



LOS TRATAMIENTOS DISCRIMINATORIOS
CUYO FACTOR DETERMINANTE SE FUNDA
EN LA IDENTIDAD DE GÉNERO VULNERAN EL ART. 14 CE*
Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional
Sentencia 67/2022, de 2 de junio de 2022
Ponente: María Luisa Balaguer Callejón

Icíar Simancas Méndez
Servicio de Estudios de la Confederación UGT
María Higinia Ruiz Cabezón**
Servicio de Estudios de la Confederación UGT

1. INTRODUCCIÓN

Abordamos en este trabajo un tema que en palabras del propio Tribunal Constitucional (TC) no había sido suficientemente tratado: la discriminación laboral por razón de identidad de género. Una cuestión de especial trascendencia constitucional que se plantea por primera vez, permitiendo que el TC ahonde en si la identidad de género puede dar lugar a discriminación de las prohibidas por nuestra Constitución y en cuál es el impacto que conlleva en la carga de la prueba, al tiempo que realiza una construcción jurídica específica sobre las nociones de sexo y de género, de expresión de género e identidad de género.

Además, deja claro que el art. 14 CE no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación.

2. SUPUESTO DE HECHO

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. Dicho contrato 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, unos días vestía 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, ese día el recurrente en amparo se ausentó y no regresó al lugar de trabajo.

* Recibido el 26 de septiembre de 2022. Aprobado el 17 de noviembre de 2022.

** Coordinadora del Área Jurídica.

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 la que trataron cuestiones de corrección en las relaciones con los clientes pidiéndole el director general que vistiera de forma más adecuada, 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 la que solicitaba que se dictase sentencia declarando la nulidad del despido por entender que obedecía exclusivamente a su condición de transgénero, así como la readmisión 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 efectuadas) y otros 50.000 € por la reparación de los daños morales.

El 3 de febrero de 2014 se dicta por el juzgado de lo Social n.º 2 de Madrid sentencia desestimatoria de las pretensiones contenidas en la demanda al considerar que las quejas del demandante no habían sido acreditadas ni siquiera de modo indiciario. Re-
currida 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, prueba solicitada pero no realizada y considerada imprescindible por el Tribunal Superior de Justicia.

En 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.

Interpuesto recurso en suplicación, la Sección Tercera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencia de 24 de julio de 2018, confirmó la de instancia.

Anunciado y formalizado recurso de casación en unificación de doctrina, fue inadmitido por el Tribunal Supremo, mediante auto de 11 de julio de 2019, al no existir 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 —en la que subyace determinada imagen del recurrente que mostraba una condición sexual distinta a la deseada por la empresa— considerando que se han vulnerado 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.

3. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

El TC procede en primer lugar a realizar una aclaración conceptual para distinguir entre discriminación por razón de sexo, discriminación por razón de identidad de género y discriminación vinculada a la expresión de género, de manera que le permita 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.

Así, considera que, si bien sexo y género no son mutuamente excluyentes, tampoco son sinónimos. 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, pero en situaciones estadísticamente excepcionales pueden no ser excluyentes (personas intersexuales). El género no se identifica plenamente con características biológicas, sino que define la identidad social de una persona basada en las construcciones educativas y culturales de los roles, que pueden variar de una sociedad a otra y de uno a otro tiempo histórico.

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 con el sexo que se le atribuye, y la 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.

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 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.

El TC aclara que el art. 14 CE no contiene una lista cerrada de supuestos de discriminación —siguiendo el criterio de la ampliación de protección a la identidad de género manifestado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia

de la Unión Europea—, y, 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.

En el marco de las relaciones laborales, entiende el TC que la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, se aplica también a la discriminación por motivos de identidad de género. Sin embargo, ni en transposición de esta Directiva ni en la de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, la transposición efectuada en nuestro derecho se recoge el derecho a no sufrir discriminación por razón de identidad de género en el ámbito laboral, lo que 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.

La aplicación del principio de igualdad, tratándose de relaciones laborales, se encuentra sometida al principio de autonomía de la voluntad, generando importantes dificultades que, como recuerda el TC, han dado lugar a la doctrina sobre la inversión de la carga de la prueba y la prueba indiciaria. Cuando se alega una discriminación prohibida por el art. 14 CE y se aportan indicios racionales de discriminación, la carga probatoria se invierte, correspondiendo a la empleadora la obligación de rebatir los indicios y justificar que su actuación fue absolutamente ajena a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales. Incluso si la intencionalidad discriminatoria no existe, le corresponde probar que la vulneración que se le atribuye no representa objetivamente actos contrarios a la prohibición de discriminación.

Para el examen del caso concreto, el TC parte de la autodefinition que realiza en sus escritos la persona recurrente en amparo como transgénero y lo analiza a la luz de la interdicción de discriminación en el ámbito laboral por razón de identidad de 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. Esa justificación de indicios es necesaria también si el cese se produce en periodo de prueba, con independencia de que el margen de actuación del empleador sea más amplio. Y en este caso el indicio existía desde el momento en que se había producido un conflicto relacionado con la apariencia en el modo de vestir de la persona empleada.

Sin embargo, de las pruebas 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. Entiende el TC que la empresa demandada ha rebatido adecuadamente los indicios racionales de discriminación por motivo de identidad de género que se aportaron.

Existían otras causas que podrían justificar 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. 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.

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.

4. LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA CITADAS

Artículos 9.3, 14, 17 y 18.1 de la CE; art. 50.1 LOTC sobre especial trascendencia constitucional. Artículo 14.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Artículo 181.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

Artículos 14 del Convenio de Roma y artículos 1, 3, 7, 19 y 29 de la Declaración Universal de los derechos humanos; art. 21 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea; art. 13 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, que faculta a la Unión Europea para aprobar leyes de lucha contra la discriminación por motivos de orientación sexual; Directiva 2000/78/CE, y Convenio núm. 111 de la Organización Internacional del Trabajo sobre discriminación (empleo y ocupación) de 1958; 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, que protege, junto a otros colectivos susceptibles de ser marginados o discriminados, a las personas gays, lesbianas, bisexuales y transexuales.

Son numerosas las Sentencias que se citan, entre ellas, sobre el derecho de las personas transgénero al desarrollo personal y a la seguridad física y moral, SSTEDH Van Kück c. Alemania, de 12 de septiembre de 2003; Schlumpf c. Suiza, de 8 de enero de 2009; Y.Y. c. Turquía, de 10 de marzo de 2015; sobre la propia imagen y apariencia física; Gough c. Reino Unido, de 28 de octubre de 2014;

S.A.S. c. Francia, de 1 de julio de 2014; sobre inclusión de la identidad de género entre características protegidas por el art. 14 CEDH, asunto Hämäläinen c. Finlandia, de 16 de julio de 2014; sobre inversión de la carga de la prueba, STJUE de 19 de abril de 2012, C-415/10, STC 51/2021, de 15 de marzo; sobre supuestos de cese durante el período de prueba que puedan producir resultados inconstitucionales, SSTC 94/1984, de 16 de octubre; 166/1988, de 26 de septiembre, y 17/2007, de 12 de febrero; sobre finalidad del período de prueba SSTS de 6 abril 1984, 6 julio 1990 y 27 marzo 1991; sobre instrucciones en relación a la forma de vestir dentro de la empresa STS de 23 de enero de 2001, recurso 1851-2000.

CONCLUSIONES

El TC por primera vez declara la ilegitimidad constitucional de los tratamientos discriminatorios cuyo factor determinante aparece fundado en la identidad de género, entendiendo que los comportamientos discriminatorios basados en alguno de los factores que se mencionan en el art. 14 CE lo son a modo de listado enunciativo y no cerrado.

También por primera vez realiza una construcción jurídica específica sobre las nociones de sexo y de género, y las de expresión de género e identidad de género.

Se trata de una sentencia fundamental, con claro y contundente mensaje contra las conductas discriminatorias que se ejercen hacia personas LGTBI.