

Sección Tribuna

Sobre la discriminación por orientación sexual: STEDH 7 mayo 2024, caso AK contra Rusia

Elisa Cuadros Garrido
Codirectora Revista Justicia & Trabajo

Resumen: La STEDH 7 mayo 2024 ha condenado a Rusia a indemnizar a una directora musical de una escuela por discriminación por orientación sexual, debido a la publicación de fotografías suyas en redes sociales que se considera muestran afecto a las parejas íntimas homosexuales, pero no son obscenas o sexualmente explícitas por lo que, concluye, que el despido efectuado fue manifiestamente desproporcionado con respecto al objetivo legítimo propuesto.

Palabras clave: discriminación, orientación sexual, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, red social.

Summary: The European Court of Human Rights on May 7, 2024 has condemned Russia to compensate a school music director for discrimination based on sexual orientation due to the publication of photographs on social networks that are considered to show affection for homosexual intimate partners but are not obscene or sexually explicit due to which concludes that the dismissal carried out was manifestly disproportionate to the legitimate objective proposed.

Keywords: discrimination, sexual orientation, European Court of Human Rights, social network.

I. Delimitación: el caso

La STEDH 7 mayo 2024, ha condenado a Rusia a indemnizar con 6.500 por daño material, 10.000€ por daño moral y 6.000€ por gastos y costas, a una directora musical de una escuela por discriminación por orientación sexual. Los hechos se remontan a 2014, por lo que lo primero que cabe preguntarse es si diez años después es totalmente reparable el daño que sufrió esta persona.

Los hechos transcurrieron de la siguiente forma: La empresa poseía un fichero que aportó al acto de juicio y que consistía en un archivo que contenía alrededor de diez páginas de revisión del perfil de la profesora de música en las redes sociales, sus suscripciones a grupos públicos y listas de amigos, así como capturas de pantalla de sus fotografías. Cabe detallar que las fotos eran predominantemente de viajes y fiestas, y la mostraban abrazando y besando íntimamente a otras mujeres (sin incluir sin ningún tipo de desnudo o semidesnudo). También se incluía una foto de la afectada dirigiendo un gesto con el dedo medio a una persona detrás de la cámara. Las instantáneas mencionadas se publicaron en un álbum de acceso restringido y no estaban disponibles para la visualización del público.

Los materiales del expediente aportado por la empleadora, iban acompañados de comentarios sucintos destacando la orientación sexual de la demandante y sus amigos, criticando el estilo de las fotografías y el comportamiento de la profesora, y concluyendo que sus acciones eran incompatibles con «el buen nombre de una profesora» y podían tener efecto perjudicial para los niños y la reputación de la escuela.

Se inició un expediente contradictorio, para alegaciones previo al despido y la demandante aclaró sobre los hechos indicando que, en primer lugar, no hubo quejas previas sobre su vida laboral y privada de los estudiantes o sus padres, en segundo término, que nunca promovió ninguna orientación sexual, y por último, entendía que las acciones en su contra fueron discriminatorias e inspiradas en su orientación sexual.

El mismo día que quedaron presentadas, las alegaciones, y con ello demostrando, que la decisión estaba tomada y la apertura del trámite era un mero formalismo, el director de la escuela rescindió el contrato del demandante por incumplimiento contractual de la empleada. El texto completo de la decisión de despido disciplinario decía lo siguiente:

«Despedir [al demandante] del cargo de director musical a partir del 8 de diciembre de 2014 debido a que un empleado, que desempeña funciones educativas y de crianza de niños cometió actos inmorales incompatibles con el ejercicio continuo de actividades docentes [de conformidad con el párrafo 8 del artículo 81 del Código del Trabajo]».

En una fecha posterior, no especificada, un grupo de doce padres presentó una carta colectiva al director apoyando el despido de la profesora de música y expresando su preocupación por las «fotos indecentes» y los «actos inmorales» ya que los niños podrían haber tenido acceso a «información nociva que promueva relaciones sexuales no tradicionales», lo que habría tenido un impacto negativo en ellos.

La profesora afectada impugnó su despido ante los tribunales. Su demanda afirmaba que no había pruebas de ningún acto inmoral y que el único motivo del despido había sido su orientación sexual, que tal decisión, por tato, era discriminatoria y contraria a las disposiciones constitucionales y a la legislación laboral aplicable. Subrayó que los materiales presentados al director de la escuela se obtuvieron de un álbum de acceso privado en las redes sociales, al que solo podían acceder los amigos de la demandante, y que ella nunca mencionó su orientación sexual en el entorno escolar.

La escuela, en la contestación a la demanda se ratificó en la decisión ya que la profesora había cometido un «acto inmoral» al mostrar públicamente «escenas lésbicas y gestos indecentes» en sus redes sociales. Se alegó, además, un extremo que no constaba en la carta de

despido que era la actora era miembro de una banda de música que actuaba regularmente en un «club de lesbianas» y que las grabaciones públicas de esa banda mostraban a la demandante interpretando canciones de «contenido lésbico».

Durante la celebración del acto de juicio, el Tribunal de Distrito de Kirovskiy de San Peterburgo escuchó a los testigos llamados por las partes, examinó las grabaciones de una conversación entre la profesora y los funcionarios escolares y las pruebas escritas y escuchó al fiscal del estado. El fiscal, si bien reconoció que la demandante cumplió bien su función laboral, apoyó su despido refiriéndose a la publicación en Internet de «fotos indecentes», el reconocimiento público de la demandante de su orientación sexual ante el tribunal y la carta de los padres antes mencionada.

El 21 de abril de 2015, el Tribunal de Distrito adoptó una sentencia desestimando la demanda del demandante, que decía, en particular: «La causa del despido del maestro [el solicitante] fue la exhibición pública de una conducta privada inmoral, poco ética e inaceptable de una persona que realiza funciones educativas y de crianza de niños [como se prueba] mediante fotografías de carácter indecente que contienen muestras públicas de gestos, poses y expresiones públicas indecentes. Demostración de relaciones entre personas del mismo sexo poco éticas publicada en Internet».

El tribunal consideró válidos los argumentos de la escuela, y rechazó la demanda de despido porque consideró que para una persona que desempeña funciones educativas de crianza de niños y trata con menores, la conducta imputada se consideraba inmoral y poco ética, incluso como esta, que se realiza en un grupo restringido de personas, pues una red social implica la exhibición pública de actos indecentes. gestos, poses y relaciones poco éticas entre personas del mismo sexo, así como fotografías de dichas conductas publicadas en Internet. Se insiste en algo incoherente con lo anterior y es que la orientación sexual de la trabajadora no tuvo importancia ni relación con el despido, ya que su condición sexual fue una expresión de su libre voluntad y libre elección de sus relaciones. La importancia jurídica de la censura de la profesora recae únicamente en una conducta privada inmoral y poco ética de la profesora como directora musical de la escuela.

Como argumento legal válido se descartó por no poseer ninguna consecuencia legal, que los colegas y padres de los estudiantes valoraran el profesionalismo de la directora musical [o que hubiera recibido múltiples premios, diplomas y reconocimientos por su trabajo.

No conforme con el fallo se formuló la correspondiente apelación y tras examinar el recurso, el 3 de septiembre de 2015 el Tribunal Municipal de San Petersburgo confirmó la sentencia del Tribunal de Distrito. La sentencia de apelación afirmó, en particular:

«El tribunal de apelación coincide con la conclusión del Tribunal de Distrito sobre el despido de la recurrente, ya que se fundamenta en los hechos del caso y en la adecuada aplicación de las normas jurídicas sustantivas por parte del tribunal que resuelve el litigio... El tribunal de primera instancia tuvo razón al considerar que el Código del Trabajo no contiene ninguna definición de acto inmoral y no prescribe ningún criterio de evaluación, lo que implica] que calificar como «inmoral» cualquier violación de los fundamentos morales y de las normas aceptadas de conducta social es una prerrogativa del empleador dependiendo de las circunstancias específicas. «Los deberes de un director musical... incluyen desarrollar el gusto estético de los estudiantes... y

su esfera emocional. Al mismo tiempo, según las conclusiones de los especialistas en filosofía, psicología y pedagogía [presentadas en sus informes], las acciones [del demandante] y la publicación de las fotografías en Internet deben considerarse como un acto inmoral incompatible con el desempeño continuo de sus funciones educativas. funciones de crianza de los hijos»».

II. Redes sociales y libertad de expresión

Desde hace más de una década es una cuestión unánime en España y en Europa que los Tribunales consideran lícita la conducta del empleador de utilizar la información y opiniones del trabajador vertida en redes sociales y/o blogs para adoptar medidas disciplinarias contra ellos. Con carácter general la jurisprudencia no exige el establecimiento de políticas que regulen las manifestaciones de trabajadores en redes sociales para utilizar las mismas como medio de prueba válido en un procedimiento disciplinario. Lo que suele suceder es que el derecho a la libertad de expresión del trabajador entre en conflicto con el derecho de imagen de la empresa o a su reputación por lo que los tribunales se encuentran obligados a efectuar un juicio ponderativo que les permita dilucidar, a la vista de las circunstancias que concurren en el caso que examinan, si la conducta encuentra protección en el derecho fundamental a la libertad de expresión.

Otra cuestión distinta supone la conducta privada del trabajador de cuyo conocimiento tiene la empresa por redes sociales y que en principio están exentas de fiscalización por parte del empleador y sobre las que debe primar el necesario respeto a la intimidad del empleado. La titular de la relación laboral no puede efectuar indagaciones sobre aspectos privados de la persona trabajadora, sino solamente de los aspectos estrictamente laborales: y la prohibición de discriminación deberían servir como fundamento. Este es precisamente el supuesto que nos ocupa.

III. Respuesta del TEDH: vulneración de derechos humanos

Como cuestión previa, cabe poner de relieve los logros en el marco de la Convención Europea de Derechos Humanos y a la evolución experimentada por la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo en un reflejo claro del cambio de actitud hacia la orientación sexual que han manifestado tanto las instituciones internacionales y europeas, como los propios Estados miembros del Consejo de Europa.

Cabe destacar el pronunciamiento de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la STEDH 22 enero 2008, en el asunto *E. B. c. Francia*, que en su momento tuvo una gran repercusión. El interés suscitado se debió a que se trataba de la primera vez que el Tribunal de Estrasburgo condenó a uno de los Estados miembros del Convenio Europeo de Derechos Humanos por discriminar, a causa de su orientación sexual, a una ciudadana francesa E. B., en un trámite dirigido a obtener la acreditación necesaria para adoptar a un niño.

Desde la óptica del Derecho de la Seguridad Social, merece destacarse la STEDH 14 junio 2016, *Caso Aldeguer Tomás* contra España, que desestima la reclamación de diferencia de trato legislativo por razón de orientación sexual respecto de los homosexuales que no tuvieron acceso al matrimonio con anterioridad al 2005 y no pudieron acceder la pensión de viudedad.

Dentro del marco judicial europeo y con el foco en el contrato de trabajo y la discriminación por orientación sexual cabe destacar la STJUE 12 enero 20231 *Caso Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, que resuelve una cuestión prejudicial declarando que el derecho de la Unión se oponía a la normativa nacional de Polonia que excluía, amparándose en la libertad de elegir a la otra parte contratante. Ya que tal libertad de elección no puede basarse en la orientación sexual de una persona, y por esta, no celebrar o no renovar un contrato de trabajo que tenga por objeto la realización, por esa persona, de determinadas prestaciones en el contexto del ejercicio de una actividad independiente.

Ahora es objeto de comentario, la STEDH 7 mayo 2024, caso AK contra Rusia, el TEDH se declara competente para conocer la reclamación del demandante, afirma que ha habido una violación del artículo 8 del Convenio (derecho a la vida privada y prohibición de las injerencias) y del artículo 14 del Convenio en relación con el anterior artículo en lo que respecta a la discriminación.

Con la mencionada resolución comentada, el TEDH se sitúa en una línea similar a la también reciente, STEDH(Sección 4.ª) 17 mayo 20222, caso *Oganezova* contra Armenia que estima la demanda interpuesta por ciudadano armenio por considerar que la falta de protección del Estado contra el discurso de odio y de investigación efectiva de sus denuncias por discriminación por razón de orientación sexual.

La STEDH 7 mayo 2024 realiza varias consideraciones:

- El Tribunal *no considera el despido de la demandante como proporcionado al objetivo perseguido y lo considera discriminatorio, porque supone una injerencia en el derecho a la vida privada* (art 8 CEDH). Se parte del hecho no contradictorio de ambas partes, colegio y trabajadora, aceptaron que la rescisión del contrato de trabajo de un docente podría estar justificada por actos inmorales cometidos fuera del entorno escolar ya que el artículo 81 del Código del Trabajo regula el despido por este motivo. El punto de desacuerdo o controvertido se encuentra en que no se está de acuerdo sobre si la demandante había cometido algún acto inmoral y si su sexualidad había desempeñado un papel decisivo en su despido. El TJUE afirma que, aunque el Gobierno ruso se defendió alegando que la sexualidad de la demandante no había sido un factor relevante en su caso ya que cualquier docente habría sido despedido por acciones similares. Este argumento no se considera válido ya que el material del caso demuestra que la orientación sexual de la solicitante y su supuesta «inmoralidad» ocuparon un lugar destacado en el razonamiento de las autoridades nacionales.
- La rescisión de un contrato laboral sobre la base de la publicación de *fotografías en redes sociales que muestran afecto a las parejas íntimas sin ser obscenas o sexual-*

1 STJUE 12 enero 2023 (ECLI:ECLI:EU:C:2023:9).

2 STEDH(Sección 4ª) 17 mayo 2022(ECLI:CE:ECHR:2022:0517JUD007136712).

mente explícitas es manifiestamente desproporcionado con respecto al objetivo legítimo propuesto.

- El despido de la docente con calificaciones adecuadas, con buena reputación ante alumnos y padres y sin antecedentes de quejas no fue ajustado a Derecho. Recordemos que el derecho interno ruso la normativa interna contempla expresamente como motivo de despido la realización de actos inmorales para quienes desempeñan funciones educativas, partiendo de esto el TEDH señala que la administración de la escuela podría haber usado la multitud de medidas disciplinarias disponibles para cada empleador, como advertencia, amonestación, suspensión y otras, e inmediatamente se dio preferencia a la medida más restrictiva, es decir, el despido.
- Respecto a la fotografía *con el gesto del dedo medio*, aunque fue cuando menos de mal gusto pero el Tribunal no puede deducir cómo este gesto utilizado en un ambiente privado fuera de las actividades escolares justificaba por sí solo la gravedad de la sanción impuesta.

En definitiva, el TEDH concluye que el despido de la demandante de su lugar de trabajo debido a la publicación de fotografías en redes sociales que mostraban afecto a sus parejas íntimas y un gesto con el dedo medio constituye una interferencia desproporcionada con sus derechos en virtud del artículo 8 del Convenio.

En relación con la reparación de los derechos humanos vulnerados, el TEDH afirma que la pérdida de ingresos remunerados por el salario tiene un vínculo causal directo con su despido de su puesto por motivos discriminatorios. Si los tribunales rusos hubieran cumplido debidamente la obligación positiva de proteger a la demandante de esa discriminación y hubieran examinado su denuncia eficazmente, habría podido reclamar el pago del lucro cesante durante el período de despido improcedente. Al mismo tiempo, cabe señalar que la demandante no proporcionó ninguna explicación sobre por qué reclamó ante este Tribunal su pérdida de ingresos durante el período específico de cuarenta meses después del despido. Teniendo en cuenta las alegaciones de las partes y actuando sobre una base equitativa, el TEDH considera razonable conceder la reclamación por daño material en parte igual a su salario estimado de los doce meses siguientes al despido, que suponen, 6.500 euros.

Por último, como daño moral de la demandante y teniendo en cuenta las presentaciones de las partes y la naturaleza de las violaciones establecidas de los derechos del Convenio, se considera apropiado por el TEDH conceder la reclamación en su totalidad y conceder 10.000 euros. Como costas se consideran ajustados los 6.000 euros pedidos.

IV. Apunte final

Unos veinte días después de la STEDH 7 mayo 2024, se publicaba el 29 de mayo la Directiva 2024/1499 del Consejo, de 7 de mayo de 2024 sobre las normas relativas a los organismos de igualdad en el ámbito de la igualdad de trato entre las personas con independencia

3 Directiva 2024/1499 del Consejo, de 7 de mayo de 2024 DOUE núm. 1499, de 29 de mayo de 2024, páginas 1 a 14.

de su origen racial o étnico, la igualdad de trato entre las personas en materia de empleo y ocupación con independencia de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y la igualdad de trato entre mujeres y hombres en materia de seguridad social y en el acceso a bienes y servicios y su suministro, y por la que se modifican las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE. Su finalidad es establecer unos requisitos mínimos en materia de igualdad en el ámbito laboral, que tendrán aplicación en el funcionamiento de los organismos de igualdad nacionales. Este campo desde luego es objeto de reciente cultivo y está en proceso de producción de una manera aún embrionaria, pero los pasos suponen un claro avance en materia de igualdad real.

La sentencia objeto de comentario ha de ser puesta de relieve en el contexto del país en el que se enjuician los hechos, partiendo de una normativa interna muy limitada en el ámbito de la intimidad en relación a las conductas privadas de los empleados, legislación que por fortuna, no tenemos en el ámbito español. Aún a pesar de lo anterior, se establece que la orientación sexual está protegida por el artículo 14 CEDH y que cualquier diferencia de trato basada en la orientación sexual necesita «razones particularmente convincentes e importantes» para ser justificada. Además, las diferencias de trato basadas exclusivamente en la orientación sexual son inadmisibles. En las situaciones indemnizables en los supuestos derivados de situaciones de discriminación, la finalidad es clave en una verdadera consecución del derecho a una igualdad de oportunidades, por lo que se deben conceder indemnizaciones que van más allá de la reparación del daño con una finalidad ejemplarizante, una partida cuya propósito es desalentar a otros empresarios de la realización de conductas antijurídicas, cabe preguntarse si diez años después de los hechos y la cantidad de la indemnización supone una cantidad ejemplar.