



# Discriminación por razón de identidad de género y expresión de género: doctrina del Tribunal Constitucional

por Óscar Requena Montes

## 1. Introducción

Como coordinador del presente número, permítanme dedicar unas palabras a justificar brevemente el motivo de la elección del tema elegido. Los avances, de mayor o menor calado, conseguidos en la lucha contra la discriminación a partir de disposiciones legislativas relativamente dispersas, resoluciones judiciales de distintos órganos judiciales y una serie de estrategias y documentos políticos<sup>1</sup>, entre otros factores, han cristalizado, en España, en la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Una Ley que, de forma deliberada -y sorprendentemente- no tiene la naturaleza de Ley Orgánica, pero sí tiene un carácter integral desde el punto de vista subjetivo y objetivo, siendo su *ratio legis* la de “crear un instrumento eficaz contra toda discriminación que pueda sufrir cualquier persona y que aborde todos los ámbitos desde los que esta se pueda producir, acogiendo la concepción más moderna de los derechos humanos” (Apartado II del Preámbulo de la norma).

Y ello, por un lado, siendo conscientes de que, tal y como resalta María José Asquerino en su contribución a este número, las causas de discriminación no constituyen un listado estático y permanente, sino dinámico y cambiante. De hecho, la referida norma legal expresa dicha idea al reconocer que, si bien se ha intentado dar cobertura a las diferentes causas y modalidades de discriminación, algunas discriminaciones “están por venir”. Y, por otro lado, admitiendo que el camino recorrido, en general, en la teorización en materia discriminatoria debe reflejarse en institutos jurídicos que garanticen la eficacia del derecho antidiscriminatorio, entre ellos el relevante instrumento de la inversión de la carga de la prueba -sobre la que se incidirá más adelante- o el deber de realizar ajustes razonables, que protagoniza el artículo firmado por Vanessa Cordero.

Pues bien, habiéndose apuntado por parte de Antonio Fernández algunos de los diversos avances tecnológicos -la Inteligencia Artificial, la geolocalización...- que afectan a la discriminación y el modo en que lo puede hacer -agudizándola, previniéndola, reduciéndola...- y tras analizarse otras “novedosas” (al menos en su positivización y desarrollo legal y jurisprudencial) causas discriminatorias, como la enfermedad (a cargo de Eurne Terradillos) o la situación

---

<sup>1</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Unión de la Igualdad: Estrategia para la Igualdad de las Personas LGBTIQ 2020-2025*, COM/2020/698 final, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2020:698:FIN> (última consulta: 31.10.2022).

socioeconómica (por María José Asquerino), las próximas líneas se van a dedicar a otras causas de discriminación, cuales son la identidad sexual o de género y la expresión de género<sup>2</sup>. Tal examen se llevará a cabo, esencialmente, apoyándonos en una interesante sentencia del Tribunal Constitucional, si bien previamente conviene contextualizar mínimamente la situación sociolaboral del colectivo trans.

## 2. Contextualización

La identidad de una persona puede quedar definida por, entre otras muchas características, su identidad sexual o de género. Así, las personas “cis” (cissexuales, cisgénero) se definen como aquellas cuya identidad sexual o de género se corresponde con la del sexo -biológico- que le fue asignado en el momento del nacimiento. Por el contrario, en lo que aquí interesa, el sujeto potencialmente discriminado sería el de personas “trans”, entendido este como un concepto “paraguas” o “denominación omnicomprendensiva de todas aquellas identidades de género que ponen de manifiesto una discrepancia entre esta y el sexo de la persona”<sup>3</sup>. Si bien las identidades trans son más heterogéneas, por ejemplo, a efectos estadísticos han sido clasificadas como mujeres trans, hombres trans, mujeres travesti, hombres travesti, transgénero, no conforme con su género (*gender variant*) y *queer*/otros<sup>4</sup>.

Debido a la ignorancia y falta de empatía de un sector de la sociedad, lamentablemente, este tipo de personas han sufrido y continúan sufriendo violencia física, moral e institucional desde el momento en que muestran al público su identidad trans. En efecto, las tasas de abandono escolar y de homicidio y suicidio es superior a la media entre tales individuos<sup>5</sup>, siendo común en nuestra sociedad y en el ámbito laboral la autosegregación o el ocultamiento preventivo de dicha identidad<sup>6</sup>.

En fin, como puede presumirse, las expectativas laborales de cada individuo trans podrán distar considerablemente en función de sus experiencias vitales, el nivel de estudios alcanzado o el puesto de trabajo que desea ocupar, pero también cabe advertir que, especialmente cuando su apariencia física denota esa incongruencia entre el sexo biológico y el sexo o género sentido (esto es lo que se conocería como “no tener *passing*”), se suelen enfrentar a un escenario laboral mucho más difícil y peligroso que el del común de los ciudadanos y ciudadanas.

Desgraciadamente, no contamos con estadísticas censales ni -mucho menos- de empleo de las personas trans debido a que, a diferencia de la variante “sexo”, la “identidad sexual” no aparece en las estadísticas. Nótese que, tal vez, no se deba tanto al desinterés o la intimidación del dato (considérese aquí la tesitura de la persona intersexual ante la pregunta relativa al sexo), sino por el estigma que cargan las personas trans -y, paralelamente, las personas homosexuales o bisexuales- por culpa de la intolerancia recibida por la sociedad.

---

<sup>2</sup> Ambas recogidas ahora como causas de discriminación en el artículo 2 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

<sup>3</sup> STC (Pleno) núm. 67/2022, de 22 de junio.

<sup>4</sup> FRA, *Ser “trans” en la UE: Análisis comparativo de los datos de la encuesta a personas LGBT en la UE (Resumen)*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2015, p. 3, disponible en [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2015-being-trans-eu-comparative-summary\\_es.pdf](https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2015-being-trans-eu-comparative-summary_es.pdf) (última consulta: 31.10.2022).

<sup>5</sup> Se remite a los datos disponibles en <https://transrespect.org/es/tmm-update-tdor-2021/> (última consulta: 31.10.2022).

<sup>6</sup> IMOP INSIGHTS, *Las personas LGBT en el ámbito del empleo en España: Hacia espacios de trabajo inclusivos con la orientación sexual e identidad y expresión de género*, Instituto de la Mujer para la Igualdad de Oportunidades (IMIO), Madrid, 2017, p. 25 y SÁEZ LARA, C., “Orientación e identidad sexual en las relaciones de trabajo”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, núm. 5, 2022, p. 52, disponible en <https://dx.doi.org/10.12795/TPDM.2022.i5.03> (última consulta: 31.10.2022).

En línea con esta última reflexión y para terminar esta contextualización, sirva recordar que hasta el año 1978 no se despenalizó en España el hecho de ser transexual<sup>7</sup> y que, actualmente, todavía nos encontramos debatiendo el Proyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI<sup>8</sup>, que regula el derecho a la autodeterminación del sexo registral o legal sin necesidad de que la persona se vea obligada a someterse a tratamiento hormonal durante al menos dos años y, por lo tanto, sometida a una dilación indebida para ejercer un derecho vinculado al libre desarrollo de la personalidad.

### 3. Aclaración del marco conceptual desde el criterio del Tribunal Constitucional

La resolución judicial que va a ser objeto de estudio en el presente artículo, esta es, la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional número 67/2022, de 22 de junio, resuelve la cuestión relativa a si resulta discriminatoria por razón de identidad de género o expresión de género una decisión empresarial consistente en extinguir la relación laboral de un trabajador transgénero tras la llegada a término del periodo de prueba teniendo en cuenta que, durante el transcurso de la misma, en una ocasión se produjo un altercado con motivo del tipo de prenda de vestir con la que acudió a trabajar: una falda o pantalón, al parecer, excesivamente corto.

La especial trascendencia constitucional de la cuestión planteada se halla en que versa sobre un problema o faceta de un derecho fundamental cuya doctrina es todavía insuficiente, hasta el punto de reconocerse que “no hay doctrina de este tribunal” respecto a la identidad sexual o de género como posible causa de discriminación, así como tampoco “sobre el derecho a la expresión de género, vinculado con el derecho a la propia imagen y al libre desarrollo de la personalidad”, ni “la cualidad de la imagen física o de la apariencia física, como imagen externa de cada individuo que permiten identificarlo, y menos cuando esa imagen tiene que ver con la expresión de género”. Y ello con independencia de que, por ejemplo, se haya debido pronunciar recientemente sobre el derecho de los menores transexuales a la autodeterminación del sexo y su cambio registral (STC 99/2019, de 18 de julio).

Como bien se plantea en la resolución, debe darse respuesta a tres preguntas básicas: a) si la identidad de género, como elemento característico de las personas, se integra o no dentro de las categorías, recogidas en el artículo 14 de la Constitución, sospechosas de ser discriminatorias; b) con cuál de ellas se identifica adecuadamente, en caso de hacerlo con alguna, y; c) cómo esa identificación pudiese llegar a tener impacto en la prueba de la discriminación, especialmente en el marco de las relaciones laborales.

Para responder a la primera de las cuestiones, se señala que la identidad de género “tiene que ver con la definición y construcción constitucional de sexo y género como categorías jurídicas diversas” y, por lo tanto, alejándose de la “tradicional intercambiabilidad de los términos”, se alinea con el sector mayoritario de la literatura sobre el tema<sup>9</sup> y, tras ofrecer una definición básica de sexo y género, concluye que mientras el sexo “se vincula a la concurrencia de una serie de caracteres

---

<sup>7</sup> En virtud de la Ley 77/1978, de 28 de diciembre, de modificación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social y de su Reglamento, y la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código Penal.

<sup>8</sup> BOCG de 12 de septiembre de 2022. Un examen de su contenido laboral en LUQUE PARRA, M., “Proyecto de ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI: aspectos laborales más relevantes”, *Briefs de la AEDTSS*, 2022, disponible en: <https://www.aedtss.com/proyecto-de-ley-para-la-igualdad-real-y-efectiva-de-las-personas-trans-y-para-la-garantia-de-los-derechos-de-las-personas-lgtbi-aspectos-laborales-mas-relevantes/> (última consulta: 31.10.2022).

<sup>9</sup> *Cfr.*, en contra, BUTLER, J., *El género en disputa: feminismo y la subversión de la identidad*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2007 y GONZÁLEZ-SALZBERG, D. A., *Sexuality and transsexuality under the European Convention on Human Rights: A Queer Reading of Human Rights Law*, Hart Publishing, Oxford, 2019.

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”, de manera que no siendo mutuamente excluyentes, tampoco son sinónimos. En consecuencia, en tono autocrítico, recuerda el máximo intérprete de la Constitución que en su sentencia 99/2019, de 18 de julio, asumió la posible diferencia entre el sexo atribuido originariamente a una persona al nacer y el percibido como propio, pero refiriéndose a este indistintamente como el sexo sentido, el género sentido y la identidad de género sentida como propia.

En la STC 67/2022, se define la identidad de género como “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”. Además, el Tribunal Constitucional se decanta explícitamente por el término “identidad de género” en detrimento del de “identidad sexual” porque aquélla “parece más ajustada a las definiciones sobre sexo y género que han sido expuestas previamente”, si bien no da mayor explicación, más allá de remitir a las definiciones previamente ofrecidas. Se desconoce, por lo tanto, si la elección del Pleno tiene vocación de permanencia o si, por el contrario, se trata de una conclusión referida específicamente al caso discutido, habida cuenta de que estamos ante un supuesto donde el *quid* de la cuestión podría encontrarse en la expresión de género; concretamente, en la manifestación de su condición de persona transgénero a través de la vestimenta.

Sea como fuere, lo realmente importante a efectos jurídicos y constitucionales es que no se duda al identificar la identidad de género como “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)”, ni al afirmar que cuando ese rasgo de la identidad “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”.

Por otro lado, en respuesta a la segunda de las preguntas planteadas, ante la falta de previsión constitucional de la identidad sexual o de género como causa explícita de discriminación (a diferencia, como se ha indicado, de la Ley 15/2022), se opta por acoger la doctrina de aplicación a personas transexuales (STC 176/2008, de 22 de diciembre) y la hace extensiva a las personas trans, en general, aceptando como correcto el encuadre de esta causa en ese *cajón de sastre* que constituye las condiciones o circunstancias personales o sociales; alejándose, al mismo tiempo, de su tratamiento como una cuestión relativa al “sexo”, tal y como lo entendió en una temprana sentencia el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas<sup>10</sup>.

En fin, respecto a la prueba de la discriminación, que conforma la tercera de las preguntas planteadas, comienza el Tribunal advirtiendo, conforme a su doctrina y la del TJUE, que la mera alegación de la pertenencia a un colectivo discriminado no constituye un indicio, sino que es necesario aportar indicios de que la condición o característica (en este caso, la identidad de género o expresión de género) ha sido el detonante causal del conflicto, aclarando que esta regla se aplica también ante un cese en periodo de prueba, como es el caso.

---

<sup>10</sup> STJCE de 30 de abril de 1996, analizada por ALONSO OLEA, M., “El despido de un transexual”, *Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Discurso de ingreso*, p. 243, disponible en <https://www.racmip.es/docs/anales/A74-8.pdf> (última consulta: 31.10.2022) y VICENTE PALACIO, M<sup>a</sup> A., “Transexualidad y contrato de trabajo (Breves consideraciones a propósito de la S.T.J.C.E. de 30 de abril de 1996)”, *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, núm. 67, 1996, pp. 55-61.

Pues bien, se entiende que desde el momento en que se había producido un conflicto en el seno de las relaciones laborales relacionado con la apariencia en el modo de vestir de la persona empleada, y pese a ser un hecho puntual ese altercado, existe prueba indiciaria bastante para invertir la carga probatoria, como garantía de la persona potencialmente discriminada.

En el supuesto, se concluye descartando el carácter discriminatorio de la decisión empresarial extintiva del contrato de trabajo en la medida que la empresa logra desmontar tal presunción al demostrar que: el motivo real del reproche no era el de usar una prenda catalogable de femenina o masculina sino el reducido tamaño de la misma; que dicho reproche, por lo tanto, se le hubiese hecho igualmente a una persona cis; que el trabajador, además, había llegado al trabajo de manera impuntual en varias ocasiones; y que la empresa se encontraba en un proceso de reestructuración que hacía prescindible el puesto de trabajo del demandante.

## **Conclusiones**

Por lo respecta al análisis terminológico anterior, el citado Proyecto de Ley (trans y LGTBIQ) de 2022 se refiere constantemente a la identidad sexual y, en cambio, el Tribunal Constitucional señala que la identidad de género parece más ajustada a las definiciones de sexo y género; mientras tanto, la Ley 15/2022 parece decantarse por el concepto de “identidad sexual” -junto al de “expresión de género o las características sexuales”- como causa de discriminación, pero no desiste de emplear el de “identidad de género” como concepto equiparable. En conclusión, con independencia de cuál sea el término más adecuado, nótese que ninguno de ellos aparece aún como causa de discriminación explícita en nuestra Constitución (aunque, como se ha visto, encaja en la cláusula que abarca “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”). En fin, habida cuenta la incesante modificación de las normas laborales y que el 34% de las personas trans aseguran haber sido discriminadas en el ámbito laboral y un 42% en el acceso al empleo<sup>11</sup>, más llamativo resulta el hecho de que tampoco haya quedado recogido todavía en el Estatuto de los Trabajadores (cuyo artículo 17 prevé, no obstante, el término más ambiguo de “condición sexual”) ni en ninguna otra fuente heterónoma y específica del Derecho Laboral. Quizás vaya siendo hora de actualizar nuestras normas laborales y adaptarlas a una de tantas realidades escondidas o invisibilizadas.

***Óscar Requena Montes***

Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universitat de València

\* Esta publicación se inscribe en el trabajo y resultados del Proyecto de I+D+i PGC2018-094912-B-I00 (VITRAGE), financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y «FEDER Una manera de hacer Europa».

---

<sup>11</sup> Preámbulo del Proyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (BOCG de 12 de septiembre de 2022).