las asociaciones recurrentes y el objeto del pleito y, por tanto, la presencia de un interés legítimo del que serían titulares aquellas».

la igualdad en la prensa y comunicación o la inclusión y apoyo en la infancia y adolescencia⁶⁰. Resultaría complejo reconocer la titularidad de un interés legítimo a este último tipo de asociaciones, con un ámbito estatutario muy concreto y referido a un escenario diferente de las relaciones laborales. La asociación que represente al colectivo LGTBI, para defender judicialmente el derecho a la no discriminación en el ámbito de las relaciones laborales, deberá tener entre sus fines estatutarios, y de forma específica, la defensa del derecho a la no discriminación y el reconocimiento jurídico del derecho a la igualdad. Una referencia similar y formulada en términos amplios de ese estilo en los estatutos de la asociación u organización podría resultar suficiente para demostrar la existencia de un interés legítimo en la lucha contra la discriminación por orientación o diversidad sexual en las relaciones laborales, aunque no se hubiese delimitado su ámbito de actuación como estrictamente laboral. Las asociaciones dedicadas a la defensa de la igualdad en términos generales y sin limitarse a un ámbito concreto de la vida social serían aquellas que gozarían de mayores facilidades para reconocer la titularidad de su interés legítimo y, consecuentemente, su legitimación. La vulneración del derecho a la no discriminación en el ámbito de las relaciones laborales y la persecución de estos actos podría conectar de una forma directa con el objeto de determinadas entidades asociativas⁶¹, tomando como referencia el acceso a la justicia como uno de los medios prioritarios para que dicho objeto sea cumplido⁶².

Estas asociaciones de defensa del colectivo LGTBI integran de forma obvia como elementos constitutivos la igualdad y no discriminación por razón de orientación y diversidad sexual. Estos elementos determinan que las asociaciones que asuman la defensa incluso jurídica de estos derechos puedan contar, en general, con dos grandes posibilidades de reacción derivadas de la

⁶⁰ Excedería el objetivo del presente estudio realizar un análisis del objeto social de cada una de las entidades que representan el fenómeno del asociacionismo. Pueden citarse, a modo de ejemplo, la asociación Ortzadar LGTB -dedicada a la integración social, cultural y académica del colectivo LGTB-, la Asociación de Prensa LGTB -cuyo objetivo es buscar un periodismo inclusivo- o la Asociación de Familias contra la Intolerancia X Género -destinada a la prevención y lucha contra la discriminación en la infancia.

⁶¹ El ejemplo más claro de esta afirmación proviene del propio caso *NH* y la asociación que interpuso la correspondiente demanda ante las declaraciones discriminatorias. Se trataba de una asociación de abogados que no sólo contribuía a desarrollar y difundir la cultura y el respeto. Formaba en sí misma una red de abogados que favorecía y promovía la defensa judicial y el uso de los instrumentos de defensa colectiva ante situaciones de discriminación por razón de orientación e identidad sexual.

⁶² Sentencia del Tribunal Constitucional 34/1994, de 31 de enero (F.J.3º): «(...) no puede negarse que existen algunas infracciones cuya persecución se conecta directamente con el objeto de ciertas entidades asociativas (...). No es posible ignorar que en este caso el ejercicio de la acción penal constituye un medio especialmente indicado para el cumplimiento de los fines asociativos de la recurrente (...)».

forma en que se combinan sus intereses. Teniendo en cuenta la doble vertiente de la discriminación, individual y colectiva, la orientación y diversidad sexual puede erigirse como causa discriminatoria contra un individuo concreto o contra el grupo en su conjunto. La víctima, en la discriminación individual, reaccionará con fundamento en su titularidad del derecho fundamental, pero en la discriminación colectiva es la asociación la que ostentaría un interés en que prevaleciese la igualdad⁶³. El interés legítimo que ostentaría una asociación u organización en la defensa de la no discriminación colectiva compartiría el mismo signo que esta última. Manifestaciones públicas por las que se revela la existencia de una política de contratación discriminatoria implica la defensa de los intereses de ese colectivo afectado por parte de una entidad, asociación o grupo que defiende, a su vez, un círculo de intereses propios, como es la defensa de la igualdad y no discriminación, que resulta afectado por ese concreto acto⁶⁴.

En consecuencia, la existencia de un interés legítimo va a depender no sólo del caso concreto, sino de la relación que medie entre el caso y la entidad asociativa en atención a su objetivo estatutario. No obstante, no debe obviarse que a esta conclusión se llega tras realizar una labor interpretativa que, en cierta medida, viene a suplir el silencio de la legislación procesal laboral. Reconocer el interés legítimo colectivo como fuente de legitimación en el proceso de tutela de los derechos fundamentales no solo es coherente con el principio *pro actione*⁶⁵. A través de esta interpretación también se logra eliminar obstáculos que impedirían o dificultarían la participación de las asociaciones en aras a promover condiciones garantizadoras de la igualdad⁶⁶.

4.2.2. Interpretación amplia de la competencia del orden jurisdiccional social

A pesar de que la legitimación de las asociaciones podría fundarse en la titularidad de su interés legítimo, en el proceso se dilucida la vulneración del derecho a la no discriminación producida tras esa situación jurídica concreta. Es este último derecho el que debe estar conectado, como segundo requisito para

⁶³ Fernández López, M.F., *La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género*, La Ley, Madrid, 2008, pp. 196-201.

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 26 de abril de 2016 (F.J.4º).

⁶⁵ Entre las sentencias del Tribunal Constitucional que han abordado el principio *pro actione*, véase la sentencia 122/1999, de 28 de junio.

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 12/2008 (F.J.4º): «Pues bien, en particular del art. 9.2 CE, y de la interpretación sistemática del conjunto de preceptos constitucionales que inciden en este ámbito, deriva la justificación constitucional de que los cauces e instrumentos establecidos por el legislador faciliten la participación de todos los ciudadanos, removiendo, cuando sea preciso, los obstáculos de todo orden, tanto normativos como estrictamente fácticos, que la impidan o dificulten y promoviendo las condiciones garantizadoras de la igualdad de los ciudadanos».

acceder al proceso de tutela, con las materias atribuidas al orden jurisdiccional social (no el interés legítimo). El artículo 2 de la LRJS delimita estas materias, destacando especialmente su apartado f). En él se atribuye conocimiento a la jurisdicción social de la tutela de derechos fundamentales y libertades públicas contra el empresario cuando su vulneración tuviese una conexión directa con la prestación de servicios. Este precepto entra también en conexión con el artículo 2 a) de la LRJS, que encomienda también a la jurisdicción social el conocimiento de los litigios entre empresarios y trabajadores en el ejercicio de los derechos y obligaciones en el ámbito de la relación de trabajo.

Se ha discutido por parte de la doctrina si las lesiones de derechos fundamentales previas al nacimiento de un contrato de trabajo podrían ser dilucidadas en el orden social. A este respecto, debe tenerse en cuenta que los arts. 2 a) y f) de la LRJS no exigen que la vulneración se produzca una vez el contrato de trabajo esté vigente, sino que habla de una conexión más genérica con la prestación de servicios o la relación de trabajo⁶⁷. Declaraciones que rechazan la contratación de personas por razón de su orientación sexual, como ya se ha visto, vulneran la prohibición de discriminación en una fase previa al nacimiento del contrato de trabajo como es el acceso al empleo. El acceso al empleo conecta directamente con una eventual prestación de servicios o relación de trabajo, que puede llegar o no a materializarse. Aun no existiendo una relación laboral viva en el momento de la demanda, el interés legítimo que se posee podría defenderse en el orden jurisdiccional social a través del criterio de conexidad. El orden social debe conocer de las diferencias que surjan a lo largo del contrato de trabajo y, a su vez, de las situaciones previas a su nacimiento en la medida en que, constituyendo un todo inseparable, compartirán la misma naturaleza a efectos de determinación del orden competencial⁶⁸. Consecuentemente, siguiendo esta interpretación, la titularidad de un interés legítimo, basado en la tutela de la prohibición de discriminación en el acceso al empleo, cumpliría con los requisitos para atribuir legitimación activa a una asociación dedicada a la lucha contra la discriminación.

⁶⁷ Para examinar con mayor profundidad esta cuestión, véase Gutiérrez Pérez, M., «El procedimiento de tutela de los derechos fundamentales en la Ley 36/2011 de la Jurisdicción Social: ámbito material, legitimación, carácter potestativo y plazos de interposición», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 155/2012, pp. 1-6.

⁶⁸ Son numerosas las sentencias que han abordado explícitamente este criterio de conexidad, destacando por ejemplo la sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 5 de enero de 1988 o las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1995 y de 30 de marzo de 1996. Por parte de la doctrina, véase Lasaosa Irigoyen, E., «Competencia jurisdiccional en las cuestiones litigiosas derivadas de los estadios previos a la contratación laboral», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 98/1999, pp. 905-922.

5. VALORACIÓN FINAL: UNA REFORMA YA CONOCIDA

La vinculación de la capacidad para comparecer en juicio con las facultades personales y el pleno ejercicio de los derechos civiles ha sido una cuestión ampliamente superada por la LRJS. Esta línea de corte individualista fue sufriendo ligeras modificaciones desde el momento en el que el legislador otorgó legitimación a los sindicatos para la defensa de los intereses de los trabajadores y sus derechos individuales⁶⁹. No obstante, las reglas de legitimación activa incluidas en la LRJS y, especialmente, en el proceso de tutela de los derechos fundamentales, les otorgan a los sindicatos un plus de legitimidad para intervenir que, a falta de una interpretación amplia, puede llegar a entenderse como un monopolio en la legitimación.

Asumir una interpretación no restringida de la tutela antidiscriminatoria resulta fundamental para evitar que un excesivo formalismo o rigor desencadene la falta de represión de determinadas conductas. La dimensión colectiva del derecho a la no discriminación debe protegerse, fundamentalmente, a través de instituciones o entidades que representen ese interés colectivo, sin tener que realizarlo única y obligatoriamente los sindicatos. El mayor peso y calificación de las asociaciones y organizaciones de defensa de la igualdad puede conducir a situaciones en las que los trabajadores o integrantes del colectivo afectados no estén afiliados a un sindicato, pero sí a este tipo de organizaciones y que, por ello, no cuenten con los mismos mecanismos de protección -bajo riesgo de vulnerar la libertad sindical en su vertiente negativa⁷⁰.

Los compromisos adoptados por las directivas comunitarias caminaron en esa línea, mostrando la inclinación de las instituciones comunitarias por una legitimación amplia que no resulta plenamente coherente con el protagonismo exclusivo de la víctima y/o del sindicato. Las obligaciones mínimas impuestas por la normativa comunitaria, dirigidas a velar por una legitimación de las asociaciones y organizaciones derivada de mecanismos de apoderamiento⁷¹, no

⁶⁹ Aramendi Sánchez, P., «Derivaciones procesales de la Ley de Igualdad (LO 3/2007)», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 5/2007, pp. 6-8.

⁷⁰ Aramendi Sánchez, P., «Derivaciones procesales de la Ley de Igualdad (LO 3/2007)», op. cit., pp. 7-8.

⁷¹ Más allá de los ejemplos que se han visto con anterioridad, como el artículo 9 de la Directiva 2000/78, lo cierto es que el mismo tenor literal fue compartido en otros instrumentos comunitarios. En este sentido, el artículo 7.2 de la Directiva 2000/43, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientes de su origen racial o étnico exige también la posibilidad de que las asociaciones con interés legítimo puedan iniciar procedimientos en nombre del perjudicado o en su apoyo. A su vez, con idénticos términos se expresa también el artículo 17.2 de la Directiva 2006/54, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

se oponían, tal y como ha expresado el Tribunal de Justicia, al reconocimiento de una legitimación principal vinculada a la función institucional de las entidades y al cumplimiento de lo dispuesto en las directivas. Tal y como se ha podido apreciar, esta última opción adoptada en otros países de la Unión Europea, como por ejemplo Italia, no fue seguida por España en lo que atinge exclusivamente al ámbito procesal laboral, que se limitó a hacer una transposición de las directivas en sus estrictos términos sin mejorar su umbral de protección.

La legitimación individual y del sindicato, con el devenir de los tiempos, se antoja insuficiente ante supuestos de discriminación colectiva. Sin embargo, parece que esta consideración sólo ha sido pasada por alto por el legislador en el ámbito de las relaciones laborales y, en concreto, en el procedimiento destinado a la tutela de derechos fundamentales, porque existen ejemplos en diferentes órdenes jurisdiccionales, incluido el social, que han extendido la legitimación activa a entidades encargadas de la defensa del derecho a la no discriminación. Uno de los mejores ejemplos se encuentra en el artículo 165.1 a) de la LRJS, que legitima al Instituto de la Mujer para, en el proceso de impugnación de convenios colectivos, denunciar aquellas cláusulas discriminatorias por razón de sexo. A su vez, el carácter transversal de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ha supuesto la modificación en este mismo sentido del articulado de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. De cara a la defensa del derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres, el artículo 11.2 bis de la LEC y el artículo 19.1 i) de la LRJCA atribuyen una legitimación directa (y no subordinada) a las «asociaciones de ámbito estatal cuyo fin primordial sea la igualdad entre mujeres y hombres». Más allá de los posibles matices que estos dos últimos preceptos podrían tener⁷², ambos representan la atención por el legislador de la defensa de los intereses difusos y colectivos.

Esta atención, sin lugar a duda, no solo supone un avance en la defensa del interés legítimo y su titularidad. Supone el reflejo del fenómeno del asociacionismo, dedicado a la defensa de la igualdad, y el respeto y relevancia del derecho fundamental de asociación previsto en el artículo 22 de la Constitución. En este sentido, el Tribunal Constitucional, a lo largo de su jurisprudencia, ha puesto en alza la existencia de un interés legítimo de carácter económico o profesional de cara al reconocimiento de la legitimación activa de asociaciones

⁷² En la medida en que la asociación puede tener un interés legítimo que defender en un procedimiento administrativo o en un proceso civil, su legitimación derivaría precisamente de este último independientemente de que tuviese o no ámbito estatal. Sobre esta cuestión, vid. Fernández López, M.F., *La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género*, op. cit., pp. 186-188.

que, precisamente, tenían ya ese corte⁷³. La defensa de un interés profesional resulta coherente con asociaciones cuyo objeto sea específicamente la defensa de la tutela antidiscriminatoria, teniendo en cuenta además la importancia de la tutela antidiscriminatoria en el ámbito laboral, del empleo y la ocupación, que actúan como motores de integración social. En todo caso, una interpretación excesivamente restrictiva del concepto de interés legítimo, exigiendo un corte profesional de la asociación, obstaculizaría de forma muy notable la represión de conductas o manifestaciones abiertamente discriminatorias en las que el ataque se realiza a un colectivo en su conjunto.

Tal y como se examinó con anterioridad, el silencio de la LRJS no implica que asociaciones de defensa de la igualdad (en concreto, por razón de orientación e identidad sexual) no cuenten con legitimación activa para activar la tutela antidiscriminatoria en el proceso laboral. No obstante, a esta conclusión se llega después de realizar un recorrido interpretativo que intenta ser coherente con la promoción de la igualdad, el derecho fundamental de asociación y una tutela judicial efectiva ante la defensa de los intereses colectivos. No resulta extraño que, siguiendo estas mismas premisas, ya el artículo 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de cara a la protección de los derechos e intereses legítimos colectivos, reconozca la legitimación de las asociaciones afectadas o legalmente habilitadas para su defensa y promoción. La normativa procesal española no impide expresamente el acceso a la justicia de asociaciones civiles de lucha contra la discriminación. Sin embargo, el hecho de que no esté expresamente reconocido en un proceso específico de tutela de los derechos fundamentales puede provocar interpretaciones de diferente signo que hagan susceptible el triunfo de excepciones por falta de legitimación activa.

El conjunto anterior de precedentes puede abrir el camino a una reforma más garantista del derecho de no discriminación, evitando que disposiciones procesales puedan hacer extremadamente difícil la defensa y aplicación de las tutelas del derecho de la Unión y, consecuentemente, hacer peligrar el principio de efectividad ya previsto en el caso *Bulicke*⁷⁴. La falta de una previsión legal concreta deja a la merced de la interpretación jurídica la apreciación de un interés legítimo por parte de las asociaciones, que dependerá no sólo de la propia redacción de sus fines y objetivos estatutarios, sino del caso concreto y de las circunstancias en las que se quiera desplegar la tutela antidiscriminatoria. Consecuentemente,

⁷³ Véase, al respecto, las sentencias del Tribunal Constitucional 24/1987, de 25 de febrero; 195/1992, de 16 de noviembre; 47/1990, de 20 de marzo; 45/2004, de 23 de marzo o 52/2007, de 12 de marzo.

⁷⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 2010, asunto C-264/09, *Bulicke* (ECLI:EU:C:2010:418) (apartados 35 y siguientes).

no se trataría de adoptar una medida desconocida en el ordenamiento jurídico español, sino de trasladar al orden social el ejemplo seguido en las restantes órdenes jurisdiccionales ampliándolo, no obstante, a las diversas causas de discriminación.

La manifestación o declaración pública de una política de contratación discriminatoria invita a la reflexión sobre su defensa, dada la vulneración de la vertiente colectiva del derecho a la no discriminación. Las asociaciones de defensa de la igualdad por razón de orientación y diversidad sexual no solo acogen en su seno a todos los particulares que, ante determinadas conductas, deciden acudir a ellas buscando apoyo. También están representando, en la sociedad actual, un fuerte motor de lucha y denuncia autónoma para la consecución de la igualdad real. El interés genérico e indiferenciado del grupo o colectivo debe contar con el plus de legitimidad del sindicato de cara a su defensa pero, a su vez, también con el reconocido a las entidades civiles constituidas específicamente para dicho fin. Que estas últimas no encuentren expresamente un cobijo en la norma procesal para ejercer la defensa de los intereses de los discriminados les resta importancia y visibilidad y, además, puede llegar a ejercer un efecto desincentivador en su labor de promoción y denuncia.

La constitución de una situación jurídica discriminatoria, previa a la producción de un daño efectivo, debe ir ligada a la defensa de la tutela antidiscriminatoria colectiva en una suerte de tutela judicial «preventiva» que evite los efectos de resignación y autoexclusión. Las asociaciones de defensa de la igualdad deben adoptar un papel que defienda el interés colectivo e impida que ese sentimiento del colectivo se vuelva beneficioso para el sujeto discriminador. Si acceso a la justicia continúa siendo el principal garante de los derechos fundamentales, las asociaciones de defensa de la igualdad deben erigirse, con un reconocimiento expreso, en sus principales guardianes.