

LA NUEVA LEY DE EMPLEO A LA LUZ DE LA STC 67/2022: NO DISCRIMINACIÓN POR IDENTIDAD DE GÉNERO

THE NEW EMPLOYMENT LAW IN THE LIGHT OF THE CONSTITUTIONAL COURT JUDGEMENT 67/2022: NO DISCRIMINATION ON GROUNDS OF GENDER IDENTITY

Elena Castro Surís

Doctoranda del área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social¹

Universidad de Vigo

elena.castro.suris@uvigo.gal

Palabras clave: Ley de Empleo, identidad de género, discriminación, políticas de empleo.

Keywords: Employment Law, gender identity, discrimination, employment policies.

Resumen: En 2023 entró en vigor la nueva Ley 3/2023, de Empleo, la cual tiene como objetivo central impulsar la reforma del mercado de trabajo español, a la vez que promover, en particular, la inclusión de grupos sociales históricamente discriminados. Para ello, el texto legal recoge —entre otros— el derecho a la «no discriminación por motivo de identidad de género», expresión definida por primera vez en la STC 67/2022. El presente estudio tiene por finalidad el análisis de la protección que la nueva Ley de Empleo confiere al colectivo de atención prioritaria LGTBI, así como las implicaciones que la STC 67/2022 ha tenido para el mismo.

Abstract: In 2023, the new Employment Law 3/2023 entered into force. This Law seeks to promote a reform of the Spanish labor market, with a special focus on ensuring the inclusion of historically-discriminated-against social groups. In order to achieve the established objective, the legal text recognizes the worker's right not to be discriminated on grounds of gender identity. The Spanish Constitutional Court judgement 67/2022 has defined for the first time

1 Personal investigador en formación en la Universidad de Vigo financiado con fondos del Programa de ayudas a la etapa predoctoral de la Xunta de Galicia.

what should be understood by discrimination on grounds of gender identity within the country's legal system. This research work's ulterior motive is to further analyze the Employment Law's protection conferred upon the historically-discriminated LGTBI group.

I. INTRODUCCIÓN

La nueva Ley de Empleo 3/2023, tiene como objetivo central impulsar la reforma del mercado de trabajo español, a la vez que promover la inclusión de grupos sociales considerados por la misma como de atención prioritaria². Para ello, el texto legal recoge una serie de principios transversales que deberán orientar la política de empleo, entre los que se encuentra el principio rector de igualdad de género, base del derecho a la no discriminación por identidad de género (art. 5 Ley 3/2023). Este tipo de discriminación ha sido definida por primera vez en la STC 67/2022³.

En el presente estudio se tratará de analizar las implicaciones que tanto la mencionada sentencia como las fuentes *supra* e internacionales en las que se basa, tienen para la adecuada aplicación de la reciente Ley 3/2023. Por un lado, se abordará la distinción internacional, europea y constitucional entre los conceptos género y sexo. Esta diferenciación cuenta, especialmente, con implicaciones legales para la efectiva protección del colectivo LGTBI+ (colectivo de atención prioritaria ex art. 50 Ley 3/2023). Adicionalmente, se analizarán las consecuencias de la STC 67/2022 para la normativa reguladora del despido y, por consiguiente, para el mantenimiento del empleo. Pese a no encontrarse recogida de forma expresa en el texto constitucional ni, a fecha de la sentencia, en la normativa laboral, el Tribunal consideró la discriminación por identidad de género como una posible causa válida de nulidad del despido. De conformidad con el desarrollo de la STC 67/2022, este tipo de discriminación supone una actuación contraria a las garantías recogidas por los arts. 10 y 14 de la Constitución Española, así como por normas *supra* e internacionales que conforman el canon de constitucionalidad.

Cabe mencionar que, a raíz de la reciente doctrina del Tribunal Constitucional, se llevó a cabo la posterior inclusión en el ordenamiento del derecho a la no discriminación por orientación sexual, identidad sexual y expresión de género en la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación⁴, al igual que a la no discriminación por orientación sexual, identidad de género, expresión de género y características sexuales en la Ley 3/2023⁵ y a la no discriminación por orientación sexual, identidad sexual, expresión de género o características sexuales en la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI⁶.

Finalmente, se examinarán algunas de las novedades en materia de fomento del empleo incluidas en la Ley 3/2023, para valorar si las medidas que alberga son efectivas y adecuadas para la protección del colectivo LGTBI+ y para su inclusión en el mercado de trabajo.

2 Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, preámbulo, párr. III.

3 STC 67/2022, de 2 de junio de 2022, ECLI:ES:TC:2022:67.

4 Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, art. 2.

5 *Supra* 2, art. 5.

6 Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, art. 9.

II. MARCO CONCEPTUAL: GÉNERO Y SEXO

1. Perspectiva internacional

En las últimas décadas, se ha generado a nivel internacional una preocupación creciente por garantizar los derechos de participación social de las personas vinculadas a colectivos vulnerables históricamente discriminados⁷. A estos efectos, la comunidad internacional ha llevado a cabo acciones con valor normativo —en tanto en cuanto sean ratificadas individualmente por cada Estado— orientadas a crear un marco común de referencia para las sucesivas actuaciones de los países en esta materia e.g. la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1979) o la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965).

Sin embargo, existen todavía colectivos históricamente discriminados que no han sido objeto de protección normativa por la comunidad internacional⁸. Tanto los poderes legislativos de las diferentes jurisdicciones como las propias disposiciones internacionales, raramente reconocen de forma explícita el derecho a la no discriminación por orientación sexual e identidad de género⁹. En otras palabras, en pocas ocasiones se encuentra en la norma una mención expresa a las personas integrantes del colectivo LGTBIQ (personas lesbianas, gais, transexuales, transgénero, bisexuales, intersexuales y *queer* o *cuir*) y, por ende, a su reconocimiento inequívoco como sujetos de derecho.

Entre otros, pueden destacarse dos hechos causantes de la tardía inclusión de los derechos de las personas LGTBIQ en el discurso público, así como de su falta de incorporación en la normativa. Por un lado, el constante recurso a la técnica del silencio por parte del colectivo afectado¹⁰. Al contrario que en los supuestos de ciertas personas con discapacidad, mujeres o de distinta etnia, el elemento diferenciador del colectivo LGTBIQ pertenece a una esfera interna, íntima¹¹. La orientación sexual y/o el género de una persona no tienen por qué, *per se*, ser externamente reconocibles por terceros ajenos. En consecuencia, ante el riesgo de exclusión social, la mayor parte de las personas LGTBIQ optan por lo que popularmente se conoce como «estar en el *closet*»¹². De esta manera, se dificulta la asociación de personas que cuentan con un interés de fondo común y se imposibilita la eficacia de la prueba estadística. Por otro lado, la delimitación del mencionado interés común —o «elemento diferenciador»— del colectivo LGTBIQ

7 Presentación de MOLINA NAVARRETE, C. en OLARTE ENCABO, S., *Políticas de empleo y colectivos con especiales dificultades: la «Subjetivación» de las Políticas Activas de Empleo*, Aranzadi, Madrid, 2008, p. 13.

8 Puede citarse la ausencia de actos con valor normativo a nivel internacional que protejan los derechos de las personas mayores y que prohíban la discriminación por motivos de edad. Actualmente, existe en el marco de la ONU un Grupo de Trabajo de Composición Abierta sobre Envejecimiento de Naciones Unidas.

9 CABEZA PEREIRO, J. & LOUSADA AROCHENA, F., *El derecho fundamental a la no discriminación por orientación sexual e identidad de género en la relación laboral*, Bomarzo, Albacete, 2014, p. 45.

10 *Ibid.* p. 18.

11 *Ibid.* pp. 14-16.

12 *Supra* 10.

se escapa de lo concreto, lo cual dificulta la conformación del grupo y el desarrollo de su protección legal. Cuando se observan con detenimiento las letras que componen la sigla «LGTBIQ» se llega a la conclusión de que el colectivo es, de base, heterogéneo¹³.

A mayores, al margen de las dificultades internas de configuración del propio colectivo, los intereses de las personas LGTBIQ se enfrentan a una serie de retos normativos desde un plano global. En primer lugar, el reconocimiento internacional de la transversalidad de los intereses mencionados, implicaría que algunos de los Estados miembros tuviesen que repensar el sustrato sobre el cual se elaboró el marco normativo interno de otros grupos, como es el caso de las mujeres¹⁴. En segundo lugar, la diversidad del colectivo LGTBIQ ha producido confusiones conceptuales —y solapamientos— entre el sexo y el género. Por ello, parte de la comunidad considera al género como una cuestión occidental ajena a ella¹⁵.

A tenor de lo antedicho, no se pueden encontrar a nivel internacional convenciones expresamente normativas sobre los derechos de las personas LGTBIQ, ni en materia de derechos humanos ni en su condición de personas trabajadoras. Como resultado, será necesario acudir a derechos inespecíficos —aplicables en todo caso al terreno laboral— y recogidos en instrumentos internacionales de *Soft Law*. Cabe matizar que el hecho de que sean acuerdos sin valor normativo *stricto sensu* no resta relevancia a su incidencia práctica. Especialmente, dado que en muchas ocasiones son un claro reflejo de las constituciones estatales e inspiran reformas normativas, políticas gubernamentales y decisiones jurisdiccionales¹⁶.

A fecha de junio de 2023, el instrumento internacional más relevante en la materia es el documento que recoge los 29 Principios de Yogyakarta o Principios sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género (2006), adoptados en Indonesia, en el seno de una conferencia internacional de la que formaron parte una serie de expertos en la materia. Estos principios fueron ampliados en 2017¹⁷ (Principios de Yogyakarta +10 [PY+10]) en Ginebra, con motivo del 10.º aniversario de los mismos.

En lo que respecta a los 29 principios originales —inalterados por los PY+10— se debe destacar, por sus implicaciones para el Derecho del Trabajo, que es el primer documento internacional que define qué se entiende por orientación sexual y por identidad de género. Esta determinación conceptual es de relevancia para reconocer los colectivos en riesgo de discriminación en el trabajo. Así, el documento recoge en su introducción que «1) la orientación sexual se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emo-

13 *Supra* 11. La heterogeneidad del colectivo explica la utilización frecuente del término LGTBI+.

14 Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, preámbulo, apartado I: «la discriminación por motivos de género está unida de manera indivisible a otros factores de discriminación como la discapacidad, el origen racial o étnico, la orientación sexual, la identidad sexual, la clase social, la situación administrativa, el país de procedencia, la religión, la convicción u opinión o el estado civil (...)».

15 CABEZA PEREIRO, J.; LOUSADA AROCHENA, F., *El derecho fundamental a la no discriminación...* cit., p. 19.

16 *Ibid.* p. 25.

17 Con motivo del 10.º aniversario de los Principios de Yogyakarta, el Servicio Internacional de Derechos Humanos y ARC International, crearon un comité de redacción para elaborar sobre el documento PY+10.

cional, 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 mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. 2) La identidad de género se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales».

Como se deriva de la redacción, se hace gran hincapié en el libre desarrollo de la personalidad, lo cual se enfatiza en el principio tercero (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica) a través de la reafirmación de que tanto el género como la orientación sexual «que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad». En suma, el género y la orientación sexual se configuran como características personales desvinculadas del sexo biológico tradicionalmente asociado a la persona, sin perjuicio de que pueda existir una vinculación estadística entre ellos. Una vez aclarada la terminología, es preciso mencionar que el texto contiene referencias directas al ámbito de las relaciones laborales.

Su principio 12.º (el Derecho al Trabajo) establece el derecho de toda persona a contar con un trabajo digno en equidad de condiciones sin ser discriminada en base a su orientación sexual o identidad de género. Para lograr este cometido, y, en particular, para evitar que se produzcan casos de discriminación por las causas citadas en el empleo privado y público, el propio principio prevé la necesidad de actuación por parte de los Estados tanto a nivel legislativo como administrativo. Igualmente, el principio número 12 pone el acento en la necesidad de sensibilización de los trabajadores. Por su parte, en materia de Seguridad Social, el principio 13.º extiende las mencionadas garantías al ámbito de protección social de los trabajadores, que incluye a las personas que se encuentran en situación de desempleo.

Sobre lo acordado en los 29 Principios de Yogyakarta, los 10 principios —adicionales— recogidos en los PY+10 albergan una serie de novedades derivadas del estado actual de la materia. Su introducción define dos conceptos adicionales —la expresión de género y las características sexuales—, complementarios a los anteriores: «(...) la «expresión de género» indica el modo según el cual cada persona presenta su género a través de la apariencia física, incluida la ropa, los peinados, los accesorios, los cosméticos, así como los modales, el habla, los patrones de comportamiento, los nombres y las referencias personales, consideramos además que la expresión de género puede reflejar o no la identidad de género de una persona; (...) que la «expresión de género» forma parte de la definición de identidad de género en los Principios de Yogyakarta y, por consiguiente, debe entenderse que cualquier referencia a esa identidad incluye la expresión de género cuando se trata de protección; (...) por «características sexuales» los aspectos físicos específicos de cada persona en términos de sexo, incluidos los genitales, la anatomía sexual y reproductiva, los cromosomas, hormonas y características secundarias que aparecen en la pubertad».

Para concluir con los PY+10¹⁸ en sentido estricto, dentro de los 10 principios complementarios, es destacable el énfasis que pone el texto en la actuación preventiva de los operadores

18 A efectos ilustrativos del valor de los Principios de Yogyakarta, tras su acuerdo, la comunidad de Naciones Unidas ha realizado acciones —de nuevo, *ex ante*, sin valor normativo— en materia de

públicos (principio 30.º el derecho a la protección estatal), a la vez que en el derecho de las personas a no revelar su identidad de género —y relacionadas—, a menos que se atienda a un juicio de proporcionalidad en cumplimiento de un objetivo legítimo/debidamente fundamentado (en relación con el derecho a la privacidad, principio 6).

Finalmente, es conveniente hacer un último apunte dentro de la perspectiva internacional. Al hallarse los Estados miembros sujetos a un sistema jurídico multinivel, coexisten órdenes internacionales regionales. En lo que concierne a los derechos de identidad de género y orientación sexual del colectivo LGTBI+, destacan los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [TEDH], intérprete y garante de la Convención Europea de Derechos Humanos [CEDH].

La relevancia de sus pronunciamientos descansa en la —inherente— vinculación que éste pone de manifiesto entre la identidad sexual de la persona y el derecho a la vida privada y familiar, recogido en el art. 8 CEDH. Más concretamente, es doctrina del TEDH —*inter alia*, STEDH Christine Goodwin c. Reino Unido¹⁹ o STEDH Van Kück c. Alemania²⁰— que la autoterminación sexual de la persona forma parte del aspecto más íntimo de su identidad y que, por ende, cualquier limitación de la misma —incluso derivada de la falta de su reconocimiento registral— supone una injerencia en su integridad física y psicológica y, en consecuencia, en su derecho a la vida privada y familiar ex art. 8 CEDH. Asimismo, el TEDH aclara que, en tanto en cuanto la identidad sexual forma parte de la esfera privada más íntima de la persona, la actuación del Estado en este campo debe interpretarse de una manera restrictiva²¹.

Como se ve, dentro de Europa, la consolidación de los derechos del colectivo LGTBI+ ha sido fruto de la construcción jurisprudencial del TEDH. Especialmente, al reconocer un factor psíquico-físico —la identidad sexual— como contenido protegido del derecho a la vida privada y familiar —art. 8 CEDH— lo cual abre la veda a considerar otras injerencias en la esfera privada de la persona como limitativas del citado artículo. Con todo, dado el dinamismo y la rápida evolución en esta materia, será necesario estudiar la perspectiva comunitaria y nacional al respecto.

2. Perspectiva de la UE e interna

En el ámbito de la Unión Europea, el art. 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea dispone que: «sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos

protección de la identidad de género de las personas. Más concretamente, el Consejo de Derechos Humanos ha adoptado frecuentes resoluciones en este ámbito. En orden cronológico: (A/HRC/RES/17/19) Resolución de 14 de julio de 2011 «Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género», (A/HRC/19/41) Resolución de 17 de noviembre de 2011 «Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género», (A/HRC/RES/27/32) Resolución de 26 de septiembre de 2014 «Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género», (A/HRC/29/23) Resolución de 4 de mayo de 2015 «Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género».

19 STEDH, de 11 de julio de 2002, Christine Goodwin c. Reino Unido, asunto n.º 28957/95.

20 STEDH, de 12 de septiembre de 2003, van Kück c. Alemania, asunto n.º 35968/97.

21 *Supra* 19, pár. 93.

de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual». Entre las causas habilitantes enumeradas y establecidas en el artículo, se encuentra claramente recogida la orientación sexual, lo cual supone, sin duda, un avance considerable con respecto a la acción normativa internacional²². Con todo, no se ha hecho alusión alguna a la identidad de género como factor —de vulnerabilidad— a tener en cuenta para llevar a cabo acciones protectoras en defensa de las personas implicadas.

De la misma manera, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su artículo 21 recoge —esta vez de manera directa— la prohibición de determinados tipos de discriminación «(...) por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual». Una vez más, en la norma europea no se halla referencia expresa a la identidad de género. Sin embargo, este hecho no implica que las personas en riesgo de ser discriminadas por su identidad de género —e.g. en el plano laboral— no cuenten con posibilidades de protección. De entrada, el art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea comienza por cláusula abierta «se prohíbe toda discriminación, y en particular (...)» lo que, en esencia, permite que la Unión Europea tome acción para proteger a las personas frente a otros tipos de discriminación no recogidos²³. Sobre ello, en lo relativo a la aplicación del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea —cuyo art. 19 tiene una naturaleza más restrictiva—, nada impide que se desarrollen métodos de protección frente a la discriminación por identidad de género, si se considera esta como un subtipo de otra discriminación explícitamente recogida (opción de menor rigor conceptual que promueve las confusiones entre el género y el sexo)²⁴.

Conviene, pues, bajar un escalón y hacer referencia al derecho derivado europeo, con vistas a aclarar cuál ha sido la posición de los Estados miembros al respecto. El único texto normativo en este ámbito de aplicación que hace referencia expresa a la identidad de género es la Directiva 2012/29/UE 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. En la introducción, concretamente, en su párrafo noveno, se indica que las personas afectadas por un delito deberán ser tratadas: «(...) sin discriminación de ningún tipo por motivos como (...), la expresión de género, la identidad de género, la orientación sexual (...)». Pese a suponer un avance en la materia, la previsión se encuentra en la introducción a la vez que en un texto dedicado a los derechos de la persona en caso de ser afectadas por un delito. En consecuencia, será preciso acudir a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [TJUE] para poder determinar si existe un marco regulatorio de derechos inespecíficos —al respecto de la no discriminación por identidad de género— aplicables a la persona en su condición de trabajadora. La respuesta es parcialmente satisfactoria. El TJUE ha considerado que la protección contra la discriminación por identidad de género se halla cubierta —por lo menos en cierto grado— por la protección que otorgan las Directivas de igualdad de trato entre hombres y mujeres aprobadas hasta el momento²⁵ —*inter alia*, SSTJUE Sarah Margaret Richards c. Secretary of

22 CABEZA PEREIRO, J. & LOUSADA AROCHENA, F., *El derecho fundamental a la no discriminación...* cit., p. 50.

23 En todo caso, sin extender las competencias de la Unión Europea previstas en los Tratados, art. 6.1 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2008).

24 *Supra* 22, p. 54.

25 Por todas, Directiva 2006/54/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

State for Work and Pensions²⁶; SSTJUE K.B. c. National Health Service Pensions Agency y Secretary of State for Health²⁷—. El riesgo que entraña esta aproximación es la posible asimilación del sexo con la identidad de género, no teniendo por qué coincidir la identidad de género con la orientación sexual o sexo asumido o autodeterminado de la persona —siendo, precisamente, esta la base de la discriminación—, tal y como enunciaban los Principios de Yogyakarta. La Unión Europea, para remediar las posibles lagunas existentes en la normativa comunitaria en lo pertinente a la protección del colectivo LGTBI, ha sentado las bases de sus futuras actuaciones hasta 2025. De manera más específica, en fecha 12 de noviembre de 2020, la Comisión Europea adoptó la Estrategia para la Igualdad de las Personas LGTBIQ 2020-2025. Sus líneas de actuación incluyen referencias a la identidad de género como factor de vulnerabilidad del colectivo LGTBI. A mayores, el documento incluye como objetivo de los Estados miembros para el período de cinco años, «promover la inclusión y la diversidad en el centro de trabajo»²⁸.

A nivel interno, se han producido grandes avances orientados al cumplimiento de los objetivos marcados por la Unión Europea. En lo que respecta al ámbito civil, la STC 99/2019, de 18 de julio de 2019²⁹, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad relativo al art. 1.1. de la Ley 3/2007, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas³⁰, se pronuncia sobre el papel del sexo y la identidad de género en la conformación de la propia identidad. En concreto, la cuestión planteada giraba en torno a la imposibilidad con la que contaban las personas menores de edad para modificar en el Registro Civil las menciones registrales correspondientes al nombre y al sexo que les habían sido asignados y que, a fecha de la sentencia, figuraban en las mismas.

Tras el análisis del conflicto planteado, el Tribunal Constitucional estimó que el contenido del art. 1.1 de la Ley 3/2007 debía ser declarado inconstitucional, si bien «únicamente en la medida que incluye en el ámbito subjetivo de la prohibición a los menores de edad con «suficiente madurez» y que se encuentren en una «situación estable de transexualidad»»³¹. La conclusión alcanzada en la sentencia 99/2019 hunde sus raíces en el gran valor que ésta reconoce al sexo y a la identidad de género en la conformación de la propia identidad de la persona. A la luz de la sentencia, tanto el sexo como la identidad de género son cualidades principales de la persona humana³², que le permiten adoptar decisiones con eficacia jurídica sobre su identidad³³ y que afectan a su dignidad y a su libre desarrollo de la personalidad (art.

26 SSTJUE, de 27 de abril de 2006, Sarah Margaret Richards c. Secretary of State for Work and Pensions, asunto C-423/04, ECLI:EU:C:2006:256 respecto de la Directiva 79/7/CEE.

27 SSTJUE, de 7 de enero de 2004, K.B. c. National Health Service Pensions Agency y Secretary of State for Health, asunto C-117/01, ECLI:EU:C:2006:256, en relación con la Directiva 75/117/CEE del Consejo.

28 Unión de la Igualdad: Estrategia para la Igualdad de las Personas LGTBIQ 2020-2025, comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de fecha 12 de noviembre de 2020, epígrafe 1.2.

29 STC 99/2019, de 18 de julio de 2019, ECLI:ES:TC:2019:99.

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

31 *Supra* 29, fallo.

32 *Ibid.* fundamento jurídico n.º 4.

33 *Ibid.*

10.1 CE)³⁴, a la vez que al derecho fundamental a la intimidad personal del art. 18.1 CE³⁵. Tras lo expuesto, es posible constatar como el ordenamiento español evoluciona en la línea de los objetivos marcados por la UE, especialmente, en tanto reconoce a la identidad de género y al sexo como cualidades principales de la persona y, en base a ello, habilita a la modificación por la persona interesada de la mención registral del nombre inscrito (en la vertiente de identidad de género) o del sexo asignado (arraigado al sexo biológico o a éste y a la correspondiente identidad de género). De esta forma, el Tribunal Constitucional sienta precedente sobre la importancia constitucional de la autodeterminación personal de la identidad de género y, a grandes rasgos, de la no discriminación con base en la misma, al mismo tiempo que impone las limitaciones mínimas y proporcionales para su acceso.

Actualmente, se encuentra vigente la Ley 2/2021, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales³⁶, que recoge en su Título I el debido «Tratamiento administrativo y medidas generales relativas a la identidad y expresión de género, así como de las características sexuales». Igualmente, la Ley 2/2021 incluye en su art. 2 una lista prolija de definiciones relativas al objeto de la norma. Entre ellas, conviene hacer mención a la delimitación del concepto «identidad de género» llevado a cabo por la disposición legislativa, del que resalta su reconocimiento como una vivencia íntima, interna y su posible desvinculación del sexo biológico.

Sobre ello, en el plano interno, se puede constatar también una proliferación legislativa en la materia, especialmente desde las sentencias del Tribunal Constitucional 99/2019 y 67/2022. Así, en la línea con lo expuesto, se pueden poner de relieve las ya referidas leyes: la Ley 2/2021, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales, la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, la propia Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo —objeto de este estudio— y la Ley 4/2023, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. En suma, puede afirmarse que el ordenamiento jurídico español, tanto desde un punto de vista constitucional como legal, se muestra sensible a la actual realidad social.

En lo que concierne al poder ejecutivo, el Gobierno de España ha aprobado, con fecha de 9 de marzo de 2022, el Plan Estratégico para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres 2022-2025. Del mismo, destaca su eje 11.º cuyo encabezado es «una España abierta al mundo» y tiene como finalidad proponer diferentes medidas a nivel de la UE relativas a la igualdad de trato y a la no discriminación. El texto recoge explícitamente a ambas, la identidad de género y la orientación sexual como causas de discriminación que se deben combatir³⁷.

Finalmente, fue el Tribunal Constitucional español —en su sentencia 67/2022— el que por primera vez estableció la identidad de género como una de las causas de discriminación del art. 14 CE (derecho fundamental a la no discriminación). La fundamentación jurídica de la sentencia cuenta con gran relevancia para la protección de los derechos laborales de las

34 *Ibid.*

35 *Ibid.*

36 Ley 2/2021, de 7 de junio, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales.

37 Plan Estratégico para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres 2022-2025, Ministerio de Igualdad, Eje 11.

personas trabajadoras, al constituir desde entonces la discriminación por identidad de género (art. 14 CE) una causa válida de nulidad del despido. Dada la importancia de la STC 67/2022 para el mantenimiento del empleo del colectivo LGTBI, ésta será analizada en profundidad en el siguiente epígrafe.

III. IGUALDAD DE GÉNERO COMO CANON DE CONSTITUCIONALIDAD

1. Derecho fundamental a la no discriminación

El derecho fundamental a la no discriminación se encuentra garantizado en el artículo 14 de la Constitución Española de 1978, a cuyo tenor «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». El derecho a la no discriminación específico del ámbito laboral se encuentra recogido en el Estatuto de los Trabajadores, configurado como un derecho aplicable únicamente cuando se da alguna de las causas de discriminación enumeradas en el mismo.

El derecho a la no discriminación constitucional contiene una previsión final —«(...) o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»— que permite la interpretación dinámica de la Constitución en función de la realidad social del momento. Dicho de otra forma, el art. 14 CE podría —siempre y cuando así lo considere bien la normativa, bien la interpretación de la CE llevada a cabo por el propio Tribunal Constitucional— reconocer otras causas de discriminación que requieran de una protección cualificada.

La incorporación de nuevas causas de discriminación por medio del 14 CE amplía los colectivos vulnerables protegidos, con implicaciones tanto en lo que concierne al acceso al empleo como al mantenimiento del mismo —incluida la consideración de despido nulo en caso de vulneración de derechos fundamentales ex art. 55 ET—. La duda que permanece es por qué es conveniente reconocer una lista expresa de causas de discriminación, en vez de establecer simplemente el derecho a la no discriminación en general, sin especificaciones.

En lo relativo al ámbito del trabajo, la respuesta a esta pregunta encuentra su fundamento en el art. 38 CE y el reconocimiento del derecho a libertad de empresa (incluido en la Sección 2.ª del Capítulo 2.º del Título 1.º), el cual, de entrada, no puede limitar el derecho a la no discriminación (incluido en el art. 14 CE y que goza, junto con los derechos fundamentales y de las libertades públicas de la Sección 1.º de la protección reforzada del art. 53.2 CE), si bien se debe tener en cuenta a la hora de interpretar holísticamente la Constitución. En particular, es especialmente relevante recordar que las relaciones laborales tienen un carácter personal³⁸, factor que despliega efectos sobre toda la relación y, en especial, sobre la selección de las personas trabajadoras. Más concretamente, el hecho de que el vínculo laboral presuponga

38 ALONSO OLEA, M., «El trabajo por cuenta ajena. Su consideración jurídica, social y económica en la encíclica» en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, p. 100.

una relación íntima en la que la persona se implica «con todo su ser», excluye la opción de imponerle al empresario unos criterios a la hora de seleccionar a su plantilla e.g. criterios de mérito y capacidad³⁹. Por ello, en el ámbito exclusivo de las relaciones privadas, la inexistencia de criterios uniformes en la contratación provoca que determinar si la selección ha sido fruto de discriminación o en base a criterios empresariales —siendo estos, en muchas ocasiones, abstractos— sea una tarea difícil.

En consecuencia, ante situaciones de especial riesgo —como, pero no limitado a, los colectivos históricamente discriminados— el ordenamiento otorga una consideración especial⁴⁰. Así, es necesario establecer una serie de causas o motivos frecuentes de discriminación, siendo estas el presupuesto habilitante de los «supuestos cualificados». Al hilo de lo antedicho, la STC 67/2022 reconoció una nueva causa reforzada dentro de las recogidas por el art. 14 CE: la no discriminación por identidad de género.

Como antecedentes de hecho, el caso giraba en torno a una persona transgénero que contaba con características sexuales generalmente asociadas al sexo «hombre» a la vez que vestía con falda y otras prendas tradicionalmente vinculadas al género femenino. Tras unos meses en la empresa, la persona trabajadora no superó el período de prueba. La parte actora alegó que el motivo de su expulsión de la empresa fue la expresión de su identidad de género en su lugar de trabajo. En varias ocasiones, se consideró inapropiada su vestimenta, pidiéndole incluso la directora de recursos humanos que regresara a su casa y se vistiera correctamente. El Tribunal Constitucional, tras analizar detenidamente los indicios y las alegaciones de ambas partes, estimó que no hubo discriminación por identidad de género y, en consecuencia, no se consideró el despido nulo.

No obstante, el Tribunal, antes de determinar si estimaba o no el amparo por una supuesta vulneración de la prohibición de discriminación por identidad sexual y del derecho a la propia imagen, teorizó sobre la relevancia social de la discriminación por identidad de género y la existencia o no de límites a la expresión de género de los trabajadores de la empresa. Es relevante resaltar, a efectos de analizar el canon de constitucionalidad relativo a la igualdad de género, la precisa diferenciación que se establece en la sentencia entre sexo y género. El Tribunal comienza por separar el género del sexo, por establecerlos como conceptos autónomos, independientes entre sí, si bien interrelacionados.

En lo que concierne al sexo, la STC 67/2022 lo define como un término con base biológica, justificado en las características físicas del individuo en un sentido amplio i.e. características primarias y secundarias que incluyen, pero no se limitan a, los genitales, la estructura hormonal o la distribución del vello⁴¹. A mayores, se precisa que, aun siendo el sistema binario estadísticamente significativo, la especie humana cuenta con un sistema de clasificación terciario en función del sexo: hombres, mujeres y personas intersexuales⁴². Por su lado, el género se configura como una cualidad principal de la persona, como su «identidad social» que se apoya en los comportamientos de la misma a la hora de interrelacionarse, en su apa-

39 Cuestión distinta sería el ámbito del empleo público, al basarse en criterios de mérito y capacidad, art. 103 CE.

40 OLARTE ENCABO, S., *Políticas de empleo y colectivos con especiales dificultades: la «Subjetivación» de las Políticas Activas de Empleo*, Editorial Aranzadi, Navarra, Pamplona, 2008, pp. 16,69.

41 STC 67/2022, de 2 de junio de 2022, ECLI:ES:TC:2022:67, fundamento jurídico n.º 3.a).

42 *Ibid.*

riencia externa (en su vertiente de expresión de género y derecho a la propia imagen ex art. 18.1 CE)⁴³, así como en construcciones sociales, educativas y culturales ligadas a los roles de género⁴⁴. El Tribunal Constitucional precisa que, la identidad de género, así definida, es coyuntural y dependiente de cada sociedad y contexto histórico⁴⁵.

Por lo antedicho, la discriminación por identidad de género —y expresión de género— debe ser separada conceptualmente de la discriminación por sexo, especialmente de cara a asegurar —a tenor de la STC 67/2022— la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y el respeto a la dignidad humana (art. 10 CE)⁴⁶. De la misma manera, las aclaraciones aportadas por la STC 67/2022 con respecto a la definición del género, de la discriminación por identidad y expresión de género —actualmente presente en el art. 17 CE como causa cualificada de discriminación— deben ser extrapoladas de cara a la futura interpretación de las novedades que se encuentran en la nueva Ley de Empleo 3/2023.

A modo de último apunte, cabe poner de manifiesto que considerar la identidad de género como una causa de discriminación da lugar a que —asimismo en el marco del procedimiento laboral— en cuanto haya «indicios» de la misma, se produzca una inversión de la carga de la prueba hacia el empresario⁴⁷.

IV. PRINCIPALES NOVEDADES EN LA NUEVA LEY DE EMPLEO 3/2023

1. Principio de transversalidad de género

El 28 de febrero de 2023 se aprobó la nueva Ley 3/2023, de Empleo, elaborada —de conformidad con lo dispuesto en su prólogo— en el marco de dos planes de acción adoptados por España⁴⁸. Por una parte, el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, cuyo Componente 23 («Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo») encuadrado en el área política VIII («Nueva economía de los cuidados y políticas de empleo»), tiene como objetivo corregir las debilidades estructurales del mercado de trabajo español. Para ello, se hace especial énfasis a lo largo de la Ley en el diálogo social, la formación y las políticas activas de empleo, cofinanciadas con la ayuda de los Fondos *Next Generation* (UE). Además, el plan «se sustenta en cuatro pilares que vertebrarán la transformación del conjunto de la economía española, entre ellos la igualdad de género, con carácter transversal».

43 *Supra* 41, fundamento jurídico n.º 3.b).

44 *Supra* 41.

45 *Ibid.*

46 *Ibid.*

47 *Supra* 41, fundamento jurídico n.º 6.a.). Véase también CABEZA PEREIRO, J.; LOUSADA AROCHENA, F., *El derecho fundamental a la no discriminación* (...) cit., p. 187.

48 Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, preámbulo, apartados I y II.

Por otra parte, la nueva Ley de Empleo es asimismo una manifestación del documento España 2050. Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo, en el que se recogen objetivos en torno a la adaptación del mercado de trabajo a las «nuevas realidades sociales, económicas y tecnológicas»⁴⁹. En particular, se destaca la reducción de la brecha de género y la lucha contra los estereotipos asociados⁵⁰.

En lo que se refiere al articulado de la propia Ley 3/2023, su art. 5 recoge los principios rectores de la política de empleo nacional, dentro de los que se incluyen los principios de igualdad y no discriminación por motivo de la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género y las características sexuales, los cuales: «regirán, en particular, el diseño y ejecución de las políticas de empleo, la garantía y cumplimiento de los servicios garantizados y compromisos reconocidos en esta ley, así como el acceso a los servicios de empleo, básicos y complementarios, y otros programas o actuaciones orientados a la inserción, permanencia o progresión en el mercado de trabajo». Los motivos estipulados en este artículo son reproducidos en el art. 39 Ley 3/2023 (no discriminación).

Así, *prima facie*, se puede observar un compromiso de la nueva Ley de Empleo con la equidad. Para lograrla, la disposición legal centra sus esfuerzos en velar por la integración de políticas basadas en la igualdad y, en especial, en la igualdad de género, con carácter transversal⁵¹. Empero, debe tenerse presente que la puesta en práctica de dichas líneas de actuación presenta retos. Especialmente, en tanto en cuanto pueden darse confusiones entre los conceptos género y sexo, entre contenido y continente, lo cual tendría como efecto limitado solamente la promoción de la igualdad entre sexos, de ser medidas —en su caso parcialmente— efectivas. Con todo, de cara a hacer una valoración global de la efectividad de la nueva Ley de Empleo será necesario estudiar el resto de medidas incorporadas por la misma en defensa de los intereses de las personas LGTBI+.

2. Colectivos de atención prioritaria: especial referencia al colectivo LGTBI

El art. 50.1 de la Ley de Empleo, que encabeza el Capítulo V (Colectivos de atención prioritaria para la política de empleo) del Título III establece lo siguiente: «el Gobierno y las Comunidades Autónomas adoptarán, de acuerdo con los preceptos constitucionales y estatutarios, así como con los compromisos asumidos en el ámbito de la Unión Europea y en la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo, programas específicos destinados a fomentar el empleo de las personas con especiales dificultades para el acceso y mantenimiento del empleo y para el desarrollo de su empleabilidad, con el objeto de promover una atención específica hacia las personas integrantes de los mismos en la planificación, diseño y ejecución de las políticas de empleo». Los colectivos a los que hace referencia son los colectivos de atención prioritaria, que se definen en el art. 3.d) Ley 3/2023 como «colectivos con especiales dificultades para el acceso y mantenimiento del empleo y para el desarrollo de su empleabilidad, de conformidad

49 España 2050: Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo, Madrid: Ministerio de la Presidencia, Oficina Nacional de Prospectiva y Estrategia del Gobierno de España (coord.), 2021, p. 106.

50 *Ibid.* p. 46, 74.

51 Cabe recordar que la transversalidad de género conlleva avances en materia de igualdad para todos los colectivos vulnerables, *supra* 14.

con lo establecido en el artículo 50». Además, el propio art. 50 Ley 3/2023 contiene una lista detallada que enumera qué colectivos se entienden como de atención prioritaria, entre los que se encuentran el LGTBI: «se considerarán colectivos vulnerables de atención prioritaria, a los efectos de esta ley, a las (...), personas LGTBI (...). Asimismo, los programas específicos y las medidas de acción positiva se reforzarán en los supuestos en que se produzcan situaciones de interseccionalidad».

El reconocimiento de las personas LGTBI como colectivo de atención prioritaria da lugar a los efectos enunciados por el art. 50.2 Ley 3/2023. El Sistema Nacional de Empleo —en sus distintos niveles territoriales— deberá identificar el perfil profesional de la persona demandante de empleo y sus necesidades específicas. A continuación, éste procederá a diseñar un itinerario «individual y personalizado» de cara a la plena inserción en el mercado de trabajo de la persona, garantizándose el seguimiento del mismo. Las medidas adoptadas con vistas a fomentar la empleabilidad de las personas integrantes de los colectivos de atención prioritaria deberán, en todo caso, integrarse de conformidad con los objetivos cualitativos y cuantitativos previamente establecidos —para el referido colectivo— por el propio Sistema Nacional de Empleo. Igualmente, su actuación debe llevarse a cabo de conformidad con el principio de igualdad de género, incluidas las medidas adoptadas en el marco de labores de intermediación (art. 40.2.c) Ley 3/2023), la cual será evaluada periódicamente, de conformidad con el art. 50.2 Ley 3/2023, por la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales. Durante el transcurso del proceso de evaluación, la Conferencia Sectorial deberá desagregar las actuaciones específicas realizadas por el Sistema Nacional de Empleo en función de los colectivos de atención prioritaria previamente identificados, con vistas a garantizar la fiabilidad y precisión de los resultados.

En líneas generales, el reconocimiento del colectivo LGTBI como colectivo de atención prioritaria supone un avance para su integración en el espacio social —laboral— y para el fomento de, igualmente, su participación social. Con todo, la Ley 3/2023 cuenta con limitaciones derivadas de su condición de «Ley de Empleo». Si se presta, en efecto, atención al articulado de la Ley, se encuentran dos vertientes fuertemente marcadas: por un lado, las disposiciones que orientan al Gobierno en su futura actuación, siendo más o menos cuestionable si dado el dinamismo del mercado deberían contar con rango legal. Por otro, los artículos en materia de intermediación y coordinación entre Administraciones Públicas.

En lo que respecta a la primera de ellas, pese a otorgar la Ley de Empleo un marco de actuación claro en materia de colectivos de atención prioritaria, el colectivo LGTBI no ha sido especialmente abordado en su norma predecesora, el Real Decreto-Ley 1/2023, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas⁵². Este Real Decreto cuenta con un capítulo dedicado en su integridad a incentivos y otros instrumentos de apoyo al empleo de una serie de grupos, entre los que destacan las personas con discapacidad. Si bien es cierto que se hace referencia, en su subsección tercera, a colectivos en riesgo de exclusión social, seguidamente se remite el Real Decreto a los grupos del art. 2.1 de la Ley 44/2007⁵³, entre los que no se encuentra el colectivo LGTBI. El Real Decreto-Ley 1/2023 —inspiración de la Ley 3/2023— pese a incluir implícitamente al colectivo LGBTI como colectivo de atención prioritaria —art. 6.a) RD— en

52 Real Decreto-Ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas.

53 Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción.

las definiciones de personas destinatarias de las medidas de fomento del empleo («las personas incluidas en alguno de los colectivos de atención prioritaria para la política de empleo previstos en el texto refundido de la Ley de Empleo»), en las concretas medidas subsiguientes relativas a bonificaciones en la contratación y a incentivos no aluden al mismo. En suma, lo referenciado supone un indicativo de la falta de atención que le puede ser otorgada al colectivo LGTBI. Como quiera que sea, es solo un indicativo, por lo que cabe esperar a la acción que tomará el Gobierno en la materia, sobre todo en lo relativo a medidas de acción positiva y bonificaciones de la Seguridad Social.

En lo concerniente a las labores de orientación y, en conjunto, de intermediación llevadas a cabo por las Administraciones Públicas, sus efectos prácticos cuentan con un alcance limitado. Si bien las actividades de formación pueden potenciar la empleabilidad de las personas trabajadoras pertenecientes al colectivo LGTBI+, en las últimas décadas se ha producido un auge de la intermediación privada, fomentado por la digitalización⁵⁴. Por ende, será complicado controlar sesgos en el mercado de trabajo.

En conclusión, el fomento de la empleabilidad de las personas integrantes del colectivo LGTBI presenta serios retos, no solo en el campo de la intermediación sino incluso dentro de las propias políticas activas de empleo del Gobierno. Estos retos pueden volverse complicaciones para la integración del colectivo si no se ponen en marcha políticas activas específicas —por ejemplo, basadas en un plan a medio plazo, como en el caso de la estrategia 2020 a 2025 adoptada por UE⁵⁵— que diferencien entre los subgrupos afectados y se alejen de una «valoración conjunta».

3. Rasgos específicos de la situación vulnerable de estos colectivos

Las políticas activas de empleo constituyen la piedra angular —por lo menos, actualmente— del fomento del empleo de colectivos vulnerables. Así, sería deseable que las acciones políticas o normativas de los poderes públicos detallasen medidas específicas destinadas a las personas pertenecientes al colectivo LGTBI. Sin embargo, deben tenerse en cuenta una serie de, como indica el encabezado, rasgos específicos de la situación vulnerable de estos colectivos.

En primer lugar, de conformidad con lo dispuesto por el prólogo de la Ley 4/2023, las personas comprendidas dentro del colectivo LGTBI se ven en riesgo no solo de exclusión social en sí misma, sino también de violencia física⁵⁶. En atención a los datos aportados por la Agencia Europea de Derechos Fundamentales [AEDF] para 2020, cerca de la mitad (42 %) de las personas integrantes del colectivo LGTBI+ se han sentido discriminadas en el último año. Dentro de la elevada tasa de personas LGTBI que se han sentido discriminadas, un 34 % afirma que se han sentido así en el ámbito específicamente laboral, de acuerdo con los datos

54 LÓPEZ BALAGUER, M., «La intermediación laboral en la nueva ley de empleo» en *Empleo y Protección Social, XXXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2023, p. 107.

55 El art. 10 Ley 4/2023 prevé la elaboración de una Estrategia estatal para la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI.

56 Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, preámbulo, párr. I.

facilitados por la Federación Estatal de Lesbianas, Gais, Trans, Intersexuales y más [FELGTBI+]. Sobre ello, en los últimos 12 meses —según los datos recogidos por la FELGTBI+— se puede afirmar que las personas trans se encuentran en una posición especialmente susceptible de sufrir discriminación, al afirmar un 63 % haberse sentido discriminadas. En lo respectivo a la violencia física, en el periodo comprendido entre 2015-2020, la AEDF indica que un 8 % de personas integrantes del colectivo LGTBI+ han sido objeto de la misma⁵⁷. Los hechos expuestos dificultan la identificación de los miembros del colectivo, en especial cuando las personas implicadas recurren al silencio. Adicionalmente, y como ha sido mencionado, las personas integrantes del colectivo no tienen por qué compartir datos personales sobre su esfera personal si no es conforme con su voluntad⁵⁸.

En segundo lugar, se suele caer en la confusión de no diferenciar a las personas que forman parte del grupo LGTBI. Pese a que, en un plano teórico, la eliminación de barreras de acceso al empleo no necesita de ulterior diferenciación de los miembros del colectivo LGTBI, las medidas de acción positiva sí precisan de matizaciones. El principal motivo es que, de no diferenciarse entre las personas que componen el colectivo, podría incurrirse en el error de integrar políticas activas de empleo favorables solo a un (sub)grupo. Como resultado, se estaría únicamente promoviendo el acceso al empleo de una fracción del colectivo e imponiendo una experiencia particular sobre un colectivo amplio⁵⁹. Esta cuestión probablemente no se detectaría en los métodos de supervisión que contarían con el mismo sesgo. Afortunadamente, la Ley 4/2023 recoge en su art. 3 definiciones independientes de algunos conceptos. Además, su art. 10 prevé la elaboración de una Estrategia estatal para la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI, de carácter cuatrienal y cuya elaboración corresponde al Ministerio de Igualdad.

Finalmente, existen de igual manera retos prácticos relacionados con la Inspección de Trabajo. En ocasiones puede ser complejo «probar» una orientación sexual o una identidad de sexo⁶⁰, en particular en atención al art. 43 de la Ley 4/2023. De igual manera, el género cuenta con muchas manifestaciones, entre ellas la apariencia de la persona, que puede ser modificada voluntariamente o a causa de coacción externa. Será necesario una supervisión regular por la inspección, por lo menos, para detectar posibles fraudes en supuestos más fácilmente constatables *de facto*.

Así, tras analizar los rasgos específicos de la situación vulnerable de estos colectivos, se aprecia que el ordenamiento laboral, tal y como se encuentra concebido actualmente, carece —por el momento— de medidas específicas destinadas a mejorar eficazmente la empleabilidad de este colectivo de atención prioritaria. Pese a la complejidad de la situación de las personas integrantes del colectivo LGTBI, pueden determinarse, de entrada, dos esferas dentro de las cuales se deberían integrar propuestas de mejora.

57 *Ibid.*

58 CABEZA PEREIRO, J.; LOUSADA AROCHENA, F., *El derecho fundamental a la no discriminación (...) cit.*, p. 16.

59 Para más información al respecto, HANNETT, S., «Equality at the intersections: The Legislative and Judicial Failure to Tackle Multiple Discrimination», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 23, núm. 1, 2003, p. 70.

60 CABEZA PEREIRO, J.; LOUSADA AROCHENA, F., *El derecho fundamental a la no discriminación (...) cit.*, pp. 14-15.

Por un lado, en materia de acceso al empleo, se observa que, si bien tanto a nivel constitucional como laboral —art. 17 ET— se ha reconocido el derecho de los trabajadores a la no discriminación por identidad de género, la legislación interna que contiene provisiones específicas en materia de igualdad —en el ámbito laboral— no hace alusión a la misma. En concreto, la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres⁶¹ recoge en sus arts. 45 y siguientes la regulación de los planes de igualdad en empresas. Los mencionados planes de igualdad, obligatorios para las empresas de más de cincuenta trabajadores, tienen como objetivo promover el respeto y la igualdad de oportunidades en el acceso al trabajo, así como la igualdad de trato durante el desarrollo del mismo. La confección de los mismos se delega a la negociación colectiva y su contenido mínimo —categorías genéricas— se prescribe en el art. 46 Ley Orgánica 3/2007: «a) Proceso de selección y contratación b) Clasificación profesional, c) Formación, d) Promoción profesional, e) Condiciones de trabajo, incluida la auditoría salarial entre mujeres y hombres, f) Ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral, g) Infrarrepresentación femenina, h) Retribuciones, i) Prevención del acoso sexual y por razón de sexo».

De entrada, es llamativo que, ni los arts. 17.5 ET y 85 ET ni la Ley Orgánica 3/2007 —cuya última modificación se realizó a fecha de 7 de septiembre de 2022— hagan alusión en todo su articulado al género, únicamente a la discriminación basada en lo que el Tribunal Constitucional considera —STC 67/2022— el sexo biológico de la persona. Tal vez, de cara a la integración plena del colectivo LGTBI en el entorno laboral, cabría plantearse la elaboración y posterior aprobación de una Ley Orgánica de Igualdad de Género y no únicamente entre mujeres y hombres. Alternativamente, podrían incorporarse a la Ley Orgánica 3/2007 referencias a la igualdad de género, con carácter transversal, a la vez que ampliar el articulado y ámbito de actuación de los planes de igualdad. Con todo, esto puede suponer un perjuicio para el colectivo tradicionalmente conformado por «mujeres», en tanto se podrían dificultar las negociaciones en el marco de la aprobación del mismo. Empero, nada de lo mencionado obsta a que se implementen recomendaciones dentro de la Ley o a que se establezca la obligación de incorporar un anexo a los planes de igualdad en vigor, relativos a la igualdad de trato y oportunidades del colectivo LGTBI⁶² (con la debida mención a los subgrupos que lo conforman).

Esta aproximación ya ha sido sucintamente incorporada en la disposición adicional tercera «Guías y protocolos de buenas prácticas» del Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo⁶³, mediante la cual el Ministerio de Trabajo y Economía Social y el Ministerio de Igualdad, con la posible colaboración de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, podrán realizar y distribuir guías y protocolos de buenas prácticas con vistas a combatir estereotipos de género.

61 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

62 En especial, en atención a la mención que realiza el art. 50.1 de la Ley 3/2023, de Empleo, a la especial consideración que se le debe otorgar a las situaciones de interseccionalidad, con vistas a fomentar la empleabilidad de las personas que forman parte de uno o varios colectivos de atención prioritaria.

63 Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo.

Se debe tener en consideración que las medidas de prevención y de elaboración de estrategias dentro de la empresa para la consecución de objetivos en la línea de la defensa de los intereses del colectivo LGTBI, —e.g. alcanzar una mayor representación— son de gran importancia, especialmente ante los retos que presentan las medidas de acción positiva basadas en bonificaciones. En esta última línea, la dificultad de la integración en el sistema de empleo de subvenciones y bonificaciones a la contratación —dada la fragmentación del colectivo— no implica una inoperatividad absoluta de las mismas. Si se complementasen con los planes de igualdad —de género— anteriormente mencionados, podrían ponerse en marcha bonificaciones y/o subvenciones a empresas que contraten, específicamente, personas transexuales e intersexuales.

En términos de justificación de la subvención —sin perjuicio, en todo caso, de la protección de datos personales dispensada por la Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y su normativa de desarrollo⁶⁴— la transexualidad podría justificarse por medio de un certificado médico o bien por las menciones registrales sobre el sexo de la persona a la que se refieren las mismas⁶⁵. Esta actuación de discriminación positiva no es irracional en cuanto se ha constatado a través de los datos previamente puestos de manifiesto que, precisamente, es el colectivo transexual el que ha sufrido mayores tasas de discriminación en el último año.

Por otro lado, en la esfera preventiva, tanto los arts. 46 y 62 de la Ley Orgánica 3/2007 como el capítulo IV del Real Decreto 901/2020, recogen menciones expresas a la necesidad de incorporar dentro de la empresa medidas de prevención y protocolos frente al acoso, en este caso, sexual y por razón de sexo. Nuevamente, la protección se circunscribe a estos dos supuestos de forma aislada. Debido a las altas tasas de violencia física de las que son objeto las personas integrantes del colectivo LGTBI, así como a la susceptibilidad de este colectivo de verse sometido a acoso en el entorno laboral, sería recomendable incorporar en la norma las mismas obligaciones empresariales a este respecto —cuanto menos, en el ámbito de la Administración Pública—⁶⁶. En especial, si se considera que las medidas de acción positiva basada en bonificaciones no son las más operativas de cara a la mejora de la empleabilidad de las personas cuya orientación sexual difiere de cánones cis-heteronormativos. Así, pese a no tener las personas que cuenten con una orientación sexual por qué comunicar su preferencia sexual en la fase de acceso al empleo, siguen siendo propensas a sufrir acoso en el trabajo (vinculado o no a su expresión de género personal), lo cual afecta al mantenimiento de su empleo. En suma, la normativa interna debe tomar acciones de cara a la mejora de la empleabilidad del colectivo LGTBI y a la lucha contra la discriminación por género con la finalidad de respetar, en todo caso, las exigencias constitucionales a día de hoy operantes en España.

64 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales & Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. Esta normativa ya cuenta con referencias a la protección de datos de personas pertenecientes a colectivos históricamente discriminados, como las personas que cuentan con una discapacidad, art. 81 Real Decreto 1720/2007.

65 Mayores dudas suscitan los supuestos de personal intersexuales, art. 74 Ley 4/2023.

66 Las personas LGTB en el ámbito del empleo en España: hacia espacios de trabajo inclusivos con la orientación sexual e identidad y expresión de género, Gobierno de España, Subdirección General para la Igualdad de Trato y la no Discriminación (coord.), Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, p. 55.

V. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, puede afirmarse que se han producido, cuanto menos a nivel europeo, avances en la defensa de los derechos del colectivo LGTBI+. Con todo, la mayoría de las fuentes que involucran la protección y/o el fomento de la participación social de las personas integrantes del grupo LGTBI+ no cuentan con valor normativo *stricto sensu* (e.g. *Soft Law* internacional). Por ello, será necesario prestar especial atención al orden normativo interno de cada país. En el caso de España, en 2023 se ha aprobado la Ley 3/2023, de Empleo, que proporciona un marco de actuación a los poderes públicos en materia de promoción del empleo de las personas vinculadas a colectivos vulnerables, a la vez que consolida la transversalidad de género. Esta Ley junto con la Ley 4/2023 —o, popularmente, Ley Trans— contienen avances concretos en la materia, en tanto en cuanto prevén la elaboración de una Estrategia estatal para la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y promueven la puesta en marcha de políticas activas de empleo.

Sin embargo, no se establecen medidas específicas —por ejemplo, bonificaciones a las cotizaciones a la Seguridad Social— a la imagen de las que se recogieron en el Real Decreto-ley 1/2023 para las personas con discapacidad. De la misma manera, no se pueden hallar todavía en el ordenamiento medidas en la línea de las adoptadas para promover la igualdad entre mujeres y hombres (Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.), entre las que se encuentran la exigencia impuesta a las empresas de más de 50 trabajadores de integrar, por medio de la negociación colectiva, planes de igualdad y protocolos de prevención contra el acoso en la empresa (si bien limitados a la discriminación por sexo y al acoso sexual o por razón de sexo). En consecuencia, solo queda esperar a ver cómo se articulan las subsiguientes actuaciones de los poderes públicos y, en especial, si efectivamente tienen en cuenta tanto el principio de transversalidad de género como los distintos rasgos específicos de la situación vulnerable de cada (sub)grupo que integra el colectivo LGTBI+.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO OLEA, M., «El trabajo por cuenta ajena. Su consideración jurídica, social y económica en la encíclica» en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987.
- CABEZA PEREIRO, J. & LOUSADA AROCHENA, F., *El derecho fundamental a la no discriminación por orientación sexual e identidad de género en la relación laboral*, Bomarzo, 2014, Albacete.
- HANNETT, S., «Equality at the intersections: The Legislative and Judicial Failure to Tackle Multiple Discrimination», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 23, núm. 1, 2003.
- LÓPEZ BALAGUER, M., «La intermediación laboral en la nueva ley de empleo» en *Empleo y Protección Social, XXXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Economía Social*, Madrid, 2023.

MOLINA NAVARRETE, C. en **OLARTE ENCABO, S.**, *Políticas de empleo y colectivos con especiales dificultades: la «Subjetivación» de las Políticas Activas de Empleo*, Aranzadi, Madrid, 2008.