COMENTARIOS

Sentencia del Tribunal Constitucional 67/2022, de 2 de junio

El trato discriminatorio por identidad de género vulnera el art. 14 CE

Agosto 2022

(Nº 73)

SERVICIO DE ESTUDIOS UGT

CONTENIDO

- Antecedentes
- Análisis
- Comentarios sindicales

El Pleno del Tribunal Constitucional dictó el pasado 2 de junio Sentencia[1] por la que resuelve el recurso de amparo núm. 6375-2019 sobre supuesta vulneración de la prohibición de discriminación por identidad sexual y del derecho a la propia imagen.

El Tribunal considera de especial trascendencia constitucional la cuestión planteada porque le permite sentar doctrina sobre un problema, relativo a un derecho fundamental, que no ha sido suficientemente tratado.

Siendo la primera ocasión en la que se plantea una denuncia de discriminación laboral por razón de identidad de género, entra a definir si dicha identidad de género puede dar lugar a discriminación de las prohibidas por nuestra Constitución y el impacto que conlleva en la carga de la prueba.

Antecedentes

- La persona recurrente en amparo y la empresa belga Rhea System, S.A., suscribieron un contrato de trabajo en España, para prestación de servicios por cuenta de la empresa a partir del 7 de enero de 2013. El contrato de trabajo estaba sujeto a un período de prueba de seis meses.

- A lo largo de los algo más de cuatro meses en que se mantuvo la relación laboral, la persona trabajadora acudía a su centro de trabajo vistiendo unos días pantalón y otros días falda. En una determinada ocasión acudió a trabajar con una ropa (un pantalón corto o una falda corta) que la directora de recursos humanos consideró inapropiada, razón por la que le pidió que regresara a su casa y se vistiera correctamente. A raíz de ello, el recurrente en amparo se ausentó y no regresó al lugar de trabajo ese día.

- En el mes de febrero de 2013, el trabajador mantuvo una entrevista con el director general de la empresa y con la directora de recursos humanos. En dicha reunión se trataron cuestiones de corrección en las relaciones con los clientes y, en el curso de la misma, el director general le pidió que vistiera de forma más correcta, pero sin exigirle que llevase falda o pantalón.

- El 16 de mayo de 2013, y con efectos a partir de ese mismo día, la empresa contratante dio por finalizada la relación laboral, alegando la no superación del período de prueba pactado en el contrato de trabajo.

- El 1 de julio de 2013, tras intento de conciliación previa sin efecto ante el SMAC, el trabajador presentó demanda sobre tutela de derechos fundamentales y petición de daños y perjuicios, contra la empresa Rhea System, S.A.

- En dicha demanda se interesó que se dictase sentencia declarando la nulidad del despido y procediendo a la readmisión de la persona trabajadora en su puesto de trabajo, con abono de los salarios de tramitación, y la cantidad de 10.000 € por daños materiales (gastos de viaje, pérdida de la fianza del alquiler de la vivienda y mudanzas

[1] https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-11083

efectuadas) y otros 50.000 € por la reparación de los daños morales. En la demanda se asegura que "el despedido *(sic)* fue orden directa del director general de la compañía y que el demandante entiende que tal despido es nulo al obedecer exclusivamente a mi condición de transgénero". El 3 de febrero de 2014, se dicta por el juzgado de lo Social nº 2 de Madrid, sentencia desestimatoria de las pretensiones contenidas en la demanda, al entender que las quejas del demandante no habían sido acreditadas ni siquiera de modo indiciario.

- Recurrida en suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid resolvió, en sentencia de 20 de enero de 2015, anular la resolución de instancia, para que se practicase como diligencia final la prueba testifical de la directora de recursos humanos en la fase de contratación. Esta prueba había sido solicitada por la parte demandante y no se había realizado en el acto del juicio oral. El Tribunal Superior de Justicia consideraba esta prueba testifical imprescindible, en tanto habría sido la testigo quien dio la orden de cambio de indumentaria al demandante en el momento del incidente al que se vincula el cese, y además había participado en la reunión con el director general de la empresa en que se trató este tema.

  Mediante sentencia de 10 de octubre de 2017, el Juzgado desestimó las peticiones del trabajador, por entender que: i) no consta que se le prohibiese acudir a reuniones, actos u otros eventos empresariales, aun cuando la empresa conocía que ocasionalmente vestía con falda; ii) si la empresa hubiera deseado evitar que usara esa prenda (falda), habría impartido órdenes o instrucciones sobre forma de vestir dentro de la empresa (por ejemplo, obligación de llevar traje de chaqueta, etc.), o habría especificado criterios de vestir para hombres y mujeres, o implantado criterios de uniformidad. Medidas que nunca fueron adoptadas por la parte empresarial.

- Se interpuso recurso en suplicación, resolviendo la Sección Tercera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en fecha 24 de julio de 2018, mediante sentencia denegatoria de la demanda y confirmatoria de la de instancia. Concluye el TSJ que la empresa había justificado su decisión extintiva sobre la base de motivos ajenos a cualquier discriminación, cuales son la reorganización y la falta de satisfacción con su trabajo y su impuntualidad, resaltando que la empresa consintió que usara falda, por lo que debía descartarse que esta práctica y su condición de transgénero, hubiesen sido la causa de su cese en periodo de prueba, desestimándose el recurso.

- Frente a la anterior sentencia se anunció y formalizó recurso de casación en unificación de doctrina, que fue inadmitido por el Tribunal Supremo, mediante auto de 11 de julio de 2019, al entender inexistente la contradicción entre la recurrida y la sentencia de contraste aportada.

- La demanda de amparo impugna todas las resoluciones judiciales de instancia, por no reconocerse el carácter discriminatorio de la decisión empresarial de finalizar el contrato de trabajo. El demandante considera vulnerados los artículos 9.3, 14 y 18.1 de la Constitución Española, los artículos 14 del Convenio de Roma y artículos 1, 3, 7,

19 y 29 de la Declaración Universal de los derechos humanos. Subyace una determinada imagen del recurrente que mostraba una condición sexual distinta a la deseada por la empresa.

Análisis

En primer lugar, y aunque ninguna de las partes intervinientes lo haya puesto en duda, el TC pone de manifiesto la **especial trascendencia que concurre** en este caso. A tal efecto, cita tanto el objetivo de "*profundizar en el cumplimiento de las exigencias de seguridad jurídica que se desprenden de lo previsto en la sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 20 de enero de 2015", como "explicar las razones que llevan al Tribunal Constitucional a dotar de contenido jurisprudencial, en esta sentencia, determinados conceptos que, hasta el momento, no habían sido tratados adecuadamente*".

Al ser la **primera ocasión en que se plantea una denuncia de discriminación laboral por razón de la identidad de género**, la sentencia debe **definir si este elemento se integra o no dentro de las categorías sospechosas de ser discriminatorias del art. 14 CE**, y cómo esa identificación puede tener **impacto en la prueba de la discriminación**, con especial atención a esa prueba en el **marco de las relaciones laborales**.

Es un problema sobre el que no hay doctrina del TC, aunque exista sobre el derecho a no padecer discriminación (art. 14 CE). Falta una construcción jurídica específica sobre las nociones de sexo y de género pues, hasta ahora, la referencia se realiza indistintamente a uno y otro concepto, sin dotarlos de un contenido específico y teniéndolos por sinónimos.

Lo primero que se plantea el TC es efectuar una **aclaración conceptual que distinga entre discriminación por razón de sexo, discriminación por razón de identidad de género y discriminación vinculada a la expresión de género**, para luego **verificar si la realidad queda cubierta o no por la cláusula antidiscriminatoria del art. 14 CE**., y **examinar si hay garantías para preservar el principio de igualdad en el seno de las relaciones privadas**, siendo **clave el principio de inversión de la carga probatoria**.

Por tanto, la resolución judicial aborda la definición de aquellos conceptos que son relevantes y previos al análisis del caso objeto de amparo.

1.- Nociones de sexo y género

Sexo y género no son mutuamente excluyentes, pero tampoco son sinónimos, de modo tal que su traslación al ámbito jurídico exige asumir la diferencia existente entre ambos.

El sexo, que permite identificar a las personas como seres vivos femeninos, masculinos o intersexuales, viene dado por una serie compleja de características morfológicas, hormonales y genéticas, a las que se asocian determinadas características y potencialidades físicas que nos definen. Características como, por ejemplo y sin ánimo de formular una descripción exhaustiva, los genitales internos y externos, la estructura

hormonal y la estructura cromosómica (características primarias) o la masa muscular, la distribución del vello y la estatura (características secundarias). Estos caracteres biológicos, que pueden no ser mutuamente excluyentes en situaciones estadísticamente excepcionales, como las que se dan en las personas intersexuales, tienden a formular una clasificación binaria, y solo excepcionalmente terciaria, de los seres vivos de la especie humana.

El género se conecta a las realidades o características biológicas, no se identifica plenamente con estas, sino que define la identidad social de una persona basada en las construcciones sociales, educativas y culturales de los roles, los rasgos de la personalidad, las actitudes, los comportamientos y los valores que se asocian o atribuyen, de forma diferencial, a hombres y mujeres, y que incluyen normas, comportamientos, roles, apariencia externa, imagen y expectativas sociales asociadas a uno u otro género. Mientras que el sexo se vincula a la concurrencia de una serie de caracteres físicos objetivamente identificables o medibles, los caracteres asociados al género son relativos y coyunturales y pueden variar de una sociedad a otra y de uno a otro tiempo histórico.

2.- Orientación sexual, identidad de género y expresión de género

Además de ser condiciones personales, son elementos vinculados fundamentalmente con el derecho a desarrollar una determinada vida privada y familiar.

La orientación sexual es la preferencia por establecer relaciones afectivas con personas de uno u otro sexo.

La identidad de género es la identificación de una persona con caracteres definitorios del género que pueden coincidir o no hacerlo con el sexo que se le atribuye, en virtud de los caracteres biológicos predominantes que presenta desde su nacimiento. Esta denominación genérica engloba las situaciones en que se produce una modificación del aspecto del cuerpo o de funciones fisiológicas por medios médicos o quirúrgicos; las situaciones en que se produce una modificación registral o un reconocimiento público de esa identidad; e incluso las situaciones en que, sin que exista transición física o jurídica en sentido estricto, se manifiesten otras expresiones de género como una adopción de vestimenta, habla, gestos o comportamiento propios del género con el que se identifica la persona, independientemente del sexo biológico identificado en esa persona.

Expresión de género se vincula estrechamente al derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE), como lo hacen la imagen física en términos generales, la voz o el nombre de las personas, definidos como atributos característicos, propios e inmediatos de una persona, y como cualidades "definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona"[2]. Como señala el Tribunal: "*el derecho a la propia imagen integra no solo el control sobre su captación y reproducción, sino también la facultad de definición de esa imagen que nos identifica y nos hace reconocibles frente a los demás, como forma de expresión, además, del libre desarrollo de nuestra*

[2] STC 117/1994, de 25 de abril.

personalidad y de la materialización del respeto a la dignidad de que somos titulares como seres humanos (art. 10.1 CE)".

Es "*el modo en que una persona exterioriza su género, en el contexto de las expectativas sociales, en relación con el modo de vestir, el uso de uno u otro nombre o pronombre, el comportamiento, la voz o la estética, forman parte integrante del derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE)*".

La identidad de género es una circunstancia que tiene que ver con el libre desarrollo de la personalidad, íntimamente vinculada al respeto de la dignidad humana (art. 10.1 CE), y este rasgo de la identidad, cuando no se ajusta a parámetros hetero-normativos clásicos, es decir, allí donde identidad de género y sexo de la persona no son absolutamente coincidentes, puede hacer al individuo acreedor de una posición de desventaja social históricamente arraigada, de las que prohíbe el art. 14 CE.

Es importante señalar que art. 14 CE no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación (STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 6). Un criterio, el de la ampliación de protección a la identidad de género, compartido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como se argumenta en la sentencia.

Así pues, al igual que con el resto de los motivos expresamente prohibidos por el art. 14 CE, también debe declararse la ilegitimidad constitucional de los tratamientos discriminatorios cuyo factor determinante aparece fundado en la identidad de género.

3.- La interdicción de discriminación por razón de identidad de género en el ámbito laboral

La vulneración del art. 14 CE en el marco de las relaciones laborales y el reparto de la carga de la prueba en estos supuestos, puede ser aplicada cuando la causa sospechosa de haber provocado una actuación discriminatoria por parte del empleador, tenga que ver con la identidad de género del trabajador.

Entiende el Tribunal que, en el marco normativo del Derecho de la Unión -de referencia obligada cuando se examinan cuestiones de igualdad de trato en el ámbito laboral-, *"se considera que 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, se aplica también la discriminación por motivos de identidad de géner*o".

Pero ni en la transposición de esta norma, ni en la de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, se recoge el derecho a no sufrir discriminación por razón de identidad de género en el ámbito laboral.

Ello no impide que se pueda **ampliar el ámbito de protección de las Directivas**, al estar en presencia de un **derecho fundamental, contenido en los arts. 21 CDFUE, 14 CEDH y 14 CE**.

En cuanto al **ámbito de las relaciones laborales**, la aplicación del principio de igualdad no resulta excluida, pero se encuentra sometida a una 'importante matización' debido al principio de autonomía de la voluntad.

Partiendo de la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales no sean desconocidos bajo la cobertura formal del ejercicio de derechos y facultades, la doctrina constitucional consolidada reconoce «*la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad solo aparente del acto litigioso» (STC 104/2014, de 23 de junio, FJ 7).* De esa dificultad deriva la doctrina sobre la inversión de la carga de la prueba y la prueba indiciaria.

La STC 51/2021, de 15 de marzo, sostuvo que cuando el recurrente alega una discriminación prohibida por el art. 14 CE aportando indicios racionales de discriminación, **la carga probatoria** se invierte, y es a la empleadora a quien corresponde la obligación de rebatir los indicios justificando que su actuación fue absolutamente ajena a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales.[3]

Incluso si dicha **intencionalidad discriminatoria** no existe, corresponde también al empleador probar que la vulneración que se le atribuye no represente objetivamente actos contrarios a la prohibición de discriminación.[4]

4.- Aplicación de los criterios expuestos al supuesto concreto

El punto de partida para examinar el caso del que se trata, es la autodefinición por la persona recurrente en amparo en sus escritos, principalmente en la demanda de instancia, como persona transgénero, -cuestión no controvertida en la vía judicial previa por ninguna de las partes intervinientes en la misma- de modo que la discriminación que denuncia es una discriminación por razón de su identidad de género.

Ello significa que el TC analiza el supuesto de hecho objeto del recurso de amparo a la luz de la **interdicción de discriminación en el ámbito laboral por razón de identidad género (ex art. 14 CE), que supone la aplicación del principio de inversión de la carga probatoria**, **en tanto exista una prueba indiciaria** que sostenga la denuncia.

Esta justificación de indicios es necesaria también cuando se está ante un **cese en periodo de prueba**, sin perjuicio de que en esta situación el margen de actuación del empleador sea más amplio.

Como recuerda la STC 17/2007, «*incumbe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate. Para ello, es preciso que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia…".*

[3] Entre otras, SSTC 17/2007, de 12 de febrero y 173/2013, de 10 de octubre.
[4] STC 233/2007, de 5 de noviembre.

En este caso, ese indicio existía "*desde el momento en que se había producido un conflicto en el seno de las relaciones laborales entre la persona recurrente en amparo y una de sus responsables directas, que ninguna de las dos partes negó, y que habría estado relacionado con la apariencia en el modo de vestir de la persona empleada*".

Sin embargo, de las pruebas que fueron practicadas se concluye que la causa del despido no fue la identidad de género de la persona recurrente en amparo, ni la expresión externa de esa identidad de género. Existían **otras causas que podrían haber justificado el cese del contrato en periodo de prueba**: razones de reorganización interna y falta de satisfacción de la contratante con la prestación de actividad laboral del recurrente en amparo.

Sostiene el Tribunal que el trabajador no hacía gala de una puntualidad exquisita, ni se adaptó bien a la forma de trabajar en equipo de la empresa, y la empresa no estaba satisfecha de algún resultado de su trabajo, por lo que se justificaba que fuera el primer candidato a ser despedido, con independencia de su identidad de género o de que ocasionalmente vistiera falda en su lugar de trabajo.

Habiendo aportado indicios racionales de discriminación por motivo de identidad de género, la empresa demandada los ha rebatido adecuadamente. No queda probado que existiera un conflicto o prohibición expresa de portar falda, o de portar pantalón, indistintamente, con lo que no parece que la empresa hubiera establecido límites a la expresión de género ni del recurrente ni de ninguna persona empleada, por lo que no cabe entender que exista un trato discriminatorio de la empresa respecto de la expresión externa del derecho a la propia imagen del trabajador.

Para el Tribunal, aunque existió un conflicto puntual en relación con una determinada prenda, en un momento concreto, y sin referencias expresas a la consideración exacta del género que refiere la prenda, no es posible derivar de ese conflicto, con las pruebas practicadas en las diferentes instancias, que existiera una limitación constitucionalmente inadmisible del derecho a la propia imagen de quien recurre en amparo, que supusiera un trato discriminatorio respecto de otras personas trabajadoras de la empresa.

En definitiva, el TC **desestima el recurso de amparo** interpuesto por el trabajador y **rechaza que haya concurrido la lesión tanto del art. 14 CE, en su vertiente de la interdicción de discriminación de las personas por razón de su identidad de género, como del derecho a la propia imagen del art. 18.1 CE, en su vertiente del derecho a la expresión de género** en condiciones de igualdad y sin posibilidad de sufrir discriminación por las causas contenidas en el art. 14 CE.

Comentarios sindicales

Las ideas preconcebidas sobre el aspecto y la conducta que supuestamente han de tener una mujer y un hombre pueden provocar discriminaciones prohibidas por nuestra Constitución y por la normativa europea.

En el ámbito laboral, la percepción de no conformidad con la llamada *hetero-normatividad*, causa discriminación, acoso y exclusión del mercado laboral, cuando nadie debe ser condenado a la exclusión laboral por su identidad, expresión u orientación sexual.

Precisamente debido a esos prejuicios tan arraigados socialmente, que refiere la STC, se derivan discriminaciones que confrontan con el derecho a la igualdad del art. 14 CE. Las personas trabajadoras lesbianas, gays, bisexuales, transexuales y transgénero están en riesgo permanente.

Hemos de recordar que, en un Estado social y democrático de Derecho, el derecho a la igualdad no consiste meramente en una exigencia formal de trato equitativo, sino en una exigencia material de tutela que garantice la efectividad sustancial de la igualdad entre los individuos y los grupos, y que remueva los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.

Y para remover esos obstáculos, es absolutamente ineludible que se implementen todas las garantías jurídicas que sean necesarias, a través de la norma y de la jurisprudencia, construyendo conceptos jurídicos que puedan ser directamente invocados en defensa de quienes han visto vulnerados sus derechos.

Así lo ha entendido esta vez el Tribunal Constitucional que, en Pleno, acordó admitir a trámite el recurso de amparo que plantea una persona trabajadora que se autodefine como transgénero, porque considera que el objeto de la controversia era un problema sobre el que no había doctrina constitucional y, por lo tanto, tenía especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC).

Si bien es cierto que existe abundante jurisprudencia y doctrina relativa a la prohibición de discriminación contenida en el art 14 CE, hasta la fecha no se había planteado ninguna denuncia sobre discriminación laboral por razón de la identidad de género.

Esa es la gran relevancia de esta resolución judicial, pues, aunque desestima las pretensiones del trabajador y sostiene que el cese de la persona recurrente no puede calificarse de nulo, **por primera vez afirma que debe declararse la ilegitimidad constitucional de los tratamientos discriminatorios cuyo factor determinante aparece fundado en la identidad de género**. O, lo que es lo mismo, que esta causa se integra dentro de las categorías sospechosas de ser discriminatorias que recoge el art. 14 CE, artículo que, deja bien claro la sentencia, no contiene una lista cerrada de supuestos discriminatorios.

El segundo motivo por el que la sentencia adquiere gran importancia, es que **por primera vez se realiza una construcción jurídica específica sobre las nociones de sexo y de género, y de expresión de género e identidad de género**. El propio Tribunal argumenta que, junto con la jurisprudencia, ni el legislador estatal, ni el autonómico han dotado a estos conceptos de contenido propio. Se han tenido por sinónimos, intercambiando los términos de forma indistinta.

Estamos, por tanto, ante una sentencia fundamental, que contiene un claro y contundente mensaje contra las conductas discriminatorias que se ejercen hacia personas LGTBI.

Dicho todo lo anterior, hemos de recordar que esta sentencia se dicta el pasado 2 de junio, publicándose en el BOE del 4 de julio de 2022. Posteriormente, el 14 de julio entró en vigor la *Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación*. Esta norma establece en el apartado 1 de su artículo 2 "el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación con independencia de su nacionalidad, de si son menores o mayores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal. Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, **orientación o identidad sexual, expresión de género,** enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

Como señalamos en el análisis que realizamos sobre la misma[5], la ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación tiene carácter ordinario. Los derechos reconocidos en el texto normativo no tendrán la consideración de fundamentales, en el sentido estrictamente jurídico, pues algunos de dichos derechos no han sido incluidos en los reconocidos en el Capítulo II, Sección 1ª, del Título I de la Constitución.

Un escollo salvado desde el momento en que el TC afirma que, al amparo del art 14 CE, debe declararse la ilegitimidad constitucional de los tratamientos discriminatorios fundados en la identidad de género.

A partir de ahora, esperamos que se asienten jurisprudencialmente, de modo reiterado, los argumentos jurídicos esgrimidos por el TC.

Desde el punto de vista sindical, se mantiene la necesidad de continuar actuando para que los derechos de las personas LGTBI^{+} sean una prioridad en la negociación colectiva.

Los convenios deberían establecer medidas dirigidas tanto a mejorar la empleabilidad de estas personas, a garantizar la igualdad en los procesos de selección y contratación y en los de promociones y ascensos, como a prevenir y erradicar todo acoso basado en la orientación sexual e identidad y/o expresión de género.

Es cierto que este tema trasciende el ámbito laboral y es preciso que la sociedad tome conciencia sobre la necesidad de eliminar cualquier atisbo de discriminación. Pero no lo es menos que las empresas también deben plantearse que para tener centros de trabajo inclusivos, en los que impere el respeto, es imprescindible erradicar la LGTBIfobia.

[5] https://servicioestudiosugt.com/analisis-de-la-ley-15-2022-integral-para-la-igualdad-de-trato-y-la-no-discriminacion-12-de-julio/

Las Sentencias son parte del derecho vivo en nuestro país. En esta colección, comentamos de manera sencilla y clara las consecuencias de resoluciones judiciales de importancia, con un ánimo crítico y valorativo

UGT