



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Discriminación por identidad sexual en la Unión Europea

Presentado por:

Lucía Galindo Valentín

Tutelado por:

Fernando Rey Martínez

Valladolid, 3 de Julio de 2020

RESUMEN

El objeto del presente trabajo consiste en analizar las diferentes iniciativas adoptadas por la Unión Europea y los Estados miembros para dar respuesta a los casos en los que las víctimas sufren discriminación como causa de su identidad sexual. En primer lugar abordaremos tanto el reconocimiento normativo en el ámbito internacional como su escasa legislación comunitaria sobre la discriminación por identidad y expresión de género. A continuación nos centraremos en distinguir la identidad género de la orientación sexual así como los principales ámbitos donde existe transfobia o discriminación hacia este sector y los derechos que le son vulnerados. Por último, haremos referencia a la discriminación por identidad sexual en la futura normativa europea con el propósito de asegurar el derecho a no ser discriminado por razón de sexo.

ABSTRACT

The object of the present essay is to analyze the different initiatives taken by de European Union and the Member States to respond to cases in which victims suffer discrimination as a cause of their sexual identity. Firstly, we will show both the normative recognition at international level and the limited of community legislation on discrimination based on gender indetity and expression. Next, we will focus on distinguishing gender identity from sexual orientation, as well as the main areas where there is thansphobia or discrimination towards this sector exists and the rights that are violated. Finally, we will make reference to discrimination based on sexual identity in future European legislation in order to ensure the right not to be discriminated on the basis of sex.

KEY WORDS

Identidad de género, orientación sexual, derechos fundamentales, igualdad de trato, discriminación, Unión Europea, Estados miembros.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN
2. RECONOCIMIENTO NORMATIVO
 - 2.1. Ámbito internacional
 - 2.2. Ámbito europeo
3. MARCO EUROPEO DE LUCHA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN
 - 3.1. Rasgos protegidos
 - 3.1.1. Rasgos discriminatorios
 - 3.1.2. Ámbitos de aplicación personal y material de las legislaciones antidiscriminatorias
 - 3.1.3. Garantías
 - 3.1.4. Garantías institucionales
 - 3.2. Igualdad de trato
 - 3.2.1. Prohibición de discriminación directa
 - 3.2.2. Prohibición de discriminación indirecta
 - 3.2.3. Discriminaciones erróneas
 - 3.2.4. Discriminación múltiple
 - 3.2.5. Excepciones al principio de igualdad de trato
 - 3.3. Igualdad de oportunidades
 - 3.3.1. Mandato de acciones positivas
4. MARCO CONCEPTUAL
 - 4.1. Identidad de género
 - 4.2. Orientación sexual
 - 4.3. Homofobia, transfobia y discriminación por identidad sexual
 - 4.3.1. Actitudes y estereotipos hacia las personas LGBT
 - 4.3.2. Derecho a la vida, la seguridad y la protección contra el abuso y la violencia

- 4.3.3. Libertad de reunión y de expresión
- 4.3.4. Discriminación en el empleo
- 4.3.5. Discriminación en las aulas
- 4.3.6. Discriminación en el ámbito de la salud
- 4.3.7. Discriminación por motivos de identidad de género en otros ámbitos
- 4.3.8. La protección internacional de las personas que huyen de la homofobia LGBT.

5. DISCRIMINACIÓN POR IDENTIDAD SEXUAL EN LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UE

- 5.1. Análisis comparativo de discriminación en los Estados miembros de la Unión Europea.
- 5.2. Régimen constitucional y regulación en España contra la discriminación por identidad sexual.
 - 5.2.1. Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas
 - 5.2.2. Primer intento de promulgación de una Ley integral contra la discriminación
 - 5.2.3. Actualidad en España sobre las personas trans

6. DISCRIMINACIÓN POR IDENTIDAD SEXUAL EN LA FUTURA NORMATIVA COMUNITARIA

7. CONCLUSIONES

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de la discriminación de las personas por su identidad sexual en la Unión Europea. En primer lugar, hay que tener en cuenta que el Derecho Antidiscriminatorio de la Unión Europea engloba un conjunto de normas y directivas en materia de igualdad de trato y prohibición de discriminación. Se puede generalizar dicho Derecho bajo seis rasgos: género, origen racial o étnico, religión o creencia, discapacidad, edad y orientación sexual. Llama la atención que en ninguna Directiva antidiscriminatoria se menciona ni se protege la identidad sexual como rasgo discriminatorio.

De acuerdo con los Principios de Yogyakarta (Indonesia), la identidad de género es la vivencia interna o individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no al sexo asignado en el momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo y otras expresiones de género como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.¹ Por tanto la identidad hace referencia a quien es y como se siente una persona independientemente del sexo con el que nace. Ninguna persona puede ser discriminada por motivo de su identidad sexual y así como tampoco pueden ser obligadas a revelar o compartir su identidad sexual en contra de su voluntad.

En segundo lugar es importante distinguir ente orientación sexual e identidad de género. Mientras la primera se refiere al sentimiento o su falta de atracción emocional, afectiva o sexual por personas del mismo o distinto género², la segunda se identificaría con la conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta de las demás, por tanto tiene que ver con quien es y como se siente una persona independientemente del sexo con el que nace.³

¹ REY MARTÍNEZ, F. “*Derecho Antidiscriminatorio*”, Pamplona (2019), pág 253.

² CANO GALÁN, Yolanda. Igualdad y no discriminación por orientación sexual e identidad de genero en el Derecho social de la Unión Europea, en *Derecho Social de la Unión Europea: aplicación por el Tribunal de Justicia*, Román Gil Alburquerque (dir), Madrid; Francis Lefebvre, (2019), p. 457.

³ *Ibidem*. pág. 458.

La construcción jurídica de la identidad de género en la Unión Europea se ha basado tradicionalmente en una restrictiva y excluyente identificación del género con el sexo de la persona. Para entender el concepto de identidad de género es importante distinguir entre la noción de sexo y género.

Entendemos por sexo las diferencias biológicas entre hombre y mujer, y por género, como un aspecto social de la diferencia entre los géneros en adición al elemento biológico.⁴

El término “trans” incluye a aquellas personas que tienen una identidad de género o expresión de género que es diferente del sexo asignado al nacer. Dentro de este ámbito se incluyen a personas que se identifican como transexuales, transgénero, travesti o crossdresing, andrógino, polygender, genderqueer, argender, variante de género o con cualquier otra identidad de género o expresión que es estándar masculino o femenino, y que expresan su género a través de la modificación o presentación de su cuerpo incluyendo el sometido a múltiples procedimientos quirúrgicos.⁵

Al contrario de la orientación sexual, la normativa de la Unión Europea no ha sido proclive a incluir el motivo de discriminación por identidad de género de forma explícita. A pesar de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea abordó por primera vez la cuestión de la discriminación por motivo de identidad de género en 1996⁶, el primer paso lo encontramos en el preámbulo de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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.

La protección jurisprudencial de las personas transexuales en base al principio de discriminación por razón de sexo ha supuesto un gran avance en la lucha por los derechos

⁴ CONSEJO DE EUROPA. COMISARIO PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Informe telemático. Identidad de Género y Derechos Humanos. Estrasburgo, 29 de julio de 2009. Disponible en: <http://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1476365>. Introducción. Pág. 5.

⁵ AGIUS SILVAN, TOBLER C, Trans and intersex people Discrimination on the grounds of sex, gender identify and gender expression, oficina de publicaciones oficiales de la Union Europea, Luxemburgo, (2011), pág. 12.

⁶ DÍAZ LAFUENTE, José, La protección de los derechos fundamentales frente a la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en la Unión Europea, Revista general de derecho constitucional, núm 17, (2013) pág. 4.

de un colectivo que ha sufrido, y sigue sufriendo una violación sistemática de sus derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la vida, el derecho a la integridad física y el derecho a la salud y un elevado grado de discriminación y de estigmatización social.

2. RECONOCIMIENTO NORMATIVO

2.1. Ámbito internacional

Siguiendo a JOSÉ DÍAZ LAFUENTE, en todas las regiones del mundo se registran episodios de violencia, homofobia o transfobia tanto física como psicológica. Desde el año 1.999, Naciones Unidas ha elaborado el Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias que se han referido periódicamente a personas amenazadas de muerte o asesinadas debido a su identidad de género.

Diferentes organismos internacionales han constatado que tanto las personas homosexuales como transexuales son víctimas de los denominados “*crímenes de honor*”, es decir, crímenes perpetrados contra quienes los miembros de la familia o la comunidad consideran que han sido causa de vergüenza o deshonra para la familia, a menudo por transgredir las normas de género o por determinadas conductas sexuales, incluidas las relaciones homosexuales reales o supuestas.⁷ Además los defensores de derechos humanos de las personas LGBTI son perseguidos y amenazados en diferentes países.

En los Tratados Internacionales de derechos humanos, la cobertura expresa de la identidad de género es muy poco común y las referencias son sin excepción muy recientes. Expertos de todo el mundo se reunieron en Yogyakarta (Indonesia) en 2006 para formular y adaptar un conjunto de principios de los derechos humanos conocidos como los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. Estos principios constituyen una fuente primaria para la elaboración de los derechos humanos de las personas LGBT y se

⁷ *Ibíd*em, pág. 37.

han referido a ellos varios gobiernos como los de los Estados miembros de la UE y del Espacio Económico Europeo.⁸

En primer lugar cabe hacer referencia a las normas internacionales de derechos humanos que se rigen por Naciones Unidas (ONU), entre las que encontramos: la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW).

De acuerdo con AGIUS SILVAN, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) es un tratado internacional aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1.948, el cual contiene 30 artículos que han sido elaborados en tratados internacionales posteriores, instrumentos regionales de derechos humanos y leyes nacionales. Afirma que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y que toda persona tiene todas las libertades que la Declaración reconoce sin distinción por la raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole. Mientras que la Declaración no menciona expresamente la identidad de género, la ONU puede ser decisiva en la extensión de los derechos humanos de las personas trans.⁹

El 17 de junio de 2011, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDH) adoptó una resolución sobre Derechos humanos, orientación e identidad de género, siendo esta la primera en expresar su grave preocupación por los actos de violencia y discriminación contra las personas por su identidad de género. Se encargó al Alto Comisionado de la ONU de los Derechos Humanos un estudio global sobre la discriminación y violencia por motivos de su identidad.¹⁰

La Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, adoptó la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) ratificada por 187 países, entre ellos España que

⁸ El impacto de los Principios de Yogyakarta sobre Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. Estudio de noviembre 2007 a junio 2010.

⁹ AGIUS SILVAN, TOBLER C, (2011), op. cit., pág. 24. Disponible en: <https://www.refworld.org/docid/4fdedde32.html>

¹⁰ *Ibidem*

se adhirió en 1984. Su Protocolo Facultativo permite a personas o asociaciones elevar al Comité CEDAW denuncias por violación de la Convención cuando no encuentren en su país tutela judicial o administrativa rápida y efectiva, y al Comité abrir de oficio un procedimiento de investigación por violación grave o sistemática¹¹.

La Convención establece en su artículo 15 que todo contrato o instrumento que limite la capacidad jurídica de la mujer “se considerará nulo”, así como adoptar medidas para eliminar la discriminación que el artículo 4 define como “medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer (...)”.

La CEDAW en su artículo 3 exige a los Estados llevar a cabo diversas medidas positivas encaminadas a lograr la igualdad entre mujeres y hombres en la vida política, la educación, la salud y en el empleo. El Comité de la CEDAW ha adoptado algunas recomendaciones donde afirma que la discriminación de las mujeres basada en el sexo o el género están íntimamente relacionadas con otros factores que afectan a las mujeres, tales como la identidad de género.¹² Como resultado de estas resoluciones, informes nacionales presentados a los órganos de los tratados deben abordar específicamente la situación de las mujeres trans y especificar qué medidas se están adoptando para combatir la discriminación contra ellos/as.

En segundo lugar destacamos las normas regionales de derechos humanos gobernados por el Consejo de Europa (CE), en el que distinguimos: el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) y la jurisprudencia sobre los derechos humanos de las personas trans por el TEDH.

El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) fue redactado en 1950 y entró en vigor el 3 de septiembre de 1953. Es un tratado internacional que protege los derechos humanos y las libertades fundamentales en el Consejo de los Estados miembros de Europa. Es el único tratado internacional que permite a los individuos presentar quejas directamente contra un Estado

¹¹ Disponible en:

<https://cedawsombraesp.wordpress.com/2013/12/30/que-es-la-cedaw/#:~:text=Es%20la%20Convenci%C3%B3n%20sobre%20la,el%20BOE%20el%2021.04.1984.>

¹² AGIUS SILVAN, TOBLER C, (2011), op. cit., pág. 24.

parte. El art 14 CEDH prohíbe la discriminación en una lista abierta de motivos, lo que permite interpretar otros no mencionados específicamente en el texto de la Convención, como pueden ser la orientación sexual y más recientemente la transexualidad.¹³

El primer caso presentado por una persona trans en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos fue con la sentencia 7654/76¹⁴, Van Oosterwijck v Bélgica en 1976, pero no tuvo éxito ya que el Tribunal desestimó la petición del cambio de sexo del perjudicado basándose en que el síndrome conocido como transexualidad es fruto de controversias en los círculos médicos y los hechos no corroboran la afirmación de que D. Oosterwijck había pertenecido siempre al sexo masculino. Además, supondría favorecer la proliferación de problemas individuales y generaría un clima de inseguridad e inestabilidad en las relaciones familiares y sociales.

La primera decisión positiva adoptada por el Tribunal tuvo que esperar hasta B. v. Francia (solicitud nº 13343/87) el 25 de marzo de 1992. En este caso, el Tribunal concluyó por primera vez que se había violado el artículo 8 de la Convención (derecho al respeto de la vida privada y familiar). Un transexual de hombre a mujer se quejó de la negativa de las autoridades francesas a enmendar el registro del estado civil de acuerdo con sus deseos. El Tribunal sostuvo que el rechazo a modificar el registro civil había colocado al solicitante en una situación no compatible con el respeto a su vida privada. En consecuencia, Francia tuvo que prever el reconocimiento de cambio de sexo en los documentos de identidad personales y documentos oficiales, precedente importante para establecer que el derecho a la privacidad es crucial para la vida diaria de muchas personas trans.

Las decisiones del Tribunal respecto de los derechos de las personas trans se refiere al reconocimiento legal del cambio de nombre y sexo legal, el derecho a casarse y la cobertura de los costos de los tratamientos de reasignación de género. A pesar de abarcar todas las modalidades de personas trans, solo han pronunciado y presentado casos ante la Corte las personas transexuales.

¹³ Decisión de admisibilidad en el caso de PV España (TEDH, Demanda no. 35159/09), transexualidad reconocido como campo autónomo protegido en virtud del art 14 CEDH, 30 de noviembre de 2010.

¹⁴ Sentencia 7654/76, Van Oosterwijck v Bélgica en 1976.

En marzo de 2010, el Comité Europeo de Ministros adoptó una resolución que recogía las medidas para combatir la discriminación por motivos de identidad de género¹⁵. Como indica AGIUS SILVAN¹⁶, esta resolución fue el primer acuerdo intergubernamental integral sobre los derechos de las personas LGBT, entre los que cabe señalar: el derecho a la vida, la seguridad y la protección contra la violencia que cubra ‘crímenes de odio’, así como otros incidentes motivados por el odio, la libertad de asociación, la libertad de expresión y de reunión pacífica, el derecho al respeto de la vida privada y familiar, el empleo, la educación, la salud, vivienda, deportes, el derecho a solicitar asilo, las estructuras nacionales de derechos humanos y la discriminación por múltiples motivos. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (PACE), adoptó una resolución un mes más tarde y un conjunto de recomendaciones por motivos de identidad de género con el fin de avanzar en diversas materias para favorecer la igualdad LGBT.

La reciente Convención sobre la prevención y la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, contiene una referencia a la identidad de género en su artículo 4, el cual establece que *“la aplicación de las disposiciones del presente convenio, en particular las medidas para proteger los derechos de las víctimas, debe ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, género, identidad de género o cualquier otra condición”*.

Hay que tener en cuenta que la Unión Europea es uno de los actores líderes y con mayor capacidad para incidir en la promoción internacional de los derechos humanos de las personas LGBTI en sus relaciones con terceros países. Todo ello ha sido posible gracias a la capacidad que tiene la UE a nivel global, a la voluntad de constituirse como actor normativo en el juego de las relaciones internacionales y por mandato legal que le es impuesto por el Tratado de Lisboa¹⁷. En este sentido, el art 21 del Tratado de la UE establece que: *“la acción de la Unión en la escena internacional se basará en los principios que han inspirado su creación, desarrollo y ampliación y que pretende fomentar en el resto del mundo: la democracia, el Estado de Derecho, la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos y de las libertades*

¹⁵ Recomendación CM/ Rec (2010) 5 del Comité sw Ministros a los estados miembros sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. (aprobada por el Comité de Ministros el 31 de marzo de 2010).

¹⁶ AGIUS SILVAN, TOBLER C, (2011), op. cit., pág. 28.

¹⁷ DÍAZ LAFUENTE, José, núm 17, (2013) op. cit., pág. 37.

fundamentales, el respeto de la dignidad humana, los principios de igualdad y solidaridad y el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho Internacional.”¹⁸

Para la promoción internacional de los derechos humanos de las personas LGBTI, la UE cuenta con una serie de instrumentos políticos, jurídicos, diplomáticos y económicos en sus relaciones con terceros países. De acuerdo con las Directrices aprobadas en junio de 2013 por el Consejo, para promover y proteger el disfrute de todos los derechos humanos por parte de las personas transexuales y transgénero, la UE debe incorporar los derechos y las cuestiones relativas a estas personas en las estrategias, informes y en los diálogos políticos que realiza con terceros países y con organizaciones regionales.

Por último, en relación con la protección internacional de las personas LGBTI, la Unión Europea ofrece un Sistema Europeo Común de Asilo que garantiza el derecho de asilo de aquellas personas perseguidas por su orientación sexual e identidad de género en los Estados miembros. La Directiva 2011/95/UE del 13 de diciembre de 2011, mediante la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, siguiendo la Convención de Ginebra de 1.951, reconoce la identidad de género como motivos de persecución susceptibles de protección internacional en cuanto que estas personas pueden conformar un grupo social determinado.

La nueva Directiva 2013/32/UE sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, de 26 de junio de 2013, introduce una serie de parámetros mínimos y de obligaciones para los Estados miembros respecto a las garantías necesarias de las personas LGBTI.

Por otro lado la Directiva de Acogida 2013/33/UE, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional, de 26 de junio de 2013, obliga a los Estados miembros a atender las necesidades especiales de acogida que requieren las personas vulnerables, como son las personas discriminadas por su identidad de género.

¹⁸ UNIÓN EUROPEA. Tratado de Lisboa. Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea. Art 21.

Para ello los Estados miembros estarán obligados a llevar a cabo mecanismos de identificación de las necesidades especiales de acogida de las personas LGBTI.¹⁹

2.2. Ámbito europeo

El principal problema que presenta el estudio de la discriminación por “identidad sexual” parte de identificar cuál es el marco de protección dentro de la UE de las personas que son discriminadas por identidad de género y por orientación sexual.

La primera vez que se plantea en el ámbito comunitario la protección por identidad de género fue con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 30 de abril de 1996²⁰, conocido como el caso P. Contra S. Y Cornwall County Council. Se trata de una decisión prejudicial sobre la interpretación de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción de profesionales y a las condiciones de trabajo, por llevarse a cabo el despido de una persona transexual, es decir, de una persona nacida con los cromosomas y las características físicas de un hombre pero con sensación psicológica de ser mujer.

P., parte demandante del procedimiento principal, era la administradora de un centro docente dependiente en el momento de los hechos del Cornwall County Council, autoridad administrativa territorial competente. Un año después de su contratación, comunicó a S., Jefe y Director, su intención de someterse a una operación de cambio de sexo. Tras realizar una serie de operaciones quirúrgicas de carácter menor, P. recibió un preaviso de despido. La operación definitiva tuvo lugar antes de llevarse a efecto el despido pero después de su notificación. P interpuso un recurso contra S. y el Cornwall por considerar que había sido víctima de una discriminación por razón de sexo. S. y el Cornwall alegaron que la causa de su despido había sido la amortización de su puesto de trabajo.

En el apartado 7 de la sentencia, el Industrial Tribunal declara que, la Ley relativa a las discriminaciones por razón de sexo no contempla una situación como ésta, ya que el

¹⁹ DÍAZ LAFUENTE, José, (2013) op. cit., pág. 43.

²⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea P. Contra S. Y Cornwall County Council, C-13/94, 1996.

Derecho inglés ampara únicamente las situaciones en que una mujer o un hombre reciben un trato diferente por pertenecer a uno de los sexos.

El Tribunal de Justicia declaró que el derecho a no ser discriminado por razón de sexo constituye uno de los derechos humanos fundamentales cuyo respeto debe garantizar el Tribunal de Justicia. Por consiguiente, como indica el apartado 19 de dicha sentencia, el ámbito de aplicación de la Directiva no puede reducirse únicamente a las discriminaciones que se derivan de la pertenencia a uno u otro sexo, la Directiva debe aplicarse igualmente a las discriminaciones que tienen lugar a consecuencia del cambio de sexo del interesado. Tolerar tal discriminación supondría atentar contra el respeto a la dignidad y la libertad a que esa persona tiene derecho y que el Tribunal de Justicia debe proteger.

El TJUE concluyó por todo lo mencionado que, el despido de un transexual por su cambio de sexo es un claro supuesto de discriminación por razón de sexo y por ello sí vulneraba el principio de igualdad por razón de sexo establecido en la Directiva 1976/207/CEE. En este caso se aplicaría la normativa antidiscriminatoria por razón de sexo debido a que la causa de discriminación tiene que ver con el elemento corporal, es decir, por la apariencia respecto de la pertenencia a dicho sexo previa a la misma, y no por razón de orientación sexual, ya que la discriminación no se debe a un elemento volitivo o emocional.

Actualmente, según indica el Informe Bell, no existe una legislación explícita sobre la discriminación por identidad y expresión de género. La ley de no discriminación de la UE no contiene una prohibición sobre la discriminación por estos motivos, sin embargo, esto no quiere decir que no exista legislación de la UE aplicable en este contexto.

Tanto el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales como el art 19 TFUE facultan a la UE a tomar medidas para combatir la “*discriminación por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual*”, sin mencionar cuestiones de las personas trans.²¹

La protección frente a la discriminación por identidad de género fue incluida por primera con la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006 de Igualdad de Género que establece: “*el Tribunal de Justicia ha sostenido que el ámbito de aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres no puede reducirse únicamente a la prohibición de las discriminaciones que se derivan de la pertenencia a uno u otro sexo.*”

²¹ AGIUS SILVAN, TOBLER C, (2011), op. cit., pág 32.

*En atención a su objeto y a los derechos que pretende proteger, debe aplicarse igualmente a las discriminaciones que tienen lugar a consecuencia del cambio de sexo de una persona”.*²²

Para garantizar una protección jurídica efectiva frente a la discriminación por identidad de género, la UE debe desarrollar una construcción jurídica más amplia e inclusiva fundamentada en el reconocimiento auténtico de la autonomía individual, de la dignidad y en el respeto de los derechos fundamentales que en cuanto a personas le son inherentes.²³

*“Tolerar este tipo de discriminación implica fracasar en el respeto a la dignidad y libertad de la persona y a la obligación del Tribunal de protegerles.”*²⁴

La Directiva 2012/29/UE establece normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, especialmente como causa de discriminación por identidad de género o expresión de género.

Cabe señalar el papel de la Unión Europea de promocionar los derechos humanos contra la discriminación por motivos de identidad de género a través de programas e iniciativas de formación, capacitación y financiación, centrándose principalmente en las realidades locales y en el papel de las ONGs y los defensores de los derechos humanos.

La UE también dispone de mecanismos coercitivos, denominadas medidas restrictivas con el fin de hacer más efectiva la lucha por los derechos humanos de este sector. Algunas de las medidas que puede adoptar de acuerdo con el artículo 215 del Tratado de Funcionamiento de la Unión son el embargo de armas, las restricciones comerciales y financieras, las sanciones de viaje y de visado o el bloqueo de cuentas bancarias.

Conviene destacar que en la actualidad, la UE mantiene en vigor 30 medidas restrictivas sobre terceros países por diversos motivos como pueden ser por violaciones sistemáticas

²² PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Directiva 2006/54/CE 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.

²³ DÍAZ LAFUENTE, José, (2013), op. cit., pág 7.

²⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea P. Contra S. Y Cornwall County Council, C-13/94, 1996, apartado 22.

de derechos humanos, pero ninguna de las medidas relacionadas con la discriminación por identidad de género.²⁵

2.2.1. Igualdad y no discriminación en el derecho originario²⁶

El Tratado de Ámsterdam en su artículo 2.7 señala que: *“sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión, o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”*.

Con la entrada del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009, la Unión Europea garantiza una explícita protección de los derechos fundamentales de las personas LGBTI a través de un mandato jurídico doble, por un lado, la obligación negativa o prohibición de no discriminar por motivos de sexo o de orientación sexual y por otra parte, introduce la obligación positiva de luchar contra la exclusión social y la discriminación por motivos de sexo, a partir de la atribución de competencia por parte de los Estados miembros a la Unión en esta materia. De este Tratado destaca la igualdad como valor jurídico y social que dota de sentido a la razón de ser y al funcionamiento de la Unión Europea.

El artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE) establece que: *“la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”*.

En conclusión, son tres los valores sobre los que se asienta el Tratado, el respeto a la dignidad humana, los derechos humanos y la igualdad. La igualdad vincula al respeto de los derechos humanos de las minorías, haciendo una referencia implícita a todas aquellas minorías sociales específicas como son las étnicas, raciales, nacionales, religiosas y sexuales.

²⁵ UNIÓN EUROPEA. SERVICIO DE ACCIÓN EXTERIOR. Restrictive measures in forcé. 17 de junio de 2013.

²⁶ DÍAZ LAFUENTE, José, (2013), op. cit., págs. 20-24.

El Tratado de Lisboa como principio general del Derecho de la UE debe informar sobre la interpretación y aplicación de todos los actos jurídicos y medidas legales adoptadas por las instituciones europeas, prevaleciendo sobre ellos en caso de conflicto. Por tanto, el principio de no discriminación pone en funcionamiento el juego de los principios de primacía y de efecto directo del Derecho de la UE consagrados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En base al principio de primacía del Derecho de la UE, quedará suspendido el carácter obligatorio de cualquier norma jurídica adoptada por los Estados miembros que sean contraria al principio de no discriminación por motivos de sexo. Y en base al principio de efecto directo del Derecho de la UE, el principio de no discriminación por motivos de sexo podrá ser invocado ante los tribunales nacionales de los Estados miembros tanto en los conflictos con la Administración (efecto directo vertical), como en los conflictos entre particulares (efecto directo horizontal).

El artículo 3.3 TUE regula que la Unión combatirá la discriminación y fomentará la igualdad entre mujeres y hombres, y ello en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres. “*La Unión respetará en todas sus actividades el principio de igualdad de sus ciudadanos*” (art 9 TUE).

Para saber en qué ámbitos la Unión puede actuar, es necesario comprender que funciona a partir del principio de atribución, estableciendo en su artículo 5.2 que la Unión solo puede actuar “*dentro de los límites de las competencias atribuidas por los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que éstos determinan*”. Por tanto, la UE tiene atribuida una competencia general de luchar contra la discriminación por motivos, entre otros, de sexo y una serie de competencias sobre diferentes ámbitos y de diferente alcance jurídico, relacionadas con la protección de los derechos fundamentales de las personas LGBTI.

Sin embargo, cabe destacar que en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) no tendrá reflejo la prohibición de discriminaciones por razón de identidad de género, únicamente mantendrá el interés por alcanzar la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres y que en virtud de la doctrina del TJUE alcanzaría a la identidad de género (art 153.1.i y 157.1).

2.2.2. *Igualdad y no discriminación en el derecho derivado*²⁷

²⁷ *Ibidem*, págs. 24-29.

a) Directiva 2000/78/CE de Igualdad de Trato en el Empleo y la Ocupación:

La protección en el ámbito comunitario de las discriminaciones en el empleo y la ocupación es muy reciente y sólo se ocupa de las discriminaciones por razón de orientación sexual, reclamándose cada vez con mayor urgencia la necesidad de que se modifique el Derecho de la UE para acoger a colectivos más amplios que los identificados, incluyendo también a las personas discriminadas por su identidad sexual.

El objetivo de esta Directiva es el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales. El artículo 1 identifica como objetivo *“establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato”*.

Podemos deducir que son dos las finalidades que se persiguen en la Directiva 2000/78/CE, por un lado la lucha contra las discriminaciones por razón de orientación sexual y por otro que dicha lucha sea en el ámbito del empleo y la ocupación aunque se espera que la protección se amplíe a otros sectores como a la identidad sexual.

b) Propuesta de Directiva al Consejo 2008/0140 (CSN):

La Comisión presentó en 2008 una propuesta de Directiva al Consejo con el objeto de aplicar el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y poner en práctica el principio de igualdad de trato fuera del contexto laboral. De acuerdo con su exposición de motivos, la propuesta crea un marco para la prohibición de la discriminación por estos motivos y establece un nivel mínimo homogéneo de protección en la Unión Europea para las personas que han sufrido una discriminación de este tipo.

La propuesta se basa en la estrategia desarrollada desde el Tratado de Ámsterdam para luchar contra la discriminación y es coherente con los objetivos de la Unión Europea y con la Estrategia de Lisboa para el crecimiento, el empleo y los objetivos de la UE sobre protección e inclusión sociales. Además contribuirá a promover los derechos fundamentales de los ciudadanos en consonancia con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Se señaló que la Directiva 2000/78 CE a diferencia de esta propuesta, no exige a los Estados miembros que creen organismos de promoción de la igualdad de trato.

También se hizo hincapié en la necesidad de abordar la discriminación múltiple, ofreciendo una definición y facilitando soluciones efectivas.

Se realizó un informe para evaluar el impacto de discriminación fuera del mercado de trabajo. En el se descubrió que el nivel de protección jurídica para garantizar estos valores difiere en función de los Estados miembros y del motivo de discriminación de que se trate.

El informe definió tres objetivos que deberían cumplir cualquier iniciativa; mejorar la protección contra la discriminación, garantizar la seguridad jurídica para los operadores económicos y las víctimas potenciales en todos los Estados miembros y reforzar la inclusión social y promover la plena participación de todos los colectivos en la sociedad y en la economía.

Dado que los objetivos de la acción pretendida no pueden ser alcanzados de manera suficiente mediante una actuación aislada de los Estados miembros, es necesario a nivel comunitario velar por un nivel mínimo común de protección contra cualquier discriminación por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual en todos los Estados miembros. Un acto jurídico comunitario ofrece seguridad jurídica respecto a los derechos y obligaciones de los operadores económicos y los ciudadanos, incluidos aquellos que se desplazan entre los Estados miembros.

En cuanto al ámbito de aplicación, la discriminación por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual se prohíbe en los sectores público y privado en los ámbitos siguientes: la protección social, incluida la seguridad social y la asistencia sanitaria, los beneficios sociales, la educación, y el acceso y suministro de bienes y servicios a disposición de la población, incluida la vivienda. Se aplicará únicamente a los particulares cuando estén ejerciendo una actividad profesional o comercial.

Lo dispuesto en la presente propuesta de Directiva se entiende sin perjuicio de la legislación nacional sobre el estado civil, el concepto de familia y los derechos reproductivos. Además la Directiva no afectará a la diferencia de trato por motivos de nacionalidad y se entenderá sin perjuicio de las disposiciones y condiciones por las que se

regulan la entrada y residencia de nacionales de terceros países y de apátridas en el territorio de los Estados miembros y del trato que se derive de la situación jurídica de estos.²⁸

Mientras que la propuesta no sea aprobada por la unanimidad requerida en el Consejo, las personas LGBTI quedaban huérfanas de una protección jurídica efectiva frente a la discriminación que se sufren por motivos de identidad de género en áreas tan fundamentales para la vida y el desarrollo de las personas como pueden ser la educación o la salud.²⁹

3. MARCO EUROPEO DE LUCHA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN

3.1. Rasgos protegidos

3.1.1. Rasgos discriminatorios

Una característica protegida de una persona es una condición de la misma que no debe considerarse relevante para administrarle un trato diferenciado, ni para que goce de un determinado beneficio.³⁰

El derecho Antidiscriminatorio de la Unión Europea engloba un conjunto de normas y directivas en materia de igualdad de trato y prohibición de discriminación. La última Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de octubre de 2008, ha sido sobre la aplicación del principio de igualdad entre hombres y mujeres.

Teniendo en cuenta las distintas Directivas como pueden ser entre otras, la Directiva 2006/54 sobre el género, la de Directiva del Consejo de 2 de julio de 2008 sobre la religión, discapacidad, edad y orientación sexual, la Directiva 2000/43 relativa al origen racial o

²⁸ Propuesta de Directiva del Consejo 2008/0140 (CNS) por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

²⁹ DÍAZ LAFUENTE, José, núm 17, (2013). Op. cit., pág. 29.

³⁰ AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (2010): manual de legislación europea contra la discriminación. Pág 91. Disponible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1510-FRA_CASE_LAW_HANDBOOK_ES.pdf

étnico³¹, podemos generalizar el Derecho Antidiscriminatorio bajo seis rasgos que se consideran indiscutibles: género, origen racial o étnico, religión o creencia, discapacidad, edad y orientación sexual.

En el rasgo de origen racial o étnico hay que diferenciar el alcance de la Directiva sobre la igualdad racial, la cual excluye expresamente la nacionalidad del concepto de raza o etnia, del alcance del CEDH que alude a la nacionalidad o al origen nacional como una característica específica³². La Directiva sobre la igualdad racial no contiene una definición de origen racial o étnico, pero existen otros instrumentos que permiten orientarse respecto al modo en que debe entenderse este rasgo. Los términos de color y de pertenencia a una minoría nacional parecen ser indisolubles de la definición de raza o de etnia.

En cuanto al problema del uso del término “raza”, el párrafo sexto del preámbulo de la Directiva 2000/43 declara: *“La Unión Europea rechaza las teorías que sostienen la existencia de razas humanas separadas. El uso del término “origen racial” en esta Directiva no implica la aceptación de tales teorías.”*³³

El concepto “raza” es de estirpe biológica y con el se alude a caracteres constantes y transmisibles, genéticamente determinados, que permiten diferenciar a unos individuos de otros dentro de una especie animal.³⁴ Hay que tener en cuenta que la noción de raza carece de contenido científico y corre el peligro de utilizar dicho término como expresión racista por la convicción de que determinadas razas son superiores biológicamente a otras.

Por todo ello podemos entender que para dirigirnos a un grupo con cierta identidad cultural propia es más preciso la utilización del término etnia o grupo y origen étnico que el de raza u origen racial. Sin embargo mientras exista racismo en la sociedad será difícil

³¹ REY MARTÍNEZ, F, “El modelo europeo de lucha contra la discriminación”, en Pluralidad de ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática, MATÍA PORTILLA, F. Centro de estudios políticos y constitucionales, (2011), pág. 64.

³² AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (2010): manual de legislación europea contra la discriminación, op cit., pág 108.

³³ Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

³⁴ LUCA Y FRANCESCO CAVALLI-SFORZA: “Quiénes somos. Historia de la diversidad humana.” Critica, Barcelona, 1994, pág 247.

prescindir de la expresión “raza”. La Comisión contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa ha adoptado asimismo un amplio enfoque respecto a la definición de «discriminación racial», en la que se incluyen las características de «raza, color, lengua, religión, nacionalidad y origen nacional o étnico».³⁵

En cuanto al concepto de religión o creencia ningún Estado lo ha definido ni ha sido nunca definido a nivel internacional. En la Directiva de igualdad de ocupación adoptada el 17 de enero de 2014, la Comisión aclaró que el concepto de “creencia” se engloba dentro del contexto “religión o creencia”, sin embargo no es necesario el carácter religioso y no cubre la opinión política. Hay algunos ejemplos interesantes en la definición de “religión”, como puede ser en Austria que lo define como un cuerpo de creencias confesionales, con reglas sobre el estado de vida y cierto tipo de culto. La mayoría de controversias sobre este rasgo son en relación con las religiones organizadas como las escuelas religiosas, así como el código de vestuario en Países como Bélgica, Dinamarca, Francia, Alemania, Holanda, Suecia o Reino Unido.³⁶

El Tribunal de Justicia ha distinguido “discapacidad” de “enfermedad”, definiendo discapacidad en la sentencia de Chacón Navas v. Eurest Colectividades S.A., de 11 de julio de 2006, como *“una limitación que resulta de cualquier impedimento físico, mental o psicológico y que dificulta la participación de la persona en su vida profesional, siempre que resulte probable que fuera a durar un tiempo largo”*. Una de las novedades más significativas en este ámbito es el deber empresarial de proveer una acomodación razonable en el trabajo para las personas con discapacidad, sin embargo aún no se ha conseguido en todos los países europeos.

Sin embargo el rasgo de la orientación sexual ha sido definida por pocos Estados, uno de ellos ha sido la legislación británica que se refiere a ella como la orientación hacia personas del mismo sexo y/o del mismo sexo y el opuesto. Llama la atención que en ninguna Directiva antidiscriminatoria se mencione ni se proteja la identidad sexual como rasgo discriminatorio.

³⁵ «Recomendación N° 7 de Política General de la ECRI sobre legislación nacional para combatir el racismo y la discriminación racial», Doc. CRI(2003) 8, aprobada el 13 de diciembre de 2002, apartados 1(b) y (c).

³⁶ REY MARTÍNEZ, F, MATÍA PORTILLA, F. (2011) Op. cit., pág. 69.

Podemos hacer referencia únicamente a la Ley alemana que sí adopta el término “identidad sexual” referido a personas transexuales. Por el contrario, el resto de Estados miembros de la Unión Europea no se pronuncian sobre este concepto.

Respecto a la discriminación por la edad, la Directiva de igualdad laboral permite importantes excepciones en este rasgo, de modo que se produce una gran incertidumbre sobre el tratamiento de este factor. Uno de los mayores problemas es sobre la jubilación forzosa.

Por último, el género, es un rasgo discriminatorio que no todos los Estados contemplan, como por ejemplo Italia. Otros proceden a unificarla con el resto de motivos. La Ley española si que añade este rasgo como discriminatorio en algunos ámbitos.

3.1.2. *Ámbitos de aplicación personal y material de las legislaciones antidiscriminatorias*

En palabras de REY MARTÍNEZ, las Directivas Antidiscriminatorias son aplicables a todas las personas que han sufrido una discriminación por alguno de los rasgos anteriormente mencionados y que se encuentran en el territorio de la Unión Europea con independencia del país al que pertenezcan, ya que la protección no se puede condicionar a la nacionalidad, a la ciudadanía o a la residencia.³⁷

Según señala el párrafo 16 de la Directiva de Igualdad racial, la protección recae sobre todas las personas físicas pero los Estados también deberían proveer protección a las personas jurídicas cuando sufran discriminación. A pesar de que la Directiva de igualdad laboral no tiene una previsión sobre las personas jurídicas, no se excluye la protección de estas, de hecho, en la mayoría de países se protege tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas.

Cabe destacar que ninguna Directiva determina con exactitud quienes pueden ser responsables del comportamiento discriminatorio, cuestión que es principalmente importante en el ámbito del empleo donde la discriminación puede provenir de terceros, como compañeros o de clientes.

Respecto al ámbito material, según el Derecho de la Unión, la protección antidiscriminatoria debe aplicarse tanto al sector público como al privado aunque según

³⁷ REY MARTÍNEZ, F, MATÍA PORTILLA, F. (2011), op. cit., pág. 78.

señala el Informe de Bell, no todos los Estados están cumpliendo en este momento tal requerimiento. El principal problema que se está planteando en Europa en esta cuestión se refiere a la discriminación en la educación de los niños de minorías étnicas, en particular la segregación escolar de los niños gitanos.³⁸

3.1.3. *Garantías*

Podemos señalar distintas garantías para proteger a las personas discriminadas por los rasgos anteriormente mencionados. Entre ellos encontramos los procedimientos judiciales y administrativos, la legitimación procesal de asociaciones, la carga de prueba, la protección frente a represalias y las sanciones.

Todos los Estados deben velar por la existencia de procedimientos judiciales, administrativos o incluso procedimientos de conciliación con el fin de exigir el cumplimiento de las obligaciones que recogen las Directivas a todas las personas que se consideren perjudicadas por la ausencia de aplicación del principio de igualdad de trato.³⁹ Teniendo en cuenta el Informe Bell, en ningún Estado europeo los conflictos sobre discriminación se resuelven únicamente ante los tribunales de justicia, todos los Estados combinan procedimientos judiciales con no judiciales.

Las Directivas también exigen a los Estados que garanticen que las asociaciones, organizaciones o personas jurídicas con interés legítimo puedan iniciar cualquier procedimiento judicial o administrativo con el apoyo y la correspondiente autorización del demandante para exigir el cumplimiento de las obligaciones de la Directivas. En este punto se puede deducir que lo normal es que las asociaciones apoyen al demandante que participe en un procedimiento en su nombre.⁴⁰

Como consecuencia de las dificultades inherentes a la obtención de pruebas en los casos de discriminación, las Directivas requieren a los Estados que adopten las medidas necesarias para garantizar que la parte demandada demuestre que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato cuando una persona que se considere perjudicada alegue ante un tribunal hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta.

³⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el caso “DH y otros v. Chequia” de 2007.

³⁹ REY MARTÍNEZ, F, MATÍA PORTILLA, F. (2011), op. cit., pág. 83.

⁴⁰ *Ibidem*, pág 84.

Además personas que aporten pruebas, información u otro tipo de asistencia vinculadas con los procedimientos judiciales o con la denuncia deberían ser protegidas por posibles represalias o por cualquier trato adverso o consecuencias negativas que puedan recibir por reclamar o exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato. El informe Bell señala que diversos Estados no han traspuesto adecuadamente esta exigencia debido a que protegen solamente a las víctimas y no a otras personas que hayan podido participar en el caso y que pudieran ser afectadas, como pueden ser los testigos.

Por último, mencionar que las Directivas también ordenan a los Estados miembros establecer un régimen de sanciones que deberán aplicar en caso de incumplimiento de las obligaciones impuestas por ellas. Dichas sanciones tienen que ser efectivas, proporcionadas y disuasorias pudiendo incluir la indemnización a la víctima por los daños.

La sanción debe determinarse en cada caso concreto en función de las circunstancias individuales que concurren y pueden ser compensadoras, punitivas o preventivas, pero en la mayoría de supuestos la sanción se aplica de forma individualista y remediadora más que preventiva. Además de la indemnización o la multa, en algunos ordenamientos se imponen sanciones como la publicación de la decisión, la prohibición de ejercicio de una profesión o actividad que depende de la autorización pública, la orden de recolocar al trabajador arbitrariamente despedido, suspensión de licencias etc. Cabe destacar algunos ordenamientos, como el británico, que pueden ordenar de modo inmediato, preventivo o cautelar y vinculante a cualquier organización que cese en su actividad discriminatoria. Un mecanismo similar existe también en Bélgica donde pueden aplicar una acción preventiva de cesación de la discriminación.

3.1.4. Garantías institucionales

La Directiva de igualdad de género y las distintas propuestas de Directivas sobre la igualdad de trato establecen las mismas obligaciones en relación con los rasgos protegidos por el Derecho europeo. La configuración de cada Estado de este organismo de igualdad forma parte del esquema obligatorio europeo de lucha contra la discriminación. Casi todos los Estados han creado ya este organismo pero se produce una gran diversidad entre ellos.

El Informe de R. Holmaat muestra que algunos países se dedican solo al Derecho Antidiscriminatorio y otros a todos los derechos humanos en general, que en algunos hay un solo organismo y en otros más de uno, que algunos se refieren solo a la discriminación

racial/étnica, que los fondos económicos de los que disponen varían mucho de unos a otros Estados y en varios carecen de autonomía presupuestaria, que muchos organismos no son transparentes en cuanto a su organización y funcionamiento y que el número de personas que trabajan en ellos también es llamativamente desigual.

El Informe propone una serie de indicadores relevantes para determinar la independencia de la institución como son, la existencia del organismo, su mandato, los objetivos y sus competencias, además de una sólida autonomía presupuestaria, recursos financieros suficientes para ejercitar las competencias y reunir un equipo de personas experimentado y entrenado.

La principal conclusión del Informe sobre la situación de los organismos de igualdad en Europa es que no existe todavía consenso sobre las palabras asistencia, investigaciones e informes ni criterios para evaluar la efectividad de la institución. En cualquier caso, el Informe constata que en Europa hay dos modelos estratégicos diferentes: por un lado, hay organismos de igualdad que se concentran en la tarea de la asistencia a las víctimas, pudiéndole calificar como “rol reactivo” o defensivo y por otro lado, hay organismos que se centran en un “rol proactivo” mediante la prevención de discriminaciones futuras y priorizando sus actividades en el campo de la realización de investigaciones y la emisión de recomendaciones.⁴¹

También es frecuente que exista un Consejo consultivo, dedicado al asesoramiento y no a funciones ejecutivas, representados por expertos y miembros de las principales organizaciones no gubernamentales que trabajan en el sector.

Una función fundamental del organismo de igualdad es proporcionar asistencia a las víctimas de discriminación. Podemos comprobar que muy pocas personas víctimas de una discriminación plantean por sí solas demandas. En Europa existen dos modelos de asistencia, uno que incluye la investigación y la resolución de quejas o reclamaciones, y otro que se limita a promover información a la víctima sobre las normas y sus derechos y posteriormente derivarlo a la organización que puede ayudarlo en la demanda judicial o incluso ayudar a la víctima y al presunto agresor de su igualdad a alcanzar un acuerdo amistoso, es decir, mediación.

⁴¹ *Ibidem*, pág. 94.

El Informe se muestra partidario de dar a los organismos de igualdad la potestad de oír e investigar reclamaciones de discriminación, lo cual sucede en la mayoría de países, concretamente en dos de cada tres, pero dicha potestad investigadora varía de unos países a otros. En algunos casos, también tienen potestad de sancionar a quienes se nieguen a proporcionar la información solicitada,⁴² como puede ser en Hungría, Chipre o Bulgaria.

Cabe destacar el número de obstáculos que se producen en relación con esta función de asistencia a las víctimas, por ejemplo, la lentitud de las investigaciones o del procedimiento, la carencia de potestad investigadora y de establecer las pruebas o la carencia de la potestad de adoptar decisiones vinculantes. Actualmente en Europa la situación a este respecto varía mucho, 12 organismos de igualdad no tienen la competencia de asistir a las víctimas de discriminación y 18 sí, y de estos, 11 si pueden resolver e investigar reclamaciones. Existe una política de algunos organismos de igualdad que no consideran necesario invertir mucho tiempo y dinero en casos individuales, prefieren elaborar informes y recomendaciones generales y la solución la remiten directamente a los tribunales de justicia.

3.2. Igualdad de trato

El derecho fundamental a no sufrir discriminación, comprendería la igualdad de oportunidades y la igualdad de trato.

La igualdad de trato conlleva la prohibición de discriminaciones directas o de trato, indirectas o de impacto, el acoso y las instrucciones para discriminar. El acoso y las instrucciones para discriminar son dos manifestaciones concretas de las discriminaciones directas. Además también existen las discriminaciones supuestas, presuntas, erróneas, ocultas o por asociación.

La gran mayoría de Estados de la Unión Europea adoptan estos conceptos de modo similar a como se recogen en la normativa comunitaria.

3.2.1. Prohibición de discriminación directa

En primer lugar la definición más precisa de discriminación directa teniendo en cuenta el artículo 2.2. a) de la Directiva 43/2000 de igualdad racial, es la de una situación en la que, en función de los rasgos especialmente protegidos, una persona, sea, haya sido o pudiera

⁴² *Ibidem.* REY MARTÍNEZ, F, (2011), pág. 96.

ser tratada de manera menos favorable que otra en una situación análoga o comparable.⁴³ De acuerdo con el artículo 28.1. b) de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, estaremos en presencia de una discriminación directa “cuando una persona sea tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual”. A estas discriminaciones también se las denomina “de trato”.

Probar que una situación es comparable a otra o no, es un punto clave y de acuerdo con el Manual europeo de Derecho antidiscriminatorio, se puede considerar comparable, entre otras, las situaciones de una persona transexual que es despedida por cambiar quirúrgicamente de sexo, ya que es tratada peor en comparación con las mujeres o varones a las que ella o él juzgaba pertenecer antes de la reasignación de sexo.⁴⁴

El artículo 2.3 de la Directiva de igualdad racial, entiende el acoso como discriminación directo cuando se produce una conducta no deseada en relación con el género, el origen étnico/racial, la discapacidad, etc. que se produce con el propósito o el resultado de violar la dignidad de una persona creando un ambiente intimidante, hostil, degradante, humillante u ofensivo. El Tribunal europeo de derechos humanos ha condenado a varios Estados por no proveer medidas razonables para prevenir el riesgo de acoso discriminatorio. Un ejemplo se dio en Moldavia y Rusia (2012), referente al acoso escolar que sufría la minoría moldava.⁴⁵

Las instrucciones para discriminar también son consideradas como conductas discriminatorias directas, sin embargo, ninguna de las directivas define qué son las instrucciones para discriminar. Un ejemplo de estas instrucciones extraído de la jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos, es el de la declaración pública del alcalde de Varsovia de no permitir marchas de apoyo a la causa gay y la denegación administrativa posterior de otras autoridades de dicha marcha alegando evitar posibles disturbios.

⁴³ *Ibidem*. REY MARTÍNEZ, F, (2011), pág. 73.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea P. Contra S. Y Cornwall County Council, C-13/94, 1996. Op. cit.

⁴⁵ REY MARTÍNEZ, F. “*Derecho Antidiscriminatorio*”, Pamplona (2019), op. cit., pág 41.

3.2.2. *Prohibición de discriminación indirecta*

Según el artículo 2.2. b) de la Directiva 43/2000 de igualdad racial, la discriminación indirecta se produce cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutrales producen una específica desventaja a las personas según su origen étnico/racial en comparación con otras, salvo que tal disposición, criterio o práctica pueda justificarse por una finalidad legítima y los medios para conseguirla sean apropiados y necesarios. Entendemos por disposición, regla, criterio o práctica neutra a aquellas que no diferencian por los rasgos sospechosos (género, etnia, orientación sexual, discapacidad etc.) y es aplicable para todos. Una discriminación indirecta produce desproporcionados efectos perjudiciales sobre uno de los grupos especialmente protegidos.

La discriminación indirecta también se denomina “de impacto”, permite más excepciones que la directa. Tanto la normativa de la UE, como el sistema de protección de los derechos del Consejo de Europa reconocen que la discriminación puede existir no sólo cuando se trata de modo indiferente a personas en situaciones similares, sino también cuando se trata de forma idéntica a personas en situaciones diferentes.⁴⁶

Una medida que se podría adoptar para evitar este tipo de discriminación sería por ejemplo, en el caso de una persona discapacitada, adoptar las medidas necesarias para posibilitarlas el acceso o participar en el empleo o en la formación, de tal manera que se trate de igual manera a una persona discapacitada que a otra que no lo es. Esta medida dirigida a evitar la discriminación indirecta viene recogida en el artículo 5 de la Directiva de igualdad laboral y se conoce como el deber de acomodación razonable.

3.2.3. *Discriminación múltiple*

Otra forma de discriminación que puede ser tanto directa como indirecta, es la discriminación múltiple. Se produce en aquellas situaciones en las que dos o más factores o rasgos de discriminación interactúan simultáneamente produciendo una forma específica de discriminación.

Como indica Maoly Carrasquero Cepeda, hasta el momento, el concepto de discriminación múltiple no ha sido reconocido claramente en sede normativa o judicial. El actual marco jurídico comunitario incluye una serie de directivas cuyo objetivo fundamental es garantizar

⁴⁶ *Ibidem*, pág 57.

la protección contra la discriminación sobre la base de una serie de motivos prohibidos (el sexo, la raza u origen étnico, la religión, discapacidad, edad y orientación sexual). Podemos comprobar como a menudo las legislaciones y las políticas ignoran las experiencias de las personas con múltiples identidades centrándose en un solo aspecto de la identidad del individuo. La Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 2 de abril de 2009, sobre la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato, intenta evitar esta situación y establece un concepto de discriminación múltiple que debe ser aplicado en todos los Estados miembros.⁴⁷

Algunos de los supuestos principales de discriminación múltiple son:

Discriminación por razón de sexo y orientación sexual, se trata de aquellos supuestos en los que se discrimina a una persona tanto por su sexo, es decir, por una simple circunstancia natural, biológica y anatómica, como por su orientación sexual. En este caso la protección se dispensará en relación con la discriminación por razón de sexo y en la discriminación por orientación sexual.

Discriminación por identidad sexual y orientación sexual, en este supuesto se aplicará tanto la normativa antidiscriminatoria por razón de sexo, como la normativa antidiscriminatoria por razón de orientación sexual. Sería el caso por ejemplo de una persona que es transexual y homosexual ya que se la esta discriminando por ambos factores, identidad y orientación sexual.

Discriminación por razón de raza o etnia y orientación sexual, la única protección que se dispensa es por razón de raza o etnia, y no se aplica la protección de los principios rectores y normas antidiscriminatorias por razón de orientación sexual.

Discriminación por razón de nacionalidad y orientación sexual,⁴⁸ cuando la discriminación sea por ambos motivos no puede dispensarse protección desde la normativa antidiscriminatoria por razón de orientación sexual. No podrá alegarse discriminación por orientación sexual cuando entren en juego políticas migratorias, ya que son los Estados los

⁴⁷ CARRASQUERO CEPEDA MAOLY, Discriminación múltiple en Europa. Revista de Estudios Europeos N°75, enero-junio, 2020, pág. 42.

⁴⁸ CANO GALÁN, Y. Igualdad y no discriminación por orientación sexual e identidad de género en el Derecho social de la Unión Europea, en Derecho Social de la Unión Europea: aplicación por el Tribunal de Justicia, Román Gil Alburquerque (dir), Madrid; Francis Lefebvre, 2019, pág. 463.

que tienen la capacidad para fijar los requisitos de entrada y residencia de nacionales no comunitarios en territorio español.⁴⁹

3.2.4. *Discriminaciones erróneas*

Las discriminaciones supuestas, presuntas o erróneas, son las que se basan en una presunción acerca de otra persona que no es fácticamente correcta, un ejemplo sería discriminar a una persona por pensar que es lesbiana sin serlo. También existen las discriminaciones ocultas, estas el TC español las confunde con las indirectas, un ejemplo sería la negativa a alquilar una vivienda a un gitano que se intenta justificar en que ya ha sido previamente alquilada sin ser verdad. Por último podemos hablar de las discriminaciones por asociación, son las que pueden sufrir algunas personas por su relación con otras de especiales características, por ejemplo a una mujer que se la deniegue un trabajo porque es la madre de un discapacitado pensando que faltara mucho al trabajo por el cuidado que éste requerirá.

3.2.5. *Excepciones al principio de igualdad de trato*

Como he señalado anteriormente, las Directivas distinguen entre la discriminación directa que no puede ser justificada y la discriminación indirecta que sí esta abierta a una justificación objetiva. Sin embargo, la regla de la prohibición de la justificación de la discriminación directa cede en dos casos. En primer lugar, respecto de la discriminación por edad y en segundo lugar, respecto de algunas excepciones específicas cuyo reconocimiento no es obligatorio para los Estados, sino optativo.⁵⁰

En cuanto a los requisitos profesionales esenciales y determinantes, las Directivas de igualdad racial y de igualdad laboral permiten a los Estados miembros realizar diferencias de trato cuando debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se llevan a cabo, la raza/étnica etc., constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre que el objetivo sea legítimo y proporcionado.

⁴⁹ SEMPERE NAVARRO, A.V., Y CANO GALÁN, Yolanda: “La Constitución Española y el Derecho Social Comunitario (Constitución Social Europea), en Comentario a la Constitución socio-económica de España, MOLINA NAVARRETE, C. MONEREO PÉREZ, J.L. MORENO VIDA. Granada, 2002, pág. 18 y 19.

⁵⁰ REY MARTÍNEZ, F, (2011), op. cit., pág. 79.

Aunque no todos los Estados han incluido esta excepción en su legislación, la mayoría de ellos sí lo han hecho aunque precisada posteriormente por los tribunales de cada país. Holanda, por ejemplo, ha limitado la excepción a las circunstancias de empleos concretos donde la apariencia racial es relevante.

El artículo 4.2 de la Directiva de igualdad laboral, permite a los Estados mantener empleadores con éticas basadas en religiones o en determinadas convicciones estableciendo una diferencia de trato por dicha religión o convicción cuando, por la naturaleza de las actividades o el contexto en el que se desarrollen constituyan un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización. Esta diferencia de trato deberá respetar las disposiciones constitucionales y los principios generales del Derecho comunitario y no podrán justificar una discriminación por otro motivo, además a las personas que trabajen para ellas se les exige una actitud de buena fe y de lealtad hacia la ética de la organización.

En ciertos países no han optado por dicha excepción, pero otros como Grecia, Italia o Eslovaquia, sí que la han configurado de modo muy amplio.

Por otro lado, el artículo 3.4 de la Directiva de igualdad laboral, permite a los Estados miembros exceptuar la aplicación de la Directiva a las Fuerzas Armadas por lo que respecta a la discriminación basada en la discapacidad y la edad. Mientras algunos Estados han mantenido los requisitos de edad y capacidad en sus normas de reclutamiento militar, sin hacer una declaración expresa de excepción de la igualdad de trato, como por ejemplo España, Portugal o Eslovenia, otros países como Irlanda, han establecido un marco de excepciones mas amplio, abarcando la policía, el servicio de prisiones o los de emergencias.

En cuanto a la discriminación por nacionalidad, no se permitirán diferencias de trato por este motivo, sin perjuicio de las disposiciones y condiciones por las que se regulan la entrada y residencia de nacionales de terceros países y de apátridas en el territorio de los Estados miembros y del trato que se derive de la situación jurídica de estos.

En diversos países como Holanda o Portugal, la nacionalidad es un rasgo o factor de discriminación prohibida y por el contrario, existen otros países, como Chipre, Grecia, Malta Italia o Luxemburgo, en los que las Directivas ha permitido esta excepción.

La solución más coherente sería considerar la nacionalidad como un criterio de discriminación prohibida salvo en relación con la entrada, residencia y trabajo de los extranjeros no comunitarios.

La Directiva de igualdad racial permite a la ley nacional justificar un amplio marco de excepciones respecto de la discriminación por edad, tanto directa como indirecta aunque dichas excepciones deben poder justificarse de modo objetivo y razonable por una finalidad legítima en el marco del Derecho nacional. Las disposiciones proponen ejemplos como pueden ser, el establecimiento de condiciones especiales de acceso al empleo y a la formación profesional, incluidas las condiciones de despido y recomendación para los jóvenes, los trabajadores de mayor edad o que tengan personas a su cargo con vistas a garantizar la protección de dichas personas, el establecimiento de condiciones mínimas en lo que se refiere a la edad, la experiencia profesional o la antigüedad en el trabajo para acceder a determinadas ventajas vinculadas al mismo o el establecimiento de una edad máxima para la contratación.

La protección de personas jóvenes, mayores o con personas a su cargo, es un objetivo ampliamente difundido entre los Estados miembros de la UE, pudiéndose considerar como medidas de acción positivas y no excepciones al principio de igualdad de trato. Varios Estados, como Austria, Grecia o Portugal, han insertado esta Directiva en su derecho nacional, otros lo han hecho pero con más limitaciones.

Por último, el artículo 2.5 de la Directiva de igualdad laboral, establece que esta norma se aplicará sin perjuicio de las medidas establecidas en las legislaciones nacionales, que en la sociedad democrática son necesarias para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos.⁵¹

Por todo ello, cabe destacar que lo dispuesto en la Directiva se entiende sin perjuicio de la legislación nacional sobre el estado civil, el concepto de familia y los derechos reproductivos, sin perjuicio de las responsabilidades de los Estados en cuanto a los contenidos de la enseñanza, de las actividades y de la organización de los sistemas educativos, sin perjuicio de la legislación nacional que vele por el carácter laico del Estado y sin perjuicio de la legislación nacional que promueva la igualdad entre hombres y mujeres.

⁵¹ *Ibidem*, pág. 82.

En conclusión, el Derecho de la Unión Europea no debe invadir las decisiones tomadas por los diferentes Estados aunque esto no supone un límite.

3.3. Igualdad de oportunidades

La igualdad de oportunidades se entiende como el mandato a los poderes públicos de que promuevan acciones positivas o tratos jurídicos diferentes y favorables a las minorías en situación de desventaja fáctica.⁵² La igualdad de trato y la igualdad de oportunidades son ideas complementarias y no una regla y su excepción.

Según REY MARTÍNEZ F., la redacción del artículo en la Ley española debería ser así: *“Para garantizar en la práctica la plena igualdad por razón de origen racial o étnico, religión etc., los Estados deberán mantener o adoptar medidas específicas a favor de determinados colectivos destinadas a prevenir o compensar las desventajas que les afecten relativas a las materias incluidas en el ámbito de aplicación de la presente Ley”*.

3.3.1. Mandato de acciones positivas

Las medidas específicas adoptadas por los Estados para asegurar la igualdad real y evitar o prevenir las desventajas que padezcan las minorías, es lo que se conoce como “acciones positivas”.

Las “acciones positivas” ha sido uno de los conceptos más discutidos, ninguna legislación, ni tampoco la Unión Europea se han referido a este término. Dichas acciones podríamos considerarlas como un trato jurídico concreto, diferente y peor a uno o varios miembros del grupo mayoritario. La diferencia entre acciones positivas y discriminaciones positivas radica en que las acciones positivas son un trato desfavorable a una población mayoritaria y las discriminaciones positivas se consideran como un trato favorable a un grupo minoritario.

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, algunas formas de discriminaciones positivas son admisibles y otras no, siempre que la preferencia que se da al grupo minoritario no sea absoluta o incondicionada y sea conforme al derecho comunitario.⁵³ La igualdad no podrá impedir las acciones positivas que precisamente buscan asegurar esa igualdad de oportunidades a los grupos más desventajados.

⁵² *Ibídem*, pág. 76.

⁵³ *Ibídem*, pág. 77.

Por todo ello, la igualdad del Estado social es una igualdad substantiva que no sólo incluye la igualdad de trato, sino también de oportunidades, e incluso en algunas ocasiones de resultados o “discriminación positiva”.⁵⁴

4. DISTINCIÓN ENTRE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO

Uno de los objetivos del artículo 3 del TUE es combatir la discriminación, sin concretar que dicha lucha sea contra la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.⁵⁵

La orientación sexual viene regulada en los artículos 10 y 19 del TFUE, cuyo art 10 señala que en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo (...) u orientación sexual.

Sin embargo la identidad de género no está definida ni regulada en ninguna disposición, siendo uno de los primeros problemas al concretar que colectivos quedarían incluidos en ambos conceptos.

4.1. Identidad de género

De acuerdo con la definición establecida por los Principios de Yogyakarta, la identidad de género es *“la vivencia interna o individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no al sexo asignado en el momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo y otras expresiones de género como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.”*

La identidad de género, es un factor sospechoso de discriminación que abarca la transexualidad y la intersexualidad, pero también otros supuestos de personas que eligen, como “expresión de género”, medios alternativos, como el travestismo o un vestuario diferente al normalmente asociado a su género físico, o simplemente adoptando una manera de hablar o de utilizar cosméticos usualmente asociados a los miembros del sexo

⁵⁴ REY MARTÍNEZ, F. “Derecho Antidiscriminatorio”, Pamplona (2019), op. cit., pág 62.

⁵⁵ CANO GALÁN, Yolanda, (2019). Op. cit., pág. 456.

opuesto.⁵⁶ Por tanto, la identidad hace referencia a quien es y como se siente una persona independientemente del sexo con el que nace.

En palabras de CANO GALÁN, el concepto de identidad de género se identificaría como la conciencia que una persona tiene de ella misma independientemente del sexo con el que nace, incluyéndose el significado o percepción social y cultural de dicha conciencia personal.⁵⁷

La construcción jurídica de la identidad de género en la Unión Europea se ha basado tradicionalmente en una restrictiva y excluyente identificación del género con el sexo de la persona. Para entender el concepto de identidad de género es importante primero distinguir entre la noción de “sexo” y de “género”. Mientras sexo se refiere a la estructura biológica tales como las características sexuales primarias y secundarias, los genes y las hormonas⁵⁸, el género de una persona también incluye el aspecto social,⁵⁹ no queda delimitado únicamente por el sexo biológico que la persona adquiere al nacer. El género está por tanto ligado fuertemente a las expectativas de la sociedad y no es exclusivamente una cuestión biológica⁶⁰. El Tratado de Lisboa, en todas las disposiciones en las que hace mención a la prohibición de discriminar, o a la obligación de luchar contra la exclusión social y la discriminación, se refiere al motivo del sexo y no al de identidad de género.⁶¹

Según establece la Directiva 2006/54/CE *“el Tribunal de Justicia ha considerado que el alcance del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres no puede limitarse a la prohibición de la discriminación basada en el hecho de que una persona es de uno u otro sexo”*.

Como narra DÍAZ DE LA FUENTE, la protección jurisprudencial de las personas transexuales en base al principio de discriminación por razón de sexo ha supuesto un gran avance en la lucha por los derechos de un colectivo que ha sufrido, y sigue sufriendo, una

⁵⁶ REY MARTÍNEZ, F. *“Derecho Antidiscriminatorio”*, Pamplona (2019), pág 253.

⁵⁷ CANO GALÁN, Y. (2019), op. cit., pág. 458.

⁵⁸ AGIUS SILVAN, TOBLER C, (2011). op. cit., pág. 12.

⁵⁹ CONSEJO DE EUROPA. Informe temático. Identidad de Género y Derechos Humanos. Estrasburgo, 29 de julio de 2009.

⁶⁰ AGIUS SILVAN, TOBLER C, (2011). op. cit., pág. 12.

⁶¹ UNIÓN EUROPEA. Tratado de Lisboa. Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, artículos 10 y 19.

violación sistemática de sus derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la vida, el derecho a la integridad física y el derecho a la salud, además de un elevado grado de discriminación y de estigmatización social. Sin embargo, para que la construcción jurídica sea realmente inclusiva y transformadora debe desafiar los parámetros sociales tradicionales del género binario e incluir el abanico de identidades que trasciende a la normativizada distinción entre mujer y hombre.⁶² Borrillo entiende que más que feminizar el Derecho se trata de hacerlo indiferente al género.⁶³

El término “trans” incluye a aquellas personas que tienen una identidad de género o expresión de género que es diferente del sexo asignado al nacer.

Dentro de este ámbito se incluyen a personas que se identifican como transexuales, transgénero, travesti o crossdressing, andrógino, polygender, genderqueer, argender, variante de género o con cualquier otra identidad de género o expresión que es estándar masculino o femenino, y que expresan su género a través de la modificación o presentación de su cuerpo incluyendo el sometido a múltiples procedimientos quirúrgicos.⁶⁴

El concepto transexual se abordó con la STJUE 30-4-96 P/S y Cornwall County Council C-13/94 en la que se identifican como aquellas personas que, aun perteneciendo físicamente a un sexo, poseen el sentimiento de pertenecer a otro, y para ello se someten a tratamientos médicos e intervenciones quirúrgicas destinados a adaptar sus características físicas a su psicología.⁶⁵ Tal como establece AGIUS SILVA⁶⁶, las personas transexuales se identifican en un rol de género opuesto al sexo asignado al nacer y tratan de vivir permanentemente en el papel de género que prefieren, a menudo acompañado de un fuerte rechazo de sus características sexuales primarias y secundarias físicas y un deseo de alinear su cuerpo con su género preferido. Dichas personas pueden proyectar una operación, pueden someterse a un tratamiento o tienen reasignación de género sufrida, la cual no tiene porque implicar terapia hormonal o cirugía.

⁶² DÍAZ LAFUENTE, José, (2013). op. cit., pág. 6.

⁶³ BORRILLO, D.A., una perspectiva crítica del Derecho del género y las sexualidades en el mundo latino. VVAA. Cords BORRILLO, D.A. y GUTIÉRREZ CASTILLO. V. L, Derecho y Política de las Sexualidades. Hygens. Ed. (2013). pág. 55.

⁶⁴ AGIUS SILVAN, TOBLER C, (2011), op. cit., p. 12.

⁶⁵ CANO GALÁN, Yolanda, (2019). op. cit., p. 459.

⁶⁶ AGIUS SILVAN, TOBLER, (2011). op. cit., p 12.

Según el TJUE las personas transgénero se pueden identificar con dos elementos. En primer lugar con la percepción personal de pertenecer a un sexo distinto al que ostentan desde el nacimiento, respecto a este elemento se viene utilizando socialmente el término “travesti”. El segundo elemento es la intervención quirúrgica para adecuar la apariencia física con su percepción personal de pertenencia a un determinado sexo, que es lo que entendemos como transexuales.⁶⁷

En cuanto a las personas intersexuales nos referimos únicamente a su composición biológica, es decir, a las características genéticas, hormonales y físicas que no son ni exclusivamente masculinas ni femeninas ya que o son ambos sexos a la vez o no son definidos con claridad. Estos rasgos se pueden manifestar bien en características sexuales secundarias, tales como la masa muscular, la distribución del cabello, pechos y estatura, o directamente en características sexuales primarias, como pueden ser en los órganos reproductivos y genitales o en las estructuras cromosómicas y hormonas. El término intersexual ha sustituido al de “hermafrodita” que fue utilizado por los médicos durante los siglos XVIII y XIX.⁶⁸

Las definiciones de los términos andrógino, polygender y genderqueer son muy parecidos y se refieren a aquellas personas que con una combinación de lo masculino y las características femeninas, se mueven entre los dos géneros y tienen líneas borrosas entre su identidad de género, expresión de género y la orientación sexual.⁶⁹

Por último, el término agender se refiere a personas que no tienen una identidad de género y se niegan a ser clasificados como hombres o mujeres o de cualquier otra manera.⁷⁰

En este sentido, como denuncia el Informe del antiguo Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa titulado Derechos Humanos e Identidad de género de 2009⁷¹, *“muchos marcos legales en Europa parecen referirse exclusivamente a las personas transexuales,*

⁶⁷ CANO GALÁN, Yolanda, (2019). op. cit, pág. 459.

⁶⁸ AGIUS SILVAN, TOBLER C, (2011). op. cit, pág. 12

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ CONSEJO DE EUROPA. COMISARIO PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Informe temático. Identidad de Género y Derechos Humanos. Op. cit. para. 3.6.

dejando fuera una parte decisiva de la comunidad, entre las que se incluyen a cross-dresser, travestis y a otras personas que no encajan en las estrechas categorías de “hombre” o “mujer”.

De este modo, la construcción jurídica de la identidad de género debe ofrecer una protección basada en un concepto de género inclusivo, plural y mutable en el tiempo y que por tanto, garantice la protección tanto de las personas transexuales operadas como de aquellas que por el ejercicio de su libertad, por razones médicas o por falta de recursos, deciden no someterse al tratamiento médico o quirúrgico de reasignación de género. Además, debe incluir la discriminación por motivo de expresión de género, es decir, la discriminación por razón de la vestimenta, la forma de hablar o los modales de la persona con independencia de su sexo. La protección también debe extenderse a aquellas personas intersexuales que nacen con caracteres biológicos pertenecientes a ambas categorías sexuales⁷², es decir, tienen un sexo indeterminado.

4.2. Orientación sexual

Tal y como señala CANO GALÁN⁷³, la orientación sexual no se ha definido ni en el marco comunitario ni en la normativa española, únicamente se han abordado definiciones desde la perspectiva internacional⁷⁴. El reconocimiento de la orientación sexual como causa de discriminación por el Derecho de la Unión Europea, a diferencia de la identidad de género no es obra de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sino por la obra legislativa de la Unión desde mayo de 1999 con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam.⁷⁵ Fue a raíz del asunto *Grant v. South-West Trains*⁷⁶, en el que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea defendió la igualdad de las personas lesbianas, gays y bisexuales a través de la extensión del principio de no discriminación por razón de sexo.

⁷² DÍAZ LA FUENTE, José, (2013). op. cit., pág. 7.

⁷³ CANO GALÁN, Yolanda, (2019). op. cit., pág. 456.

⁷⁴ Principios de Yogyakarta (Indonesia) sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, (2007) pág. 6.

⁷⁵ DÍAZ LA FUENTE, José, *Revista general de derecho constitucional*, (2013). Op. cit., p. 8.

⁷⁶ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Asunto *Grant v. South-West Trains*. C-249/96 (1998) ECR I-621.

En diciembre de año 2000, los Estados miembros firmaron la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea cuyo artículo 21 establece de forma explícita la prohibición de discriminación por motivos de orientación sexual. Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009, la Unión Europea se compromete a combatir contra la exclusión social y la discriminación por motivos de orientación sexual y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea adquiere naturaleza de tratado, dotando a la prohibición de discriminación por motivo de orientación sexual el carácter jurídicamente vinculante.⁷⁷

A pesar del reconocimiento explícito de la orientación sexual en el Derecho de la Unión Europea, ninguna disposición normativa explica el contenido material ni el alcance del término orientación sexual. Para comprender el significado que le otorga la Unión Europea debemos remitirnos a la encuesta publicada por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en mayo de 2013 sobre la situación de las personas LGBTI en Europa⁷⁸. En ella, la Agencia de los Derechos Fundamentales, siguiendo los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género, define el concepto de orientación sexual como *“la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”*.⁷⁹

CANO GALÁN entiende como orientación sexual el sentimiento o su falta de atracción emocional, afectiva y sexual por personas del mismo o distinto género, el deseo o falta de mantener con dichas personas relaciones íntimas y sexuales o crear una relación de pareja.⁸⁰

Partiendo de la diferencia entre género y sexo a la que nos hemos referido con anterioridad, la orientación sexual se podría referir por un lado a la orientación por razón de género,

⁷⁷ DÍAZ LAFUENTE, José, *Revista general de derecho constitucional*, (2013). Op. cit., pág. 9.

⁷⁸ *Ibidem*. pág. 10.

⁷⁹ AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. Estadística de personas LGBT como víctimas de la discriminación y los delitos motivados por prejuicios en la UE y Croacia”. Mayo 2013. Disponible en: <http://fra.europa.eu/survey/2012/eu-lgbt-survey>

⁸⁰ CANO GALÁN, Yolanda, (2019). Op. Cit., pág. 457.

entendiendo por orientación a la atracción o su falta afectiva, emocional o sexual y su práctica, y entendiendo por género las diferencias biológicas entre hombres y mujeres. Es decir, el significado social y cultural que se atribuye a las diferencias biológicas entre hombres y mujeres, significado en el que se incluye la atracción emocional, afectiva o sexual, cuya protección habría que buscarla en la normativa antidiscriminatoria por razón de orientación sexual⁸¹. Y por otro lado la discriminación por razón de sexo que guarda relación con el hecho biológico de ser hombre o mujer, cuya protección hay que buscarla en la normativa antidiscriminatoria por razón de sexo⁸².

Siguiendo a CANO GALÁN, algunos de los colectivos que quedan incluidos bajo el concepto de orientación sexual pueden ser, las personas homosexuales, entendiendo por homosexualidad la inclinación hacia la relación erótica con individuos del mismo sexo y la práctica de dicha relación. Las personas bisexuales, entendiendo por bisexual las personas que mantienen relaciones tanto con homosexuales como con heterosexuales, es decir, con individuos del mismo y de distinto sexo. Los heterosexuales, refiriéndonos a la inclinación erótica hacia individuos del sexo contrario. Las personas asexuales que se entiende como aquellas personas sin sexo, ambiguo, indeterminado, es decir, se trata de la falta de atracción sexual. Y por último, los panasexuales o curis, cuyo término se utiliza para identificar a personas que sienten atracción por diferentes posibilidades de identidad de género. Se identifican con este colectivo ya que se fundamentan en el sentimiento o atracción emocional, afectiva o sexual.⁸³

4.3. Homofobia, transfobia y discriminación por identidad sexual

4.3.1. Actitudes y estereotipos hacia las personas LGBT

El Parlamento Europeo en 2007 pidió a la Agencia Europea de Derechos Fundamentales (FRA), llevar a cabo investigaciones sobre la discriminación contra las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgénero (LGBT) en la UE.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² *Ibidem*. pág. 458.

⁸³ *Ibidem*.

La FRA publicó en 2008 un análisis actualizado en 2010 que nos permite mostrar por primera vez las tendencias legales así como las medidas para combatir la discriminación por identidad sexual.⁸⁴

La Recomendación del Consejo de Europa CM/Rec, 2010, establece que los funcionarios públicos y otros representantes de los Estados deben ser alentados a promover la tolerancia y el respeto a los derechos humanos de las personas LGBT involucrándose en un diálogo con los principales representantes de la sociedad civil, incluidos los medios de comunicación, las organizaciones políticas, deportivas y comunidades religiosas. Encuestas nacionales sugieren que las actitudes hacia las personas de este colectivo varían de un Estado miembro a otro y también de acuerdo con el contexto.

El Consejo de Europa creado en 1949, es una organización política intergubernamental, con sede en Estrasburgo (Francia) que cuenta con 47 Estados miembros. Entre los objetivos del Consejo de Europa están:

- Defender los derechos humanos, la democracia pluralista y la preeminencia del derecho;
- Favorecer la toma de conciencia y el desarrollo de la identidad cultural de Europa así como de su diversidad;
- Buscar soluciones comunes a los problemas a los que se enfrenta la sociedad, tales como la discriminación hacia las minorías, la xenofobia, la intolerancia, la bioética y la clonación, el terrorismo, la trata de seres humanos, la delincuencia organizada y la corrupción, la ciber criminalidad, y la violencia hacia los niños;
- Desarrollar la estabilidad democrática en Europa acompañando las reformas políticas, legislativas y constitucionales.⁸⁵

⁸⁴ AGENCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (FRA), homophobia, transphobia and discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in the EU Member States. Summary of findings, trends, challenges and promising practices. Pág 7. Disponible en:

https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1659-FRA-homophobia-synthesis-report-2011_EN.pdf2011.

⁸⁵ Recomendación CM / Rec (2010) 5 del Consejo de Europa para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Disponible en:

http://transexualia.org/wp-content/uploads/2015/03/Legal_recomendacionCM.pdf

La Recomendación CM establece que *“ni los valores culturales, tradicionales, ni religiosas, ni las reglas de una cultura dominante puede ser invocada para justificar el discurso del odio o cualquier otra forma de discriminación, incluso por razones de orientación sexual o identidad de género”*.⁸⁶

A pesar de que varios gobiernos de toda la UE promueven activamente la igualdad de derechos y oportunidades independientemente de su identidad o expresión de género, las actitudes negativas se mantiene. A menudo el perjuicio contra las personas LGBT se basa en suposiciones sin fundamento, por ejemplo que la homosexualidad es una enfermedad o que las personas LGBT son responsables del colapso de los valores tradicionales,⁸⁷ y la FRA propone combatir contra tales prejuicios mediante la educación y las campañas de sensibilización apoyadas por las autoridades públicas, por las instituciones de la UE y los gobiernos nacionales, regionales y locales. Además los medios de comunicación juegan un papel crucial en la mejora de la percepción pública de las personas de este colectivo.

Reino Unido por ejemplo ha incluido un ambicioso programa de trabajo para *“hacer frente a los prejuicios anticuados y garantizar cambios iguales para todos, cualquiera que sea su orientación o identidad de género”*.⁸⁸

4.3.2. Derecho a la vida, la seguridad y la protección contra el abuso y la violencia

De acuerdo con la Recomendación CM/Rec 2010 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de identidad de género, los Estados miembros deben garantizar investigaciones efectivas, inmediatas e imparciales sobre presuntos casos de crímenes y otros incidentes en los que la identidad de género de la víctima se sospeche fundadamente que se ha constituido un motivo para el autor. Además deben garantizar a la hora de determinar las sanciones, la existencia de un motivo relacionado con la discriminación por identidad sexual.

⁸⁶ Recomendación CM/Rec (2010) 5 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de identidad de género.

⁸⁷ AGENCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (FRA), (2011). Op. cit., pág. 11.

⁸⁸ Programa para el gobierno. Oficinas de Reino Unido, Gobierno de Igualdades, (2010).

Los Estado miembros también deben tomar las medidas apropiadas para combatir todas las formas de expresión que puedan producir efecto de incitar, difundir o promover el odio u otras formas de discriminación⁸⁹.

Las actitudes negativas hacia las personas LGBT se pueden expresar a través del comportamiento abusivo y la delincuencia mediante ataques verbales y físicos a causa de su identidad sexual, e incluso en algunos casos como en las personas transexuales dichos ataques han sido mortales. La intimidación y el acoso puede tomar forma de ataques físicos, y los insultos o amenazas a través de Internet o por teléfonos móviles.

Las encuestas realizadas en algunos Estados miembros indican que solo un 20% de los crímenes de odio son reportados por las víctimas a pesar de que muchas personas LGBT han experimentado homofobia o violencia transfóbica. Sin embargo no hay suficiente información sobre la frecuencia de este tipo de violencia que se produce en la UE ya que la mayoría de Estados miembros no mantienen datos estadísticos oficiales sobre crímenes de odio debido a que muchas de las víctimas no reportan los incidentes a la policía por temor o por miedo a los perjuicios.⁹⁰

En el Programa de Estocolmo se establece el marco para una Europa abierta y segura que sirva y proteja a los ciudadanos. El Consejo Europeo sostiene que *“puesto que la diversidad enriquece a la Unión Europea, sus Estados miembros deben proporcionar un entorno seguro donde se respeten las diferencias y los más vulnerables estén protegidos. Medidas para hacer frente a la discriminación y a la homofobia”*.⁹¹

4.3.3. Libertad de reunión y de expresión

⁸⁹ Recomendación CM/Rec 2010 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de identidad de género.

⁹⁰ AGENCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (FRA), op. cit., pág. 15.

⁹¹ Comisión Europea, (2010) *Garantizar el espacio de libertad, seguridad y justicia para los ciudadanos europeos: Plan de acción del Programa de Estocolmo*. Pág 3. COM 20 de abril de 2010. Disponible en: http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/Malmstrom/Archivo/COM%202010%20171%20EN.pdf

El derecho a la libertad de expresión implica que todo el mundo tiene derecho a difundir y recibir información imparcial sobre personas LGBT y sus relaciones, y vivir en un entorno abierto e inclusivo.⁹²

La libertad de reunión se refiere al derecho del pueblo a reunirse en un lugar físico, bien en un espacio cerrado como podría ser una reunión en el Ayuntamiento, o bien al aire libre como una marcha o una demostración.

El derecho a la libertad de reunión puede ser limitado por el gobierno sólo para proteger los derechos de otras personas, tales como la seguridad pública o la moral pública.⁹³ En las sociedades democráticas las autoridades tienen un número reducido de excepciones para limitar la libertad de expresión, sin embargo, no puede limitarse simplemente porque las ideas expresadas puedan escandalizar u ofender a la gente por expresiones relacionadas con la orientación sexual o la identidad de género que algunas personas podrían considerar ofensivas.

La Recomendación CM/Rec 2010 exige que los Estados miembros de la UE deben tomar medidas apropiadas a nivel nacional, regional y local para asegurar el derecho a la libertad de expresión y garantizar el derecho a la libertad de reunión pacífica disfrutados de manera efectiva, sin discriminación por motivos de identidad de género.

Según establece la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, un medio importante para abordar el problema de la intolerancia y las actitudes negativas es influyendo positivamente en la opinión pública mediante eventos públicos donde las personas LGBT puedan expresar su identidad. Algunos de los medios para que estas personas puedan ejercer su derecho a la libertad de reunión y de expresión pueden ser mediante las marchas del orgullo o reuniones y eventos similares⁹⁴. Como destaca el artículo 2 de la Recomendación⁹⁵, se han producido muchos incidentes de incitación y

⁹² AGENCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (FRA), op. cit., pág. 19.

⁹³ AGENCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (FRA), op. cit., pág. 17.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ Establece textualmente el artículo 2 de la Recomendación CM/Rec 2010: “Los Estados miembros tomarán las medidas adecuadas para garantizar, de conformidad con el artículo 11 de la Convención, que el derecho a la libertad de asociación puede ser efectiva sin discriminación alguna

crímenes al odio en el contexto contra manifestaciones de las personas LGBT en el ejercicio de su libertad de expresión y de reunión a través de estos eventos. En las últimas décadas, en varios Estados miembros de la UE han existido prohibiciones u obstáculos administrativos que han creado problemas para la organización de manifestaciones legítimas y pacíficas de este colectivo.

La actualización legal del FRA 2010 revela avances en el contexto de la libertad de reunión y de expresión para las personas LGBT en Estados miembros de la UE, por ejemplo, en Polonia, Rumania y Bulgaria se han llevado marchas Pride para defender los derechos y la libertad de estas personas con éxito. Por el contrario, en Lituania el Orgullo Báltico 2010 fue amenazado de cancelación a corto plazo y en Letonia el derecho a organizar marchas continúa siendo cuestionado por los funcionarios a pesar de varios intentos de fallos judiciales que anulan las prohibiciones.

El Parlamento Europeo ha aprobado una serie de resoluciones para promover la libertad de expresión y la libertad de reunión de las personas LGBT. Entre 2006 y 2007 el Parlamento ha indicado en varias resoluciones que la prohibición discriminatoria de las marchas del orgullo contravienen los principios protegidos por el CEDH⁹⁶. La Resolución del Parlamento Europeo de 17 de septiembre de 2009, sobre la Ley lituana sobre la protección de menores contra los efectos perjudiciales de la información pública reafirma la importancia de la lucha de la UE contra todo tipo de discriminación.

4.3.4. Discriminación en el empleo

Actualmente la legislación de la UE a través de la Directiva sobre la igualdad de género y la Directiva sobre la igualdad de género en bienes y servicios tanto dentro como fuera del ámbito del empleo, protegen a las personas transexuales que tienen la intención de

por razón de orientación sexual o identidad de género, en particular, discriminatorio procedimientos administrativos, incluidos los trámites excesivos para el registro y funcionamiento práctico de las asociaciones, deben evitarse y eliminarse, las medidas también deben ser tomadas para prevenir el abuso de las disposiciones jurídicas y administrativas, tales como los relacionados con las restricciones basadas en la salud pública, la moral pública y el orden público”.

⁹⁶ AGENCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (FRA), (2011), op. cit., pág. 19.

someterse a una cirugía o de reasignación de género. Esto es porque, a partir de la sentencia P. V S. y Cornwall County Council, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea determinó que la discriminación por sexo también abarca la discriminación por motivos de reasignación de género. Sin embargo la legislación y la práctica de estas Directivas no han penetrado de manera uniforme en todos los Estados miembros.⁹⁷

El análisis jurídico FRA 2008 de la discriminación por identidad sexual, reveló que la mayoría de Estados miembros no mantienen datos sobre el número de quejas de discriminación presentadas pero las investigaciones realizadas en muchos programas de los Estados miembros han comprobado que cuando las personas están abiertas sobre su identidad de género en el lugar de trabajo se enfrentan al acoso de sus compañeros de trabajo y a la exclusión en actividades sociales, los empleadores a menudo los tratan de manera menos favorable en el ámbito de formación, promoción o solicitud de vacaciones, en particular, las personas trans parecen sufrir mayores dificultades.

La Declaración de Herman Van Rompuy, Presidente del Consejo Europeo, en el Día Internacional contra la Homofobia, 17 de mayo de 2010, señala que: *“la discriminación por motivos de género y la orientación sexual ha dejado de constituir una división política y la no discriminación, consagrado en el acto de fundación de la UE y la declaración de valores. Es algo que distingue a Europa de muchas otras partes del mundo. Nos hemos inspirado en el sentido de la dignidad humana y la singularidad de cada persona. Todos merecen las mismas oportunidades en la vida.”*⁹⁸

Desde la presentación del informe jurídico 2008 FRA, varios Estados miembros (República Checa, Suecia y Reino Unido) han optado por introducir una prohibición explícita de la discriminación por motivos de identidad de género. Suecia adoptó una fórmula particularmente amplia, refiriéndose a transgénero, identidad o expresión, con el fin de que se protejan a las personas trans mas allá de los que han experimentado o tienen intención de someterse a un cambio de sexo. No obstante, sigue siendo una situación fragmentada en toda la UE. Con respecto a la identidad de género, la red europea de organismos nacionales de igualdad, Equinet, ha confirmado retos significativos en la legislación sobre igualdad de

⁹⁷ AGENCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (FRA), (2011), op. cit., pág. 21.

⁹⁸ Declaración de Herman Van Rompuy, Presidente del Consejo Europeo, en el Día Internacional contra la Homofobia, 17 de mayo de 2010.

las personas trans y ha intensificado sus esfuerzos para mejorar la protección y apoyar nuevas iniciativas políticas y prácticas prometedoras.⁹⁹

4.3.5. Discriminación en las aulas

La discriminación y el acoso que sufren los estudiantes por motivo de su identidad de género en las escuelas y centros de educación requiere de la atención de los legisladores nacionales y europeos ya que además este sector puede sufrir una doble o múltiple discriminación, como puede ser por la edad y por su identidad sexual.¹⁰⁰

La discriminación escolar puede adoptar múltiples fórmulas, desde libros de texto y materiales pedagógicos con contenido homófobo, bibófobo o tránsfobo¹⁰¹ hasta la agresión verbal y física en las aulas por la identidad de género de alumnado.

La discriminación y el acoso escolar son causas entre los estudiantes LGBTI de abstención escolar, de déficits en el rendimiento académico e incluso de suicidio.¹⁰²

De acuerdo con una encuesta publicada por la FRA sobre la situación de las personas LGBTI en Europa, el 80% de los consultados recuerdan comentarios discriminatorios o actos de agresión dirigidos contra jóvenes en el ámbito escolar por su identidad de género, además dos tercios de los consultados declararon que ocultaron su identidad sexual en su etapa escolar hasta los 18 años de edad.

La falta de reconocimiento, de representación y de imágenes positivas de las personas LGBTI en la educación conlleva la existencia de una falta de conocimiento, sensibilidad y comprensión que contribuye al aislamiento y a la exclusión social de estos alumnos.

4.3.6. Discriminación en el ámbito de la salud

⁹⁹. AGENCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (FRA), (2011) op. cit., pág. 22.

¹⁰⁰ DÍAZ LAFUENTE, José, (2013), op. cit., pág 29.

¹⁰¹ JIMENA QUESADA, L. Educación sexual y no discriminación en la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales. Revista europea de derechos fundamentales, N°7, (2011).

¹⁰² ASAMBLEA PARLAMENTARIA. CONSEJO DE EUROPA. Comité de Asuntos Sociales, de Salud y de Familia. ‘Child and teenage suicide in Europe: A serious public-health issue Report’. Doc 11547, 27 de marzo de 2008.

Como ha destacado la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, las personas LGBT sufren discriminación en el sector de la atención sanitaria. La discriminación a estas personas puede verse afectada desde lo más simple, como puede ser en las donaciones de sangre por la creencia irracional de que el índice de infecciones de VIH es mayor entre las personas de este colectivo. Hay que tener en cuenta que las personas transexuales tienen unas necesidades médicas concretas que no son atendidas por todos los Estados miembros, como es el tratamiento hormonal o el quirúrgico de reasignación de género en los casos que proceda.¹⁰³ Además no hay que olvidar la debida atención a las necesidades psicológicas específicas que las personas LGBT requieren debido al grado de exclusión, estigmatización y discriminación que sufren por la sociedad.

En cualquier caso, la confidencialidad del personal médico y sanitario es clave para evitar que las personas LGBTI sean discriminadas en otros ámbitos como el familiar, el educativo o el laboral.¹⁰⁴

En cuanto a las fuentes de discriminación en el ámbito de la salud, en la actualidad, la OMS sigue considerando la transexualidad como un “desajuste conductual y mental”.

En la mayoría de programas de salud pública de los Estados miembros, las cuestiones relativas a las personas LGBTI sólo se abordan en relación con las enfermedades de transmisión sexual, de hecho, denuncian que hay casos en Europa en los que parte del personal ha rechazado atender o tocar a pacientes LGBTI por su identidad de género.

Para propiciar una acción inclusiva y efectiva en el área de salud se hace necesaria una comprensión integral y comprensiva de la sexualidad, del género y de su relación directa con el bienestar físico y psicológico de las personas.¹⁰⁵ Pero hay que señalar que las instituciones de la UE han prestado un limitado interés en incluir las cuestiones de la identidad de género en las iniciativas sobre la salud. Destaca la comunicación de la Comisión Europea en 2009 sobre “la solidaridad en la salud y reducir las desigualdades en la UE”, reconoce que los grupos vulnerables se enfrentan a diversos obstáculos para acceder a los servicios sanitarios produciendo en algunos caso desigualdades que podrían evitarse.

¹⁰³ DÍAZ LAFUENTE, José, (2013), op. cit., pág 33.

¹⁰⁴ CONSEJO DE EUROPA. COMISARIO PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género.

¹⁰⁵ SANTA. J, Redefiniendo la sexualidad.

El Parlamento Europeo en la Resolución de 28 de septiembre de 2011 sobre derechos humanos, se ha mostrado activo en solicitar a la Organización Mundial de la Salud la exclusión de la identidad de género de la lista de desajustes mentales.

La Recomendación CM/Rec 2010 del Comité de Ministros establece que los Estados miembros deben tomar las medidas apropiadas para asegurar que las personas trans tengan acceso efectivo a los servicios de reasignación de género apropiadas, incluyendo la experiencia psicológica, endocrinológica y quirúrgica en el campo de la asistencia sanitaria trans sin estar sujetos a requisitos irrazonables. Así como adoptar las medidas adecuadas para garantizar el pleno reconocimiento legal de cambio de sexo de una persona en todos los ámbitos de su vida, en particular, al hacer posible el cambio de nombre y sexo en los documentos oficiales de una forma rápida, transparente y accesible.¹⁰⁶

4.3.7. Discriminación por motivos de identidad de género en otros ámbitos

La Unión Europea ha reconocido de forma explícita la prohibición de discriminar por motivos de identidad de género en materia de libre circulación de personas, en la protección de víctimas de delitos y en la normativa reguladora de asilo.¹⁰⁷

La Directiva 2004/38/EC relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, garantiza que las personas LGBTI y sus familiares puedan disfrutar del derecho fundamental de libre circulación por el territorio de los Estados miembros sin sufrir discriminación por motivos de su sexo.¹⁰⁸

¹⁰⁶ AGENCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE UNA UNIÓN EUROPEA (FRA), (2011), op. cit., pág. 24.

¹⁰⁷ DÍAZ LAFUENTE, José, (2011), op. cit., pág. 35.

¹⁰⁸ Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (*Diario Oficial de la Unión Europea L158, de 30 de abril de 2004*).

Por otra parte, la Directiva 2012/29/UE¹⁰⁹ establece las normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, obliga a los Estados miembros a reconocer y a tratar a las víctimas de violaciones de derechos individuales de manera respetuosa, sensible y profesional, sin discriminación de ningún tipo por motivos entre otros, del sexo, la expresión de género, la identidad de género o la orientación sexual de las víctimas. Por tanto, esta norma manifiesta la tendencia de apertura de la Unión Europea en materia de protección de las personas transgénero, haciendo explícita la prohibición de discriminación por motivos de identidad de género.

4.3.8. *La protección internacional de las personas que huyen de la homofobia LGBT*

Esta sección se refiere a las normas y prácticas en torno a la concesión de asilo o status similar por los Estados miembros a las personas que huyen de su país de origen debido a la persecución sobre la base de su identidad sexual. Un individuo puede solicitar asilo por ser perseguido a causa de su pertenencia a un ‘grupo social’. De acuerdo con la legislación los grupos sociales incluyen a las personas LGBT, sin embargo esto no significa necesariamente que una persona LGBT tenga derecho a entrar en la UE y al asilo que reclama debido a que hay muchas dificultades para demostrar dicha reclamación.

La protección ofrecida a las personas LGB bajo la Directiva de Reconocimiento debe extenderse lógicamente también a las personas transexuales y transgénero ya que ellos también forman parte de un ‘grupo social’ distinto, cuyos miembros comparten características comunes y tienen una identidad distinta por la percepción que la sociedad tiene de ellos. Existen varios países miembros de la UE que no incluyen explícitamente a las personas LGBT como un ‘determinado grupo social’, como son Estonia, Grecia, Reino Unido ni Dinamarca que no está obligada por la Directiva de Reconocimiento.¹¹⁰

¹⁰⁹ Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de Octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/AJ del Consejo.

¹¹⁰ AGENCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE UNA UNIÓN EUROPEA (FRA), (2011), op. cit., pág. 33.

La Comisión Europea ha presentado una propuesta de Directiva al Parlamento Europeo y al Consejo sobre normas mínimas y procedimientos en los Estados miembros para conceder o retirar la protección internacional.¹¹¹

En esta propuesta, el Parlamento Europeo ha aprobado una resolución legislativa el 6 de abril de 2011, que contiene varias modificaciones para fortalecer la posición de los solicitantes de asilo LGBT. Las medidas incluyen el asesoramiento de expertos para los funcionarios de asilo en la identidad de género, proteger la privacidad de los solicitantes, garantizar que los exámenes físicos respeten plenamente la dignidad y la integridad en el caso de las personas trans y asegurar que las aplicaciones de los solicitantes de asilo LGBT no son 'vía rápida' para su traslado a su país de origen.¹¹²

La forma más eficaz de mejorar la protección de las personas trans en busca de protección internacional es mediante la inclusión explícita de la identidad de género como motivo de persecución en la actual reforma de la Directiva, así como garantizar el respeto de la dignidad humana, la integridad y la privacidad de los procedimientos de concesión.

5. DISCRIMINACIÓN POR IDENTIDAD SEXUAL EN LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UE

6.1. Análisis comparativo de discriminación en otros Estados miembros de la Unión Europea

Existen grandes variaciones en los sistemas legales de los 28 Estados miembros de toda la Unión Europea y los países del Espacio Económico Europeo (EEE) cuando se trata de la cobertura de las personas trans en el derecho interno. A pesar de que se han registrado algunos progresos desde 2009, varios Estados no cumplen con las normas que se establecen en la jurisprudencia del TJUE.

¹¹¹ El 21 de octubre de 2009, la Comisión Europea adoptó una propuesta de refundición de la Directiva de procedimientos sobre algunos de los problemas mencionados. COMISIÓN EUROPEA, (2009).

¹¹² Resolución legislativa del 6 de abril de 2011, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre normas mínimas para los procedimientos en los Estados miembros para conceder o retirar la protección internacional.

En base a la información que se ha recogido, se observa que Bulgaria, Italia, Liechtenstein, Lituania, Malta, Polonia, Portugal y Rumanía están a la altura de cumplir con el principio establecido en relación con el cambio de sexo. La situación en Chipre, Islandia, Letonia, Luxemburgo dependen totalmente de la voluntad de los organismos nacionales de ejecución.

Austria, Bélgica, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Países Bajos, Noruega y Eslovenia parecen cumplir con el requisito a pesar de que no incluyen una referencia expresa en la ley, mientras que Alemania, Gran Bretaña, Hungría, España y Suecia tienen una regulación específica en relación con el cambio de sexo, identidad de género y expresión de género. Bélgica y Finlandia están experimentando una revisión en la legislación vigente y se espera que se sumen así al creciente número de países que están optando por una legislación nacional para proteger la discriminación por motivos de identidad y expresión de género.¹¹³

En algunos países, el término de identidad sexual se reserva a las personas transexuales de forma restrictiva, mientras que en otros se aplica de manera más amplia para cubrir a todas las personas trans, independientemente de si tienen o no intención de someterse a cualquier forma de cambio de sexo fisiológico.

Sin embargo, no ha llegado al TJUE ningún caso relativo a personas trans no transexuales, de modo que, el TJUE se ha limitado a la interpretación de la discriminación sobre la base de un cambio de sexo como forma de discriminación sexual sin emancipar la discriminación por motivos de identidad y expresión de género como una forma distinta de la discriminación.

Además, más allá de la redacción de la ley, es importante revisar el acceso a la justicia de las personas trans a través de la estructura interna de organismos nacionales de ejecución y del sistema judicial.

CHOPIN, Isabel; CONTE, Carmine y CHAMBRIER, Edith,¹¹⁴ elaboraron un informe en 2017 con el fin de comparar y contrastar las leyes de los distintos Estados miembros de la

¹¹³ AGIUS SILVAN, TOBLER C, (2011) op. cit., pág. 49.

¹¹⁴ CHOPIN, Isabel; CONTE, Carmine y CHAMBRIER, Edith, (2018): *A comparative analysis of non-discrimination law in Europe*, Oficina de Publicaciones Oficiales de la Unión Europea, Luxemburgo, pág 8. Disponible en: <https://www.equalitylaw.eu/downloads/4804-a-comparative-analysis-of-non-discrimination-law-in-europe-2018-pdf-1-02-mb>

UE basados en informes de expertos legales en igualdad de género y no discriminación. Todos los Estados estuvieron requeridos para revisar y enmendar su propia legislación a partir de los requisitos de la Directiva de Igualdad Racial (2000/43 EC) y la Directiva de Igualdad de la Ocupación (2000/78 EC).

La directiva de Igualdad Racial exige a los Estados Miembros que prohíban la discriminación en los ámbitos del empleo, la protección social, la asistencia sanitaria, la educación y el suministro y acceso a bienes y servicios, incluida la vivienda. La mayoría de los países han optado por definir los motivos de discriminación (género, origen racial o étnico, religión o creencia, discapacidad, edad y orientación sexual) en su legislación de aplicación (por ejemplo, Croacia, Francia, Hungría, Lituania, Luxemburgo, la Antigua República Yugoslava de Macedonia, Polonia, Rumanía, Serbia y Eslovenia). Un pequeño grupo de países ha incluido definiciones de al menos algunos de los motivos, ya sea dentro de la propia legislación o en la documentación adjunta, como un memorando explicativo. Este grupo incluye a Bulgaria, la República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Alemania, Grecia, Irlanda, Montenegro, los Países Bajos y Suecia.

La protección legal contra la discriminación por motivos de orientación sexual resultó ser controvertida y fue un desafío para muchos de los estados. Muy pocos países han definido la orientación sexual dentro de la legislación contra la discriminación, pero aún menos han incorporado la identidad sexual como motivo de protección. La Ley General Alemana de Igualdad de Trato de 2006 adoptó el término de identidad sexual dentro de la orientación sexual protegiendo contra la discriminación a las personas transexuales. En los Países Bajos, la discriminación por los motivos de la transexualidad y el travestismo se considera por sexo. De manera similar, en Austria se considera que la transexualidad se considera cubierta por el género. En Malta, la nueva Ley de identidad de género, expresión de género y características sexuales establece definiciones de los términos de identidad y expresión de género.

Del mismo modo, el Informe explicativo de la nueva Ley de igualdad de trato griega 4443/2016 no define el término orientación sexual, pero aclara los términos identidad de género (que se refiere a personas transgénero) y características de género (que se refiere a personas intersexuales). En Francia, la identidad sexual se introdujo como un terreno protegido adicional en 2012 para cubrir la identidad transgénero y en 2016, el término

identidad sexual fue sustituido por el de identidad de género que hoy en día es uno de los motivos protegidos por la Ley francesa. Igualmente, la ley antidiscriminatoria sueca protege el terreno de la identidad o expresión transgénero además de la orientación sexual.¹¹⁵

Respecto a los países candidatos, Yugoslavia, Macedonia y Turquía no mencionan explícitamente la orientación sexual como un motivo protegido, mientras que la ley contra la discriminación en Montenegro y Serbia enumera tanto la orientación sexual como la identidad de género entre los motivos protegidos.

En cuanto a los países del EEE, la legislación de Liechtenstein no define la orientación sexual. Noruega, a pesar de proporcionar una definición similar a la utilizada en muchos países, en la legislación antidiscriminatoria de 2013 incluyó la identidad de género y la expresión de género como motivos separados de discriminación en la Ley contra la discriminación de orientación sexual. Por último, Islandia no tiene una legislación general pero en 2014 el Código Penal fue enmendado para prohibir la discriminación en la provisión de bienes y servicios por motivos de orientación sexual e identidad de género.

Cabe destacar que este año Polonia ha sufrido un retroceso por la segregación que se ha impuesto en las llamadas «zonas libres de ideología LGBT» (*Strefa wolna od LGBT*) como si fuera posible poner fronteras a los sentimientos.

Rafal Trzaskowsky, alcalde liberal de Varsovia, con su firma apoyó la declaración de los derechos LGTBI. La reacción de los grupos conservadores (partidos políticos, medios de comunicación y la iglesia católica polaca) buscó una víctima expiatoria, centrándose primero en el colectivo LGTBI y siguiendo luego con ramificaciones contra los inmigrantes. Hay que estar muy alerta ante el crecimiento de movimientos neopopulistas, fundamentados en el odio y el miedo al igual, esta es la semilla de la homofobia. Los transexuales son un colectivo que debemos valorar y respetar, así como denunciar las acciones y las actitudes intimidatorias, violentas o de odio.¹¹⁶

Este año la Asociación LGBTI Gay Stiges Link celebró el 17 de mayo el Día Internacional contra la Homofobia, la Transfobia y la Bifobia, con el fin de reivindicar las diversidades sexuales y de género y luchar contra la violencia y el odio que experimentan lesbianas, gays, bisexuales, transgénero, intersexos y todas las demás personas con diversas orientaciones

¹¹⁵ *Ibidem*. CHOPIN, Isabel; CONTE, Carmine y CHAMBRIER, Edith, (2018), pág 48.

¹¹⁶ Manifiesto Stiges contra la LGTBIfobia, 17 de mayo de 2020.

sexuales, identidades o expresiones de género y sexo características. Este día se celebra en más de 130 países y ha recibido un reconocimiento oficial de varios estados, instituciones internacionales como el Parlamento Europeo y de innumerables autoridades locales.¹¹⁷

6.2. Régimen constitucional y reconocimiento en España

Los integrantes del colectivo LGTB (lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales), a pesar de haber sido perseguidos hasta el final de la dictadura, desde la llegada de la democracia hasta nuestro días han conseguido un proceso de visibilización, reivindicación y lucha por el reconocimiento de sus derechos. Con la evolución de este proceso podemos destacar la plasmación constitucional del derecho a no ser discriminado del art 14.2 CE que se proyecta sobre el reconocimiento de las parejas de hecho, del matrimonio homosexual y de los derechos de los transexuales. Además podemos destacar el intento fallido de la elaboración de una ley integral para la igualdad de trato y no discriminación de estas personas.¹¹⁸

En las últimas tres décadas España ha experimentado una gran evolución en el reconocimiento de derechos del colectivo LGTB, cuyos miembros han pasado a ser reconocidos por el Ordenamiento jurídico español.

El punto de inflexión entre la persecución y la consagración de derechos de este colectivo se consigue en 1978 con el reconocimiento del derecho a la igualdad y la no discriminación en el artículo 14 de la CE, identificando simplemente una mera acepción instrumental del mandato de no discriminación. Es con la Sentencia 128/1987 de 16 de julio, referida a la discriminación por género, cuando se puede afirmar que el TC reconoce la existencia de un mandato autónomo de no discriminación.

Algunas consecuencias tras la publicación de la sentencia fueron reconocer la noción de discriminación como una construcción social referida a la situación de marginación sistemática a la que estaba sometida históricamente este colectivo, así como la adopción de mecanismos de tutela unilateral, a través de medidas de acciones positivas o mediante sanciones penales y administrativas de las conductas discriminatorias.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ RODRÍGUEZ YAGÜE, CRISTINA, Orientación sexual e identidad de género: el proceso de consagración de derechos del colectivo LGTB, *Revista general de Derecho Constitucional*, núm 15, 2012, pág. 5.

Es a partir de 2006 cuando algunas Comunidades Autónomas comienzan a introducir referencias a la orientación sexual y a la identidad de género en sus nuevos Estatutos de Autonomía. Igualmente el TC reconoce en su sentencia 176/2008, de 22 de diciembre, la situación de inferioridad que a nivel normativo y legal han sufrido y sufren las personas transexuales.¹¹⁹

La visibilización del colectivo LGTB, especialmente de los movimientos feministas y de las organizaciones homosexuales, durante la llegada de la democracia dio paso al reconocimiento de los derechos de los transexuales mediante la Ley 3/2007, de 15 de marzo.

6.2.1. *Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas*

El Congreso aprueba la Ley 3/2007, de 15 de marzo, cuyo objetivo es regular los aspectos civiles referidos al cambio de sexo, adecuando la inscripción en el Registro Civil en aquellos casos en los que ha habido un cambio de identidad de género y permitiendo la modificación en la inicial asignación registral del sexo y del nombre.

Podemos entender como transexualidad: *“la disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante o sexo psicosocial”* (art 4.1.1).

Según la Exposición de Motivos lo que se busca es garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de las personas cuya identidad de género no se corresponde con el sexo con el que inicialmente fueron inscritas.

Para poder proceder a la modificación registral se deben cumplir una serie de condiciones, en primer lugar deberá tener nacionalidad española, ser mayor de edad y tener capacidad suficiente (art 1). En segundo lugar se requiere la acreditación de la disforia de género mediante un informe médico o de un psicólogo clínico colegiado, y por otro lado la existencia de un tratamiento médico durante al menos dos años para acomodar sus características físicas al sexo reclamado (art 4). Además el art 4.2 exige del cumplimiento de este segundo requisito en los casos en los que concurran razones de salud o edad que

¹¹⁹ *Ibidem*, pág. 5.

imposibiliten su seguimiento, siempre que se acredite esta circunstancia mediante una certificación médica.

Una de las novedades tras la aprobación de esta Ley es que el procedimiento se desjudicializa y ya no es necesario acudir a los tribunales para obtener una sentencia judicial que autorice el reconocimiento registral del cambio de sexo, ahora se configura como un proceso gubernativo en el que la competencia para su reconocimiento recae en el Encargado del Registro Civil del domicilio del solicitante.

Los efectos del cambio registral del sexo no se limita a la modificación del cambio del sexo y del nombre, sino que además supone el reconocimiento del ejercicio de todos los derechos inherentes a su nueva condición.¹²⁰

6.2.2. *Primer intento de promulgación de una Ley integral contra la discriminación*

En enero de 2011 fue aprobado por el Consejo de Ministros el Anteproyecto de Ley Integral para la igualdad de trato y la no discriminación pero no llegó nunca a tramitarse ante el Parlamento por su disolución y la convocatoria de elecciones generales a finales del 2011. Este borrador de proyecto recoge una ley de garantía de los derechos, actuando como cláusula de cierre del modelo habilitado para la consecución de la igualdad y la lucha contra la discriminación.

Debido a la existencia de una multitud de normas, el objetivo principal de esta Ley era garantizar el cumplimiento de dichas normas relativas a la igualdad y la no discriminación a través de un doble mecanismo: prevención de las conductas discriminatorias mediante la sanción de las mismas, así como la reparación de las víctimas.

Sin embargo esta norma puede plantear importantes incongruencias ya que no tiene carácter sectorial dirigidas a colectivos concretos, como en el caso de la igualdad de género, sino que tiene carácter general e integral pudiendo producir respuestas diversas y una falta de protección similar en función del colectivo objeto de discriminación. Las causas de discriminación vedadas en el anteproyecto fueron: “*el nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, enfermedad, lengua o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”. De esta manera se incorpora tanto la orientación como la identidad sexual como causas de discriminación expresamente recogidas.

¹²⁰ *Ibidem*, pág. 15.

No obstante, esta disposición no está carente de riesgos pues no en todos los sectores del ámbito de contratación de bienes y servicios y de las relaciones laborales pueden proyectarse de igual modo cada una de las causas de discriminación enumeradas en el texto.

Finalmente podemos concluir que en nuestro país es necesario para cerrar y consolidar el modelo normativo de lucha contra la discriminación, eliminar ciertas lagunas, incongruencia y desprotecciones que continúan en nuestro Ordenamiento. La lucha contra la discriminación por identidad de género debería reforzarse principalmente en dos ejes. Por un lado, en la persecución de las conductas individuales de discriminación por motivo de identidad de género a través de la aplicación de los mecanismos establecidos, ya en el orden penal o laboral, y que hasta el momento no han sido utilizados por nuestros jueces, tribunales o Administraciones. Por otro lado, en la visibilización de una manera correcta y carente de estereotipos de los miembros del colectivo LGTB que refuerzan los prejuicios y el mantenimiento de comportamientos de naturaleza discriminatoria, los medios de comunicación tienen una fundamental responsabilidad en este aspecto.¹²¹

Cabe destacar la Sentencia del Tribunal Supremo 929/2007, 17 de septiembre de 2007¹²² en la que el demandante declara que debe rectificarse la inscripción de nacimiento en el Registro Civil, en el sentido de figurar en ella en lugar del nombre de Luis Andrés, el de María Rosa, y en vez del sexo varón el de hembra. Solicitaba que se emplazara al Ministerio Fiscal e interesaba que se diera a los Autos tramitación preferente, por imperativo de lo dispuesto en los artículos 10.1 CE y 249.2 LEC. En la demanda, el actor manifiesta que desde los 7 años se identificaba como niña y era rechazado por los demás, dado que en el aspecto externo no es como las niñas ni en el interno como los niños. Cuando llega a la madurez, decide asumir completamente su condición femenina y ser tratado como mujer. El Ministerio Fiscal, se opuso a la declaración interesada en tanto no queden cumplidamente probados en autos los requisitos legales. Tras los trámites de audiencia previa y juicio, el Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y con ella, la pretensión de modificación de sexo y nombre postuladas. La Sentencia fue apelada por la actora señalando que la discrepancia se encuentra en que la sentencia de primera instancia considera esencial la operación quirúrgica de cambio de sexo.

¹²¹ *Ibidem*, pág. 25.

¹²² Sentencia del Tribunal Supremo 929/2007, 17 de septiembre de 2007

Finalmente la Audiencia Provincial de Barcelona desestimó el recurso y confirmó la sentencia apelada. Contra dicha sentencia, la actora interpuso recurso de Casación alegando la infracción de los artículos 18.1, 14, 9.1, 9.2, 10 de la Constitución, 17 del Convenio de Roma para la protección de los Derechos humanos y de las Libertades públicas y 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948.

Como he mencionado anteriormente, es a partir de la vigencia de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, cuando los transexuales pueden obtener, cumpliendo los requisitos que la ley establece y por las vías que la propia ley señala, el cambio de la mención de sexo, y de nombre, y el tratamiento como persona del sexo deseado, sin requerir el tratamiento quirúrgico que, de acuerdo con la jurisprudencia anterior a la ley 3/2007, era *conditio sine qua non* del cambio.

6.2.3. *Actualidad en España sobre las personas trans*¹²³

Cecilia de la Serna esclarece la polémica del Orgullo 2020 denominándola como “el talón de Aquiles del movimiento feminista”. En este primer “orgullo virtual”, la Federación Estatal de Lesbianas, Gays, Trans y Bisexuales (FELGTB) ha escogido el lema “Sororidad y feminismo para TRANSformar. ¡Mujeres lesbianas, trans y bisexuales en acción! ¡Por las más vulnerables! Este año la reivindicación del Orgullo se centra en las mujeres LGB, pero especialmente en las mujeres trans por las continuas polémicas en torno a un sector muy concreto del feminismo que pone en duda la idea de que una mujer trans sea realmente una mujer. En esta línea podemos destacar el movimiento que surge del activismo feminista, por la marginación de ciertas minorías y la necesidad de ampliar el sujeto político del feminismo, conocida como “Teoría Queer”, la cual significa fundamentalmente raro o excéntrico. Surgió en los años 80 para dar respuesta a ciertos conflictos que estaban ocurriendo en personas que no se veían representadas en las imágenes o en el discurso dominante de la sociedad y actualmente trata de ampliar el feminismo. Como explica el activista Javier Sáez, es un enfoque que cuestiona lo heterocentrado, aporta una visión más compleja del sexo y del género y es más interseccional.

¹²³ Cecilia Serna, “*la cuestión trans, el talón de Aquiles del movimiento feminista*”, 26 de junio de 2020.

Disponible en: <https://ctxt.es/es/20200601/Firmas/32620/teoria-queer-feminismo-judith-buttler-movimiento-lgtb-trans-nuria-alabao.htm>

Otro pilar de la Teoría Queer es la confrontación con el binarismo de género. “El binarismo de género asume que solo existen dos géneros, el masculino y el femenino”. Esto elimina de la realidad a las personas intersexuales por no encajar dentro de esas dos categorías. Como podemos comprobar en nuestros días, la negación del binarismo de género se toma por algunos sectores como un ataque a su propia identidad. Sin embargo, la psicóloga María del Olmo establece que las categorías son inventadas por el ser humano, no son la realidad y por tanto deben ser cuestionadas. Además define la autodeterminación de género como la capacidad que tiene cada persona de definir su identidad, sin necesidad de una opinión externa y dando la libertad de buscar una identidad en la que encajes más allá del binomio hombre/mujer.

Al mismo tiempo, María del Olmo apoya la idea de que el feminismo y el movimiento LGBTI comparten una lucha común “cambiar un sistema rígido, patriarcal cisheteronormativo y cuestionar también el sistema sexo-género. Ambas luchas van de la mano porque ambas hacen referencia a la diversidad, a que cualquier persona es válida aunque no cumpla lo que la sociedad espera de ella”.

6. DISCRIMINACIÓN POR IDENTIDAD SEXUAL EN LA FUTURA NORMATIVA COMUNITARIA

Hasta el momento, la normativa sobre la discriminación de la UE cubre de forma muy selectiva cuestiones de identidad de género y expresión de género, es decir, se aplica a los casos en que el trato desfavorable se relaciona con el cambio de sexo de una persona. La pregunta es si la situación actual podría mejorarse, para ello cabe tener en cuenta la distinción que hace AGIUS SILVAN, TOBLER C¹²⁴ sobre los tres posibles enfoques para mejorar la normativa comunitaria:

En primer lugar, llevar a cabo una revisión formal del Tratado de la Unión Europea con el fin de incluir un nuevo motivo de discriminación. Tras la revisión del Tratado de Lisboa, el Tratado de la UE en su artículo 48 prevé dos tipos de procedimientos de revisión, el procedimiento de revisión ordinario y el procedimiento simplificado.

¹²⁴ AGIUS SILVAN, TOBLER C, (2011), pág. 76.

Sin embargo los procedimientos simplificados no se pueden utilizar cuando el cambio se refiere a un aumento o reducción de las competencias atribuidas a la Unión, este sería el caso si se añadiese la identidad de género entre los rasgos discriminatorios que recoge el artículo 19 TFUE, en tal caso solo sería posible el procedimiento de revisión ordinario.

El procedimiento de revisión ordinario es un procedimiento de revisión de pleno derecho sobre la base de una serie de pasos que se describen en el art 48 TUE. Se inicia con la propuesta de un gobierno de un Estado miembro, del Parlamento Europeo o de la Comisión al Consejo de Ministros. El Consejo notifica a los Parlamentos nacionales y presenta la propuesta del Consejo Europeo. en el siguiente paso, el Consejo Europeo convoca una Convención que examina los proyectos de revisión y adopta por consenso una recomendación dirigida a una Conferencia de representantes de los gobiernos de los Estados miembros. Esta Conferencia intergubernamental decide por unanimidad sobre las enmiendas.¹²⁵

Es probable que los Estados miembros de la UE no estén interesados en una revisión en un futuro próximo, debido a las difíciles experiencias recientes tanto en el Tratado constitucional que fue firmado pero no entró en vigor, como en el Tratado de Lisboa, que sufrió un proceso de ratificación prolongada cargada de incertidumbres. Además, la creación de una nueva y explícita competencia de la UE con el fin de combatir la discriminación por motivos de identidad de género exigiría un acuerdo de todos los Estados miembros en este punto, siendo dicho acuerdo muy difícil de encontrar dado las diferentes leyes nacionales sobre esta cuestión.

Por todas estas razones, parece que la inclusión de una competencia específica de la UE para luchar contra la discriminación por motivos de identidad de género en un futuro próximo no es una opción viable, sino más bien una estrategia a largo plazo.

Un segundo enfoque es una posible interpretación más amplia de la ley ya existente. Una mejor protección contra la discriminación por motivos de identidad de género podría ser alcanzado por una interpretación más amplia de la jurisprudencia del TJUE con la expresión “discriminación por razón de sexo”, ya que tradicionalmente este enfoque debería ampliarse para incluir no solo casos de hombres y mujeres sino también de cambio de sexo.

¹²⁵ *Ibidem*, pág 76.

La manera de hacer esto sería entender los términos pertinentes de la legislación de la UE de discriminación por razón de sexo e igualdad de trato de hombres y mujeres como se definen por los roles tradicionales.

Desde un punto de vista práctico, se debe llevar a cabo mediante procedimientos nacionales que conducen a los procedimientos prejudiciales a presentar argumentos innovadores en este sentido ante el Tribunal de Justicia. Además el Tribunal de Justicia y la Comisión Europea también tienen un papel que desempeñar en la ampliación del significado del sexo en la legislación de la UE para incluir expresamente la identidad de género y consciente de ello, la Comisión Europea afirmó en la Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombre, 2010-2015 que, “también está estudiando las cuestiones específicas relacionadas con la discriminación sexual en relación con la identidad de género”.

No hay ningún impedimento para considerar que tanto la “identidad de género” como la “expresión de género” constituyen un área similar bajo el suelo del sexo, como son el embarazo, la maternidad, la paternidad y las responsabilidades familiares, sin embargo, ninguno de estos sub-motivos están incluidos en el Tratado. Algunas disposiciones y leyes específicas sí hacen frente a las vulneraciones y discriminaciones que pueden aplicarse en este ámbito. Este enfoque sería positivo para la UE ya que no se confiaría exclusivamente en la aplicación de la legislación vigente relativa a la identidad de género, sino que se ampliaría a vulnerabilidades específicas derivadas de la discriminación sexual que enfrentan a los trans e intersexuales.

El último enfoque podría ser hacer buen uso de la flexibilidad prevista por la ley de la UE en el plano de la legislación nacional. Cabe recordar que no existe una ley de no discriminación en la UE, sin embargo, el Tribunal de Justicia puede interpretar de forma amplia o restringida las normas mínimas que contienen algunas disposiciones. Es importante recordar que los Estados miembros pueden proporcionar un mayor nivel de protección contra la discriminación, en particular, a través de una interpretación de la ley secundaria de la UE a favor de las víctimas de la discriminación por identidad de género. De hecho, una buena regulación a nivel nacional de la discriminación de dichas víctimas sería el método más beneficioso de todos. Ante esta situación, los Estados miembros deben ser alentados a aprovechar al máximo la flexibilidad inherente a la ley de no

discriminación de la UE y de ir mucho más allá de los mínimos establecidos en el nivel común de la UE.¹²⁶

En cuanto a la última Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de diciembre de 2019, sobre la discriminación pública y el discurso de odio contra las personas LGBTI (2019/2933 RSP),¹²⁷ ha considerado que el derecho a la igualdad de trato y la no discriminación es un derecho fundamental consagrado en los Tratados y en la Carta y debe respetarse plenamente. En virtud del Derecho Internacional y de los Tratados de la Unión, todos los Estados miembros han contraído obligaciones y deberes con el fin de respetar, garantizar, proteger y observar los derechos fundamentales. Diversas investigaciones, encuestas e informes indican que la discriminación contra estas personas se están intensificando en toda la Unión Europea, los delitos de odio motivados por la fobia están aumentando en la Unión y que las respuestas de las autoridades públicas siguen siendo inadecuadas. Los ataques contra los derechos fundamentales de las personas LGBTI representan una grave amenaza para el respeto de los derechos fundamentales en la Unión y con mucha frecuencia para los derechos de las mujeres y de las minorías. Además aprecia una involución en el ámbito de la igualdad de género en la UE y fuera de ella impulsada por el populismo y el extremismo de extrema derecha. Considera que la estigmatización por la identidad de género persiste en toda la Unión Europea, que existe una grave falta de seguimiento sistemático, documentación y recogida de datos en lo que respecta al odio y la violencia contra las personas LGBTI, así como la existencia de demasiados delitos por fobia contra dichas personas que siguen sin denunciarse.

Recoge que la discriminación y la violencia contra las personas LGBTI han adoptado múltiples formas, de las que son ejemplos recientes las declaraciones homófobas durante la campaña del referéndum para limitar la definición de familia en Rumanía, los ataques a centros sociales LGBTI en varios Estados miembros, como en Hungría y Eslovenia, las declaraciones homófobas y el discurso de odio dirigidos contra las personas LGBTI, como se ha observado recientemente en Estonia, España, Reino Unido, Hungría y Polonia, en particular en contextos electorales, y los instrumentos jurídicos que podrían aplicarse con el fin de coartar a los medios de comunicación, la cultura, la educación y el acceso a otras

¹²⁶ *Ibidem.* pág. 79.

¹²⁷ Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de diciembre de 2019, sobre la discriminación pública y el discurso de odio contra las personas LGBTI (2019/2933 RSP)

formas de contenidos, de una manera que restringe indebidamente la libertad de expresión en las cuestiones relacionadas con las personas LGBTI, como en Lituania y Letonia.

Por último, considera que la falta de legislación en materia de no discriminación en muchos Estados miembros pone a las poblaciones más marginadas en riesgo de sufrir discriminación y violencia en todo el mundo y debido a que la Directiva Horizontal sobre la discriminación ha permanecido estancada en el Consejo durante once años, existe un vacío legislativo en cuanto a la protección frente a los delitos motivados por prejuicios basados en la identidad de género en la Unión Europea y en muchos Estados miembros.

7. CONCLUSIONES

Para garantizar una protección inclusiva y efectiva de los derechos fundamentales frente a la discriminación por motivos de identidad sexual, la UE debe desarrollar una normativa y una construcción jurídica que responda a la comprensión de la sexualidad y del género más allá de los parámetros tradicionales.

La identidad de género en la UE debe fundamentarse en el reconocimiento auténtico de la autonomía individual, de la dignidad humana y en el respeto a los derechos fundamentales que en cuanto a personas les son inherentes. El Tratado de Lisboa garantiza la protección de los derechos fundamentales de las personas LGBTI a través de la prohibición de discriminar por motivos de sexo, tomando la igualdad como valor jurídico y social, y así como a través de la obligación positiva de luchar contra la exclusión social y la discriminación por motivos de sexo a partir de la atribución de competencias por parte de los Estados miembros de la Unión en esta materia.

La construcción jurídica de la identidad de género debe ofrecer una protección basada en un concepto de género inclusivo, plural y mutable en el tiempo y que por tanto, garantice la protección tanto de las personas transexuales operadas como de aquellas que por el ejercicio de su libertad, por razones médicas o por falta de recursos, deciden no someterse al tratamiento médico o quirúrgico de reasignación de género. Además, debe incluir la discriminación por motivo de expresión de género, es decir, la discriminación por razón de la vestimenta, la forma de hablar o los modales de la persona con independencia de su sexo.

La protección también debe extenderse a aquellas personas intersexuales que nacen con caracteres biológicos pertenecientes a ambas categorías sexuales. Por tanto, considero que es necesaria la incorporación de la identidad sexual como rasgo discriminatorio dentro del Derecho Antidiscriminatorio de la UE, así como una mayor implicación de los funcionarios públicos y otros representantes de los Estados para promover la tolerancia y el respeto a los derechos humanos de las personas LGBT involucrándose en un diálogo con los principales representantes, incluidos los medios de comunicación, las organizaciones políticas, deportivas y comunidades religiosas.

En base al principio de atribución de competencias, la Unión Europea tiene cedido el ejercicio de la potestad legislativa en otra serie de materias que afectan a las personas trans, como pueden ser normas vinculadas al ámbito laboral, al educativo, al sanitario, en materia de libertad de circulación de los ciudadanos en la Unión así como en materia de protección internacional del derecho de asilo. Todas estas competencias cedidas por los Estados miembros son oportunidades únicas para combatir la homofobia, la bifobia, la transfobia y para conseguir una igualdad real y efectiva entre la ciudadanía de la Unión.

Por todo ello, la Unión debe posicionarse como un actor líder en la promoción de los derechos de las personas LGBTI en sus relaciones con terceros países para conseguir no solo en el ámbito comunitario, sino también en el internacional la igualdad y la no discriminación por identidad sexual.

Teniendo en cuenta la evolución de la mayoría de los Estados miembros de la UE, podemos concluir que se ha mejorado enormemente la protección legal contra la discriminación por la identidad sexual, ya que cada vez más países están incorporando dicho aspecto en sus legislaciones nacionales.

Sin embargo, no cabe duda de que la discriminación contra las personas trans e intersexuales sigue siendo amplia y toma muchas formas. Todavía quedan algunas lagunas y brechas de transposición en varios Estados miembros, siendo necesaria su mejora, así como implementar las medidas y normativas en la Unión Europea con el fin de combatir la discriminación que se está produciendo en las personas trans y terminar con la violación sistemática de sus derechos fundamentales, como pueden ser el derecho a la vida, el derecho a la integridad física, el derecho a la salud y un elevado grado de discriminación y de estigmatización social.

En mi opinión es importante y creo que todo el mundo debería tener en cuenta que antes de mujer u hombres somos personas y de esta manera se evitarían muchas de las discriminaciones que sufren hoy en día las personas de este colectivo.

Joshua Jiménez, un hombre que nació mujer, criticó la forma en que la sociedad cataloga, señala y discrimina a los que adoptan estilos de vida diferentes a los concebidos como “normales” y recalcó que: “todas las personas tenemos derecho a existir, a vivir y a mostrarnos tal y como somos, sin que nos vean como raros o enfermos”.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGENCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE UNA UNIÓN EUROPEA
(FRA) (2011).

- “homophobia, transphobia and discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in the EU Member States. Summary of findings, trends, challenges and promising practices.”
Disponible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1659-FRA-homophobia-synthesis-report-2011_EN.pdf
- Estadística de personas LGBT como víctimas de la discriminación y los delitos motivados por prejuicios en la UE y Croacia”. Mayo 2013. Disponible en: <http://fra.europa.eu/survey/2012/eu-lgbt-survey>

AGIUS SILVAN, TOBLER C. (2011).

- *Trans and intersex people Discrimination on the grounds of sex, gender identity and gender expression.* Oficina de publicaciones oficiales de la Unión Europea, Luxemburgo. Disponible en: <https://www.refworld.org/docid/4fdedde32.html>

BORRILLO, D.A., (2013).

- Una perspectiva crítica del Derecho del género y las sexualidades en el mundo latino. VVAA. Cords BORRILLO, D.A. y GUTIÉRREZ CASTILLO. V. L, *Derecho y Política de las Sexualidades.* Hygens. Ed.

CANO GALÁN, YOLANDA. (2019).

- *Igualdad y no discriminación por orientación sexual e identidad de género en el Derecho social de la Unión Europea, en Derecho Social de la Unión Europea: aplicación por el Tribunal de Justicia*, Román Gil Alburquerque (dir), Madrid; Francis Lefebvre.

CARRASQUERO CEPEDA, MAOLY (2020).

- Discriminación múltiple en Europa. *Revista de Estudios Europeos* N°75, enero-junio, 2020, pág. 42.

CECILIA SERNA (2020).

- “*La cuestión trans, el talón de Aquiles del movimiento feminista*”, 26 de junio de 2020.
Disponible en: <https://ctxt.es/es/20200601/Firmas/32620/teoria-queer-feminismo-judith-buttler-movimiento-lgtb-trans-nuria-alabao.htm>

CHOPIN, Isabel; CONTE, Carmine y CHAMBRIER, Edith, (2018).

- *A comparative analysis of non-discrimination law in Europe*, Oficina de Publicaciones Oficiales de la Unión Europea, Luxemburgo, 2018.
Disponible en: <https://www.equalitylaw.eu/downloads/4804-a-comparative-analysis-of-non-discrimination-law-in-europe-2018-pdf-1-02-mb>

COMISIÓN EUROPEA (2010).

- *Garantizar el espacio de libertad, seguridad y justicia para los ciudadanos europeos: Plan de acción del Programa de Estocolmo*. Pág 3. COM 20 de abril de 2010. Disponible en: http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/Malmstrom/Archivo/COM%202010%20171%20EN.pdf
- El 21 de octubre de 2009, la Comisión Europea adoptó una propuesta de refundición de la Directiva de procedimientos sobre algunos de los problemas mencionados.

CONSEJO DE EUROPA. COMISARIO PARA LOS DERECHOS HUMANOS.

- Informe telemático. Identidad de Género y Derechos Humanos. Estrasburgo, 29 de julio de 2009. Disponible en: <http://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1476365>.
Introducción.
- Comité de Asuntos Sociales, de Salud y de Familia. ‘*Child and teenage suicide in Europe: A serious public-health issue Report?*’. Doc 11547, 27 de marzo de 2008.

DÍAZ LA FUENTE, JOSÉ (2013).

- La protección de los derechos fundamentales frente a la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en la Unión Europea, *Revista general de derecho constitucional*, núm 17.

JIMENA QUESADA, L. (2011).

- *Educación sexual y no discriminación en la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales*. Revista europea de derechos fundamentales, núm 7.

LOS PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA SOBRE APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN RELACIÓN CON LA ORIENTACION SEXUAL Y LA IDENTIDAD DE GÉNERO. Estudio de noviembre 2007 a junio 2010.

LUCA Y FRANCESCO CAVALLI-SFORZA (1994).

- *“Quiénes somos. Historia de la diversidad humana.”* Critica, Barcelona, 1994, pág 247.

PARLAMENTO EUROPEO.

- Directiva 2006/54/CE 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.
- Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de diciembre de 2019, sobre la discriminación pública y el discurso de odio contra las personas LGBTI (2019/2933 RSP).

RECOMENDACIÓN CM / Rec (2010) 5 del Consejo de Europa para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Disponible en: http://transexualia.org/wp-content/uploads/2015/03/Legal_recomendacionCM.pdf

REY MARTÍNEZ, FERNANDO.

- *“El modelo europeo de lucha contra la discriminación”*, en Pluralidad de ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática, MATÍA PORTILLA, F. Centro de estudios políticos y constitucionales, (2011).
- *“Derecho Antidiscriminatorio”*, Aranzadi, Thomson Reuters, Pamplona (2019).

RODRÍGUEZ YAGÜE, CRISTINA, (2012).

- *Orientación sexual e identidad de género: el proceso de consagración de derechos del colectivo LGTB*, Revista general de Derecho Constitucional, núm 15.

SEMPERE NAVARRO, A.V., Y CANO GALÁN, Yolanda (2002).

- *“La Constitución Española y el Derecho Social Comunitario (Constitución Social Europea)*, en Comentario a la Constitución socio- económica de España, MOLINA NAVARRETE, C. MONEREO PÉREZ, J.L. MORENO VIDA. Granada.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.

- Asunto Grant v. South-West Trains. C-249/96 (1998) ECR 1-621.

UNIÓN EUROPEA.

- Tratado de Lisboa. Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea. Art 21.
- Tratado de Lisboa. Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, artículos 10 y 19.
- Servicio de acción exterior. Restrictive measures in forcé. 17 de junio de 2013.