SENTENCIA 67/2022, de 2 de junio (BOE núm. 159, de 04 de julio de 2022)

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por el magistrado don Pedro José González-Trevijano Sánchez, presidente; los magistrados don Juan Antonio Xiol Ríos, don Santiago Martínez-Vares García, don Antonio Narváez Rodríguez, don Ricardo Enríquez Sancho y don Cándido Conde-Pumpido Tourón; la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón; los magistrados don Ramón Sáez Valcárcel y don Enrique Arnaldo Alcubilla, y las magistradas doña Concepción Espejel Jorquera y doña Inmaculada Montalbán Huertas, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY la siguiente SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 6375-2019, promovido por Serge Christian M. Scevenels, quien comparece a través del procurador de los tribunales don Ignacio Gómez Gallegos y del letrado don José Serrano García, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Madrid, de 10 de octubre de 2017 (sentencia núm. 433/2017), la sentencia de 24 de julio de 2018 dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sentencia núm. 568/2018) y contra el auto de 11 de julio de 2019 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (recurso núm. 4416-2018). Ha sido parte la mercantil Rhea System, S.A., y ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón.

I. Antecedentes

1. El día 8 de noviembre de 2019, el procurador de los tribunales don Ignacio Gómez Gallegos, en nombre y representación de Serge Christian M. Scevenels, presentó, en el registro general del Tribunal Constitucional, demanda de amparo contra las resoluciones judiciales a las que se ha hecho mención en el encabezamiento de esta sentencia, por considerar infringidos los artículos 14 y 18.1 de la Constitución.

2. Los hechos en los que se funda el presente proceso de amparo, tal y como se derivan de los hechos declarados probados en las resoluciones de instancia, son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) La persona recurrente en amparo, Serge Christian M. Scevenels, titulada en ingeniería aéreo-espacial, 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 establecía que este se regiría por la legislación laboral española y que estaría sujeto a un período de prueba de seis meses. También se acordó que la empresa podría

requerir, dentro de los límites razonables, que los servicios objeto de contratación se pr en diferentes localizaciones, según las necesidades de la empresa. Inicialmente el domic centro de trabajo se fijaba en las oficinas de la empresa situadas en Wavre (Bélgica), durante el período de prueba de seis meses (del 7 de enero de 2013 hasta el 30 de junio de 2013), y fue en esta sede en la que se prestaron enteramente los servicios profesionales el tiempo en que se mantuvo el contrato. El salario pactado fue de 60 000 € brutos al año, se atribuyó un presupuesto de hasta 5000 € para la mudanza a Wavre, y se produjo el alta en la Seguridad Social española por parte de la empleadora.

b) A lo largo de los algo más de cuatro meses en que se mantuvo la relación laboral, Serge C. M. Scevenels acudía a su centro de trabajo vistiendo unos días pantalón y otros días falda. En una determinada ocasión, a principios de 2013, había acudido 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, quien actúa como recurrente en amparo, se ausentó y no regresó al lugar de trabajo ese día.

c) En el mes de febrero de 2013, Serge C. M. Scevenels 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 a quien recurre en amparo que vistiera de forma más correcta, pero sin exigirle que llevase falda o pantalón. No ha sido probado que en ocasión alguna se le prohibiese vestir con falda.

d) 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 punto tercero del contrato de trabajo suscrito en fecha 7 enero 2013, de conformidad con lo establecido en el artículo 14.1 del Estatuto de los trabajadores”. Se añadía que la empresa había decidido como medida graciable abonarle, dentro de su liquidación, una gratificación correspondiente a siete días de salario bruto.

En el tiempo transcurrido entre la reunión acaecida en febrero de 2013 y el cese de Serge C. M. Scevenels no consta se produjese incidencia ni reproche alguno por su forma de vestir, a pesar de que continuó yendo a trabajar vistiendo falda ocasionalmente.

e) El 1 de julio de 2013, la representación procesal de Serge C. M. Scevenels, tras intento de conciliación previa sin efecto ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, presentó en el decanato de los juzgados de Madrid, demanda sobre tutela de derechos fundamentales y petición de daños y perjuicios, contra la empresa Rhea System, S.A., y contra el Grupo Fes-Moore Stephens Madrid, dando lugar a la incoación de los autos núm. 893-2013 en el Juzgado de lo Social núm. 2 de Madrid.

En dicha demanda se interesó que se dictase sentencia declarando la nulidad del despido y procediendo a la readmisión de Serge C. M. Scevenels en su puesto de trabajo, con abono de los

salarios de tramitación, y la cantidad de 10 000 € por daños materiales (gastos de viaje, [illegible] de la fianza del alquiler de la vivienda y mudanzas efectuadas) y otros 50 000 € en reparación de los daños morales. En la demanda inicial, quien ahora recurre en amparo describe una situación concreta en la que, debido a una visita del director general de la empresa se le pidió que regresara a su casa y se pusiera un pantalón en lugar de la falda que vestía, episodio al que habría seguido una conversación con el director general en el que se habría discutido sobre los derechos de las personas transgénero. En el mismo escrito de 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".

Tras la oportuna tramitación, se dictó por el juzgado providencia de 9 de octubre de 2013, teniendo por dirigida la demanda exclusivamente contra la empresa Rhea System, S.A.

El 3 de febrero de 2014, tras la aportación de la documental pertinente y la realización de vista oral, en que solo se tomó declaración como testigo a Magdalena Mathilda Jennes, directora de recursos humanos al momento del cese, se dicta por el juzgado sentencia desestimatoria de las pretensiones contenidas en la demanda (sentencia núm. 72/2014), al entender el órgano judicial que las quejas del demandante no habrían sido acreditadas ni siquiera de modo indiciario.

f) La sentencia fue recurrida en suplicación (recurso núm. 530-2014) y, en sentencia de 20 de enero de 2015, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid resolvió anular la resolución de instancia, para que se practicase como diligencia final la prueba testifical de Nicola Mann, 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 diese la orden de cambio de indumentaria a la parte demandante en el momento del incidente al que se vincula el cese, y además habría participado en la reunión con el director general de la empresa en que se trató este tema.

g) Practicada como diligencia final, mediante auxilio judicial internacional, la prueba testifical referida, y tras evaluar la competencia de los tribunales españoles para conocer de la demanda planteada [*ex* art. 25 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)], el Juzgado de lo Social núm. 2 de Madrid, dictó la sentencia desestimatoria núm. 443/2017, de 10 de octubre de 2017.

En la sentencia, el juzgado descarta que la causa del cese de Serge C. M. Scevenels tuviera que ver con su forma de vestir, ya que el episodio relacionado con su indumentaria tuvo lugar en febrero y el cese en mayo, no constando en ese tiempo ningún reproche relacionado con esta cuestión, a pesar de que continuara vistiendo falda ocasionalmente. Entiende el órgano judicial que si la causa del cese hubiera sido la alegada por la parte actora "tal cese se habría producido de manera inmediata, sin dejar transcurrir varios meses de prestación de servicios (durante los cuales el actor siguió acudiendo al trabajo ocasionalmente con falda, sin recibir por ello reproche alguno)". Además, sostiene la sentencia que "no se ha puesto de manifiesto de ningún modo la existencia, en el seno de la empresa, de un escenario o panorama general discriminatorio por

razones de género, ni de identidad sexual, ni otras análogas".

La sentencia continúa su argumentación afirmando que, aunque se hubiera apreciado, a los efectos del art. 181.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LJS) "la concurrencia de indicios de discriminación del actor por razones atinentes a su derecho a vestir de una determinada forma o por rechazo a una particular identidad sexual (indicios estos que, como decimos, no son de apreciar), la empresa ha puesto de manifiesto la existencia de motivos de cese ajenos a la lesión de derecho fundamental, como es la falta de satisfacción (subjetiva, como es lo propio del período de prueba) con la prestación de la actividad laboral del actor. Esta insatisfacción fue puesta de manifiesto por la trabajadora superior del demandante en el organigrama empresarial". Y continúa: "Conforme al artículo 14 del Estatuto de los trabajadores, la resolución de la relación laboral podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante el transcurso del período de prueba, y sobre esta base la jurisprudencia viene entendiendo que dentro del período de prueba ambas partes pueden rescindir el contrato de trabajo sin tener que justificar y ni siquiera explicitar los motivos de insatisfacción, pues precisamente el período de prueba está para constatar si el puesto de trabajo y su desempeño son satisfactorios y conformes con las expectativas de las partes contratantes (por todas, sentencias del Tribunal Supremo de 6 abril 1984, 6 julio 1990 y 27 marzo 1991). En este sentido, el hecho de que en la comunicación de cese no se explicitasen por la empresa las concretas razones de insatisfacción motivadoras de la rescisión contractual, no puede operar como indicio a favor de que la causa real de cese sea la sostenida por el actor, pues es la propia norma legal la que establece que en la comunicación de no superación del período de prueba no es preciso explicitar las razones que lleven a la empresa a no considerar superado aquel".

El órgano judicial reconoce que la amplia libertad de rescisión del contrato en periodo de prueba, no admite la vulneración de derechos fundamentales, pero también que es preciso que esa vulneración se ponga de manifiesto siquiera indiciariamente, lo que no sucede en el supuesto de hecho. A mayor abundamiento, y para despejar la existencia de esos posibles indicios, la sentencia sostiene 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 (lo que en principio es lícito, por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2001, recurso 1851-2000). Pero no consta en absoluto y ni siquiera se ha alegado que por la empresa se impartiesen órdenes o instrucciones de esa naturaleza.

h) Esta nueva sentencia fue recurrida en suplicación conformándose el recurso núm. 169-2018, del que conocerá la Sección Tercera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Además de otras alegaciones, en el escrito que interpone el recurso de suplicación, se denuncia

por el cauce del art. 193 c) LJS la interpretación errónea del art. 14 de la Ley del estatuto de los trabajadores (LET), en relación con el art. 14 de la Constitución alegándose que, ante una situación indiciaria de discriminación, se invierte la carga de la prueba, siendo la empresa quien ha de acreditar la inexistencia de la misma. Entiende la parte recurrente que, al haber impuesto la empresa un determinado tipo de vestimenta, se apunta el indicio de trato discriminatorio y, sin embargo, la empresa no ha acreditado que el despido sea por causas ajenas a la discriminación por razón de sexo y asegura que se han de tener por vulnerados sus derechos fundamentales a no sufrir trato discriminatorio y a la libertad sexual.

La suplicación fue desestimada por sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 24 de julio de 2018 (sentencia núm. 568/2018), confirmatoria de la de instancia. Esta resolución añade a los hechos probados, en aplicación de lo previsto en el art. 193 b) LJS y a petición de la parte apelante, el hecho de que "el cese del actor se inscribió en un programa de reorganización de la empresa", cuestión esta incluida en los fundamentos jurídicos de la sentencia de instancia, tras la realización de la prueba testifical realizada a través de auxilio judicial internacional, pero no en el relato de hechos probados.

En el procedimiento resolutorio de la suplicación, el Tribunal Superior de Justicia invoca 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, que protege, junto a otros colectivos susceptibles de ser marginados o discriminados, a las personas gais, lesbianas, bisexuales y transexuales, y en cuyo artículo 10 regula la inversión de la carga de la prueba cuando de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación. En la sentencia se sostiene que "no es necesaria para la inversión que tales alegaciones se prueben, ni por tanto que se practique si quiera prueba al respecto, sino, simplemente que lo alegado por la presunta víctima sea plausible y razonable, correspondiendo al empresario aportar una justificación objetiva y real que las desvirtúe y, en su caso sí, probar suficientemente la existencia de tal justificación y su proporcionalidad". En el mismo sentido se citan el art. 96 LJS y la STC 166/1988, de 14 de octubre, y se recuerda como en el supuesto que resuelve esta última sentencia, se consideró suficiente la afirmación de la trabajadora de que fue su embarazo, que no se cuestiona, lo que determinó la extinción de su contrato en período de prueba, siendo su propia alegación, sin que fuera necesaria prueba alguna por su parte, lo que dio lugar a la inversión de la carga de la prueba y a la declaración de nulidad del despido al no haber justificado el organismo empleador su decisión extintiva en periodo de prueba. En sentido idéntico se cita la STJUE de 19 de abril de 2012, C-415/10.

El órgano judicial traslada esta doctrina al supuesto de hecho, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 17 LET, en el art. 21 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, en el 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, en la Directiva 2000/78/CE, y en el Convenio núm. 111 de la Organización Internacional del Trabajo sobre discriminación (empleo y ocupación) de 1958.

La sentencia sostiene que "incluso a partir de estadísticas que evidencian la discriminación colectivos protegidos por la directiva, existe la presunción de haberse producido discriminación directa o indirecta, cuando quien la alega acredita que pertenece a uno de ellos, entre los que se encuentra el colectivo LGTBI, que tal y como se reconoce en el preámbulo de la Ley 3/2016, de 22 de julio, de protección integral contra la LGTBIfobia y la discriminación por razón de orientación e identidad sexual en la Comunidad de Madrid, ha sido hostigado, criminalizado y marginado durante décadas, teniendo mayores dificultades para acceder y mantener el empleo. En dicho preámbulo esta ley se remite a los Principios de Yogyakarta, sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, ampliamente utilizados por instituciones de todo el mundo con la finalidad de orientar la interpretación y aplicación de las normas del Derecho internacional de los derechos humanos, que establecen unos estándares básicos, para evitar los abusos y dar protección a los derechos humanos de las personas lesbianas, gais, bisexuales y transexuales (LGTB) y marcan claramente como la legislación internacional de derechos humanos protege a las personas LGTB, refiriéndose el 12 de dichos principios al derecho al trabajo".

En relación con el hecho de que el cese se ha producido al terminar el período de prueba, la Sala invoca el art. 14.2 LET interpretado a la luz de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2012 (recurso núm. 2789-2011), que invoca a su vez la doctrina de las SSTC 94/1984, de 16 de octubre; 166/1988, de 26 de septiembre, y 17/2007, de 12 de febrero, estableciendo que se exceptúan de la regla general de libre resolución del contrato, los supuestos de cese durante el período de prueba que puedan producir resultados inconstitucionales, como lo sería la discriminación en el empleo de una mujer embarazada tratada en dichas sentencias.

Partiendo de las consideraciones previas, el Tribunal Superior de Justicia revisa las alegaciones de la parte actora para determinar si de ellas se deduce la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de orientación o identidad sexual, llegando a la conclusión de que esas declaraciones constituyen indicios suficientes para invertir la carga de la prueba. Ahora bien, una vez invertida, el Tribunal Superior de Justicia se somete a los hechos que constan acreditados en el relato fáctico y la fundamentación jurídica a partir de la testifical practicada, para llegar a la conclusión de que la empresa ha 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 el juzgador que la empresa consintió que usara falda, por lo que debe descartarse que esta práctica y su condición de transgénero hayan sido la causa de su cese en periodo de prueba, desestimándose el recurso.

i) 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, notificado el 27 de septiembre de 2019 (recurso núm. 4416-2018).

Entiende el Tribunal Supremo que la sentencia de contraste aportada por la parte [sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 3 de junio de 2015 (recurso núm. 663-2014)] no entra en contradicción con la sentencia impugnada. No se aprecia identidad en los hechos

considerados probados, ni en las pretensiones de las partes, ni en los debates plante resueltos por ambas sentencias. En la sentencia referencial resulta acreditado que la e impuso a una trabajadora la exigencia de ir maquillada, lo que determinó que la Sala apreciara una violación del derecho fundamental de la trabajadora a su propia imagen. Mientras que en la sentencia recurrida, no resulta acreditado que la empresa impusiera una determinada forma de vestir, sino más bien todo lo contrario, ya que la parte actuante acudía unos días a trabajar vistiendo pantalón y otros vistiendo falda, y no consta que en ninguna ocasión se le prohibiese vestir con falda. Por otro lado, en la sentencia recurrida la controversia gira en torno a la existencia de discriminación por razón de orientación o identidad sexual. En la referencial, en cambio, el debate se produce sobre la existencia de violación del derecho fundamental a la propia imagen.

3. En la demanda de amparo se impugnan todas las resoluciones judiciales pronunciadas en la instancia, y que no reconocieron el carácter discriminatorio de la decisión empresarial de no prolongar el contrato de trabajo más allá del período de prueba. La parte recurrente en amparo atribuye a estos pronunciamientos la vulneración de los artículos 9.3, 14 y 18.1 de la Constitución Española, en unión con los artículos 14 del Convenio de Roma y artículos 1, 3, 7, 19 y 29 de la Declaración Universal de los derechos humanos, y considera que en la decisión de no continuación del contrato subyace el hecho de que se proyectaba una determinada imagen que mostraba una condición sexual distinta a la deseada por la empresa.

Argumenta la demanda que, tanto la sentencia del juzgado como la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, han vulnerado los artículos precitados, al haber entendido como justificado en la exclusiva voluntad de la empresa un cese que respondía a un ataque contra los derechos y libertades de la parte actora, concretamente la identidad sexual y su propia imagen. Por lo que hace al auto del Tribunal Supremo, que se limita a denegar la admisión a trámite del recurso de casación sin entrar al fondo de la cuestión, habría que entender que corre la misma suerte que las resoluciones de instancia.

Habiéndose aportado indicios suficientes de que existió discriminación, la empresa hubiera debido justificar de manera más contundente el hecho de que su decisión no estaba relacionada con la identidad sexual de Serge C. M. Scevenels, expresada a través de la vestimenta con la que acudía al trabajo.

Si bien en España la decisión empresarial de despedir a un trabajador es libre (reconociendo la improcedencia del despido), tal libertad tiene coto cuando detrás de esa decisión pudiera esconderse una vulneración de derechos fundamentales. Al igual que una empresa puede despedir a un trabajador sin ofrecer causa justificada, esta decisión debe analizarse con lupa si la persona despedida es una mujer embarazada, o una persona que está disfrutando de reducción de jornada por cuidado de hijos, o que se ha incorporado después del periodo de baja maternal/paternal o incluso si durante el último año el trabajador/a ha ostentado algún tipo de representación de los trabajadores. En estos casos, la decisión empresarial debe someterse a profundo estudio precisamente pare evitar que la voluntad de la empresa sea deshacerse del

personal que le resulta incómodo, cuando este personal cuenta con una especial protección derivada de su condición menos beneficiosa, por tratarse siempre de los colectivos que más perjuicios sufren por parte de los empresarios.

La parte recurrente en amparo entiende que el incidente relativo a su indumentaria, supone la imposición de un límite a la propia imagen que debe relacionarse con el cese sin causa posterior. El hecho de que quien recurre sea una persona transgénero y, por tanto, parte del colectivo LGTBI+, supone que se incluye en una minoría discriminada por su condición sexual, cuya forma de visibilizarse es una extensión propia del derecho al libre desarrollo de la personalidad y a no sufrir discriminación por el hecho de ser diferente a la mayoría. Entiende esta parte que la imagen de una persona se basa en su propia condición como parte de un determinado colectivo y, por tanto, cualquier lesión del derecho a la propia imagen es, por extensión, una lesión indirecta a su propia condición personal. En el presente caso, la crítica y censura sufrida por Serge C. M. Scevenels sobre su imagen demuestra la existencia de una conducta, por parte de la empresa, que le impide expresar su identidad sexual a través de su vestimenta, lesionando ello su libertad para definir una imagen propia y suponiendo una crítica directa a la proyección exterior (visibilidad) de su condición sexual.

Alega asimismo la demanda que se da discriminación indirecta en este caso porque la finalidad de la actuación empresarial está oculta, ya que si el ánimo vulnerador de derechos fundamentales fuera palmario o expreso, estaríamos ante una discriminación directa que ni siquiera debería requerir estudio profundo. Acudiendo a los arts. 1 y 3 de la Ley 2/2016, de 29 de marzo, de identidad y expresión de género e igualdad social y no discriminación de la Comunidad de Madrid, en el recurso se sostiene que la conducta de la empresa, aparentemente neutra, y basada en razones objetivas (“reestructuración organizativa”) ocultan las verdaderas razones del cese. Que esa existencia de razones ocultas se verifica en cuanto la empresa inscribe las causas del cese en una reestructuración organizativa, a pesar de que no es este el motivo que consta en la comunicación de cese. Decisión extintiva que debe venir matizada por el hecho de que, con anterioridad al cese, la parte actora fue reprendida en el trabajo por su imagen, concretamente por llevar falda, cuando ello hace parte del derecho a la imagen del trabajador como una expresión, a su vez, de su libertad respecto a su condición sexual.

Una vez aportado el indicio claro de discriminación en la decisión empresarial, corresponde al empleador probar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental (con cita, entre otras, de las SSTC 293/1993, de 18 de octubre, FJ 6; 85/1995, de 6 de junio, FJ 4; 82/1997, de 22 de abril, FJ 3; 202/1997, de 25 de noviembre FJ 4, y 74/1998, de 31 de marzo, FJ 2). La empresa debió justificar que el despido nada tuvo que ver con la vestimenta de Serge C. M. Scevenels, ni con su condición sexual, ni con la llamada de atención por utilizar falda en el trabajo, considerando esta parte, conforme consta en los hechos probados de las sentencias, que la empresa no desvirtuó de manera suficiente aquel indicio vulnerador de derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional debe examinar si las justificaciones de la empresa han sido suficientes

para desvirtuar la denunciada vulneración de derechos fundamentales. Si se entendiera empresa, en cualquier caso, hubiera llevado a cabo el despido del trabajador (alegand superación del periodo de prueba), no habría vulneración de derechos fundamentales. Pero si, por el contrario, se constata una conexión entre la ambigua decisión extintiva y la vestimenta del trabajador como expresión de su identidad sexual, estaríamos ante una vulneración de derechos fundamentales. Y, a juicio de la parte actora, las justificaciones han sido insuficientes para mostrar que las resoluciones judiciales, que validan la decisión empresarial, vulneran los derechos fundamentales garantizados por los artículos 14 y 18.1 de la Constitución Española, en unión con los artículos 14 del Convenio de Roma y 1, 3, 7, 19 y 29 de la Declaración Universal de los derechos humanos.

La demanda concreta su pretensión en el suplico solicitando que se declare la existencia de vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (art. 14 CE), así como la vulneración del derecho a la propia imagen (art. 18 CE), condenándose a la demandada por despido nulo con las consecuencias legales correspondientes, así como al abono adicional de la cantidad de 10 000 € para restablecer los gastos que hayan sido consecuencia del despido, más 50 000 € en concepto de daños morales y psicológicos.

La alegación de la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo se centra en la necesidad de que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre el trato que merecen aquellos despidos que, amparándose en la voluntad de la empresa y sin una causa cierta, puedan esconder tras de sí un ataque a los derechos fundamentales de la persona, como en este caso sucede con la libertad en el ámbito de la identidad sexual e imagen. Considera esta parte que la situación del despido de una persona transgénero merece un análisis menos superficial que el formulado en la instancia, al estar conectada con derechos universales, en un período en que proliferan en la sociedad la expansión, protección y comprensión de las minorías.

4. El Pleno del Tribunal Constitucional, en fecha 17 de noviembre de 2020, dictó providencia en la que acordó recabar para sí el conocimiento de este recurso [art. 10.1 n) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC)] y admitirlo a trámite, apreciando que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC), porque el recurso plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este tribunal [STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2 a)]. Además, acordó pedir certificación o fotocopia adverada de las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid; y dirigir atenta comunicación al Juzgado de lo Social núm. 2 de Madrid, a fin de que remitiese certificación de las actuaciones correspondientes a los autos de despido núm. 893-2013 y emplazara a quienes fueron parte en el procedimiento, excepto a la parte actora, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer, si así lo deseaban, en el proceso de amparo.

5. Mediante escrito registrado el 11 de diciembre de 2020, el procurador de los tribunales don Felipe Juanas Blanco, actuando en nombre y representación, de la mercantil Rhea System, S.A.,

solicita se tenga a esta como personada y parte en el procedimiento.

6. Por diligencia de ordenación fechada el 30 de diciembre de 2020, se tienen por recibidos los testimonios de las actuaciones solicitadas de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y del Juzgado de lo Social núm. 2 de Madrid. Se acuerda, asimismo, tener por personado y parte en el procedimiento al procurador don Felipe Juanas Blanco, en nombre y representación de Rhea System, S.A. Por último, se da vista de las actuaciones, por un plazo común de veinte días, al Ministerio Fiscal y a las partes personadas para que, en dicho término, puedan plantear las alegaciones que a su derecho convenga.

7. El 1 de febrero de 2021, se registraron en el Tribunal las alegaciones de Rhea System, S.A., oponiéndose a la pretensión de la demanda y contestando todos sus argumentos, al entender que en el caso enjuiciado no concurrió ninguna vulneración de derechos fundamentales, tal y como habrían valorado ya los órganos judiciales de la instancia, dando por probados unos hechos distintos a los que se presentan en la demanda de amparo, a los solos efectos de obtener una nueva revisión de los mismos.

Entiende esta representación que es incorrecto y forzado el uso que se hace aquí del recurso de amparo, toda vez que, aunque en abstracto la cuestión suscitada, relativa a una posible discriminación indirecta relacionada con el uso de una determinada vestimenta como expresión del derecho al desarrollo de una propia imagen y, por extensión, a una condición personal, es abstractamente merecedora de la máxima tutela judicial, en el caso en presencia esta cuestión no tiene relevancia, habiendo sido este extremo objeto especifico del análisis de los órganos judiciales, cuyas sentencias han valorado y excluido la existencia de un móvil discriminatorio en la finalización del contrato por no superación del período de prueba, a la vista de los indicios aportados por la parte actora.

Afirma esta parte que todos los órganos judiciales interpelados han entrado a valorar directa y expresamente, y como elemento central del caso, la cuestión relativa a la posible existencia de una causa subyacente e ilícita, por ser lesiva de libertades constitucionales, en el cese de la relación laboral, sentenciando de forma categórica que la decisión extintiva se basó en motivos ajenos a cualquier discriminación y descartando, con la misma rotundidad, qué tipo de circunstancias personales hubiesen tenido afectación en dicha decisión empresarial. Por tanto, las alegaciones que sustentan la demanda de amparo tienen por objeto subvertir el relato de hechos probados, así considerados por la instancia.

8. Mediante escrito registrado en este tribunal el 12 de febrero de 2021, el Ministerio Fiscal presenta sus alegaciones interesando la desestimación del recurso de amparo.

De un lado se sostiene que no concurre el requisito del art. 44.1 c) LOTC respecto de la invocación del derecho a la propia imagen del art. 18.1 CE, porque su eventual vulneración no se alegó en tiempo y forma ni en la demanda inicial, ni en el recurso de suplicación, de modo que

las resoluciones impugnadas no se han podido pronunciar sobre esta cuestión. Aun Fiscalía reconoce que no se incluyen en la demanda de amparo hechos no al anteriormente, asume que el enfoque adoptado en la defensa de los intereses de parte se refieren al art. 14 CE, derecho conceptualmente distinto del derecho a la propia imagen [definido este con cita de la STC 25/2019, de 25 de febrero, FJ 4 b)]. Por tanto, el fiscal considera que concurre el óbice de admisibilidad por la patente diferencia entre los derechos contemplados en los arts. 14 y 18 CE, y los argumentos utilizados en la instancia para apoyar la queja (con cita de la STC 245/2015, de 30 de noviembre).

De otro, se defiende la desestimación de la queja relativa a la interdicción de discriminación por las circunstancias personales de quien recurre en amparo (art. 14 CE). El Ministerio Fiscal construye su argumentación respecto de la denunciada vulneración del art. 14 CE, centrándose en la prohibición de discriminación, que implica un juicio de irracionabilidad de la diferenciación, de modo que las causas citadas en el precepto solo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica (con cita, entre otras, de las SSTC 214/2006, de 3 de julio, FJ 3; 66/2014, de 5 de mayo, FJ 2; 2/2017, de 16 de enero, FJ 5, y 91/2019, de 3 de julio, FJ 4). Y dentro de las categorías sospechosas del art. 14 CE, se recuerda que la STC 41/2006, de 13 de febrero, FJ 3, incluyó la orientación sexual dentro de la cláusula genérica del precepto, enunciada como “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, y la STC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 4, hizo lo propio con la condición de la persona transexual.

La Fiscalía ante el Tribunal Constitucional se detiene en la idea de que las personas transexuales integran un colectivo en posición desventajosa y contraria a la dignidad humana (art. 10.1 CE), por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra ellas. También se refiere esta parte a la noción de discriminación indirecta, citando el art. 6.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y el art. 2.1 b) de 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, para afirmar que el concepto de discriminación indirecta por razón de sexo es aplicable a los supuestos de discriminación por orientación sexual o por identidad de género. Las alegaciones de la Fiscalía se detienen asimismo en la idea de la “irrelevancia de la voluntad de discriminar”, a la hora de evaluar si ha concurrido o no trato discriminatorio, de tal modo que la actuación del empleador debe ser examinada de forma objetiva, con independencia de que quede o no acreditado el elemento intencional o la motivación discriminatoria [con cita de la STC 108/2019, de 30 de septiembre FJ 4 c)].

En lo que hace a la inversión de la carga de la prueba, y con cita de las SSTC 104/2014, de 23 de junio, FJ 7, y 183/2015, de 10 de septiembre, FJ 4, el Ministerio Fiscal sostiene que: (i) cuando se alegue discriminación u otra vulneración de un derecho fundamental en el marco de un despido, el trabajador debe aportar indicios de la vulneración del derecho fundamental y con esos indicios se produce la inversión de la carga de la prueba; (ii) el indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración ni en la invocación retórica del factor protegido, sino que debe

permitir deducir la posibilidad de la lesión con base en un hecho o conjunto de aportados y probados en el proceso; (iii) la inversión de la carga de la prueba, cuando supone que corresponde al empleador probar que el despido fue ajeno a la vulneración alegada, es decir aportar pruebas de que el motivo del despido no ha tenido que ver con el derecho fundamental que se estima vulnerado.

Por último, el Ministerio Fiscal trae al escrito de alegaciones la doctrina sobre la vinculación del Tribunal Constitucional a los hechos declarados probados por la jurisdicción ordinaria, limitación establecida por el art. 44.l b) LOTC, ya que el Tribunal no puede revisar la valoración de la prueba efectuada por los jueces y tribunales ordinarios, función privativa de aquellos que no debe ser desplazada (con cita de las SSTC 17/2003, de 30 de enero, y 165/2020 de 16 de noviembre, FJ 4).

Aplicando al caso bajo análisis las consideraciones previas, la Fiscalía considera que se está ante un supuesto claro de discriminación por razón de circunstancias personales, constitucionalmente prohibida por el art. 14 CE, pues la orientación sexual del colectivo LGTBI, según la STC 176/2008, de 22 de diciembre, comparte con el resto de los supuestos mencionados en el art. 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente arraigada y que ha situado a sus miembros, y entre ellos a las personas transgénero, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad humana (art. 10.1 CE). Así, el despido de una persona por causa de su orientación sexual o identidad de género, supondrá una vulneración del derecho fundamental a la no discriminación del art. 14 CE. Teniendo presente lo anterior, lo que se debate en este recurso es esencialmente una cuestión de prueba del motivo real del despido.

Teniendo en cuenta la doctrina constitucional sobre la intangibilidad de los hechos probados y las limitaciones en cuanto al análisis de la valoración de la prueba, el Ministerio Fiscal parte de los hechos probados, complementados por las afirmaciones que, con carácter fáctico, se contienen en la sentencia de instancia, para afirmar que no se puede cuestionar la existencia de indicios de discriminación, que dan lugar a la inversión de la carga de la prueba tal y como se reconoce en la segunda instancia. Desde este punto de la reflexión, la Fiscalía valora si los datos aportados por la empresa son suficientes para considerar probado que el despido fue ajeno a la discriminación denunciada, y concluye que, efectivamente así fue. Del relato de hechos probados, se deduce que sí acudía en ocasiones en falda al trabajo y otras en pantalón, que existió un conflicto un día en que se le pidió y, a pesar de sus reticencias, se le convenció (verbos utilizados por la parte recurrente en su demanda inicial), para que volviera a casa a cambiarse de ropa, y que después de eso se dio una reunión con el director general en el que se habló sobre la corrección de la vestimenta en la relación con los clientes en la que no se especificó la necesidad de que vistiera con pantalón. Y respecto de la prueba de la empresa en relación con los otros motivos de la extinción del contrato de trabajo, por no superar el periodo de prueba, el fiscal acude a las declaraciones de la testigo Magdalena Mathilda Jennes contenidas en los fundamentos de Derecho de la sentencia de instancia, en las que justifica que la decisión del cese se debió a que no se había adaptado bien a las exigencias de la compañía ni del trabajo en equipo, a la falta de satisfacción de la empresa con su labor en tareas como

ejecución de redes, a la existencia de problemas de impuntualidad al no respetar los h establecidos; así como a las declaraciones de la testigo Nicola Mann que sostiene incidente relativo a lo inapropiado de su indumentaria no fue la causa del cese, y que este se inscribió en un programa de reorganización de la empresa.

De todo ello y de la valoración que hacen las sentencias de la instancia de los datos mencionados, el Ministerio Fiscal deduce que la empresa ha probado (así consta en los hechos probados y en las declaraciones de las testigos) que el demandante no fue reprendido por llevar falda, ni se le obligó a cambiar la falda por unos pantalones, sino que se le requirió para que cambiase su atuendo por considerar que era incorrecto que acudiese al trabajo vistiendo un pantalón corto o una falda muy corta, por tanto, que fue la brevedad de la prenda que portaba (sea pantalón o falda) lo que dio lugar a que se le exigiera un cambio de ropa. También ha acreditado que el director general le dijo que debía vestir con más corrección, pero no le prohibió que usase falda. Asimismo, resulta acreditado que, tras dicha reunión acudió al trabajo vistiendo falda en varias ocasiones (unas cinco según la testigo) sin que se produjera ninguna incidencia, ni reproche alguno, pues no solo es que a las testigos no les conste, sino que tampoco ha sido alegado ni en la demanda inicial ni en el recurso de suplicación que se hubiera producido ningún otro incidente o reproche por llevar falda, luego la conclusión lógica es que no los hubo. Lo que además resulta congruente con la afirmación de la testigo Nicola Mann de que en la reunión con el director general no se le prohibió usar falda y que “el incidente” no fue por llevar falda sino por la escasa longitud de la prenda que vestía, fuere una falda o un pantalón.

Sobre el motivo real del despido, el Ministerio Fiscal expone que en los hechos probados de las resoluciones impugnadas solo se hace constar que en el escrito comunicando el despido se alega la no superación del período de prueba expresando esta causa la insatisfacción del empleador y no el motivo de la insatisfacción, y siendo ello correcto, según lo dispuesto en el art. 14 LET. Considera asimismo esta parte que los motivos del despido, que se dan en las declaraciones de las testigos, no son incompatibles entre sí, ni resultan contradictorios con lo que expresa el escrito comunicando el despido. La no superación del periodo de prueba es perfectamente compatible con la inscripción del despido del demandante en un programa de reorganización de la empresa, pues habitualmente se emplea ese eufemismo para hablar de reducción de la plantilla, resultando evidente que si la empresa va a hacer despidos empezará por quienes están en período de prueba. Pero, además (según la declaración de la otra testigo) la parte recurrente en amparo 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.

En cuanto a la cuestión de si el contenido de la reunión con el director general resultaba o no contradictorio con los motivos de despido expresados por la testigo Magdalena Mathilda Jennes, lo cierto es que, teniendo en cuenta la fecha en que se produjo la reunión con el director general, sobre un mes desde la incorporación, y la del despido, unos tres meses después de la

reunión, no es contradictorio que en la reunión no se tratasen los problemas para el tra equipo, la impuntualidad o los otros motivos expresados por Magdalena Mathilda Jenne estos pudieron producirse después, o aunque se hubieran iniciado antes podrían considerarse como parte del proceso de adaptación y al no corregirse, sino continuar la impuntualidad, los problemas para trabajar en equipo, etc., es cuando se decide el despido.

Así pues, existe prueba sobre la existencia de motivos del despido que no tienen relación con la denunciada vulneración del derecho constitucional, las dos testificales (una de las cuales fue reclamada por la parte actora dando lugar a que se anulase la primera sentencia del juzgado de lo social para practicarla), en las que se afirma que el despido fue por motivos relacionados con el desempeño de su trabajo y la reorganización de la empresa. Prueba en la que no se han encontrado incoherencias, datos incompatibles u otros fallos objetivos de credibilidad.

En cuanto a si la fundamentación de las sentencias impugnadas, más allá de tener un razonamiento lógico y no arbitrario, han tenido en cuenta el contenido esencial del derecho a la no discriminación del art. 14 CE, cabe decir que, si bien se podría cuestionar que la primera sentencia haya hecho un análisis de los datos obrantes en la causa desde el punto de vista del contenido esencial del derecho fundamental, al concluir que no concurrían indicios de discriminación, en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, se contiene un análisis detallado, no solo de la legislación y jurisprudencia constitucional española, sino también de la europea, en relación con la discriminación y, en particular, de la relacionada con el colectivo LGTBI, aplicándolas a los datos acreditados, realizando un razonamiento no solo lógico y racional, sino que tiene en cuenta el contenido esencial del derecho a la no discriminación, considerando que existen indicios de discriminación en base a las manifestaciones del demandante, sin necesidad de otro principio de prueba, dando lugar a la inversión de la carga de la prueba (recogiendo la jurisprudencia constitucional más favorable a la demanda, con cita de la STC 166/1998, de 14 de octubre, FJ 3).

9. Por providencia de 31 de mayo de 2022, se señaló para deliberación y votación de esta sentencia el día 2 de junio del mismo año.

II. Fundamentos jurídicos

1. *Objeto del recurso y pretensiones de las partes*

El recurso de amparo impugna la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Madrid, de 10 de octubre de 2017 (sentencia núm. 433/2017), que desestima la pretensión de quien recurre en amparo de que se dictase sentencia declarando la nulidad del despido y procediendo a la readmisión, con abono de los salarios de tramitación, y la cantidad de 60 000 € por daños materiales y morales. Son objeto del recurso de amparo, asimismo, la sentencia de 24 de julio de 2018, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que confirma la decisión desestimatoria de la instancia, y el auto de 11 de julio de 2019 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que rechaza el recurso de casación en unificación de

doctrina.

Quien actúa como recurrente en amparo, entiende que la decisión empresarial de cesar el contrato en el período de prueba se basa en una actuación discriminatoria, relacionada con su identidad sexual y expresada en el desencuentro entre recurrente y empleadora en relación con su forma de vestir en determinadas circunstancias. Se argumenta en la demanda de amparo que, frente a la denuncia de que el cese del contrato se debía a causas sospechosas de ser discriminatorias, los órganos judiciales debieron haber invertido la carga de la prueba, constatándose que las razones aportadas por la empresa para justificar el cese resultaban insuficientes y, por tanto, no hacían decaer la presunción de trato discriminatorio. Al no hacerlo así, y haber tenido como justificado en la exclusiva voluntad de la empresa un cese que respondía a un ataque contra los derechos a la identidad sexual y a la propia imagen, las resoluciones judiciales deben ser consideradas contrarias a los artículos 9.3, 14 y 18.1 CE, en unión con los artículos 14 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH) y 1, 3, 7, 19 y 29 de la Declaración Universal de los derechos humanos (DUDH).

La empresa contratante, Rhea System, S.A., interesa la desestimación del recurso de amparo alegando que, del relato de hechos probados contenido en las sentencias de instancia, se deduce que no concurrió vulneración alguna de los derechos fundamentales invocados, habiendo existido causas objetivas para el cese del contrato en periodo de prueba. Por su parte, el Ministerio Fiscal aboga, de un lado por la inadmisión de la queja relativa a la vulneración del derecho a la propia imagen (art. 18 CE), al considerar que este no ha sido invocado previamente, ni alegadas con carácter previo las razones que sustentan la queja contenida en la demanda de amparo. Y por lo que hace a la vulneración del art. 14 CE, rechaza que se haya producido la misma una vez que la sentencia resolutoria de la apelación admitió la aplicación del principio de inversión de la carga de la prueba y, desde esta apreciación, valoró adecuadamente la motivación y pruebas aportadas por la empresa en relación con las razones de cese del contrato.

2. *Especial trascendencia constitucional del recurso de amparo y delimitación del objeto del recurso*

Aunque ninguna de las partes intervinientes en el presente proceso de amparo constitucional ha puesto en duda la concurrencia de especial trascendencia constitucional en el recurso, conviene especificar la causa de especial trascendencia que concurre en este caso con un doble objetivo. Por un lado, para 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, asunto *Arribas Antón c. España*, § 37, "con el fin de garantizar una buena administración de justicia" y hacer "recognoscibles los criterios de aplicación empleados al respecto" (STC 9/2015, de 2 de febrero, FJ 3). Por otro, para centrar de forma más adecuada el objeto del recurso de amparo y 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.

La cuestión planteada en este recurso de amparo tiene especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC) porque da ocasión al Tribunal Constitucional para sentar doctrina sobre un problema o faceta de un derecho fundamental [STC 155/2009, de 29 de junio, FJ 2 a)], sobre el que esa doctrina es insuficiente. Si bien la cuestión de la discriminación en el ámbito laboral por las razones prohibidas en el art. 14 CE ha sido tratada en un buen número de pronunciamientos de este tribunal (por todas, SSTC 38/1981, de 23 de noviembre; 151/2004, de 20 de septiembre; 41/2006, de 13 de febrero; 62/2008, de 26 de mayo, y 26/2011, de 14 de marzo), esta es la primera ocasión en que se plantea una denuncia de discriminación laboral por razón de la identidad de género de quien recurre en amparo, de modo que la sentencia que resuelva el recurso debe definir si este elemento característico de las personas se integra o no dentro de las categorías sospechosas de ser discriminatorias que recoge el art. 14 CE, con cuál de ellas se identifica adecuadamente, en caso de hacerlo con alguna, y cómo esa identificación puede, eventualmente, tener impacto en la prueba de la discriminación, con especial atención a esa prueba en el marco de las relaciones laborales. En suma, cuando el Pleno del Tribunal Constitucional acordó admitir a trámite y recabar para sí el conocimiento de este recurso, apreció que este planteaba un problema sobre el que no hay doctrina de este tribunal, aunque exista doctrina sobre el derecho fundamental afectado en la situación fáctica que da origen al recurso de amparo, esto es, sobre el derecho a no padecer discriminación que se deriva de las previsiones del art. 14 CE.

Ese problema, con alcance constitucional porque afecta a la definición del estatuto jurídico de las personas titulares de derechos fundamentales y que, por ello, es relevante para la interpretación y general eficacia de la Constitución, tiene que ver con la definición y construcción constitucional de sexo y género como categorías jurídicas diversas sobre las que habrá de proyectarse, en el modo que definamos, la interdicción de discriminación prevista en el art. 14 CE. Y, en una fase de razonamiento sucesiva, el problema constitucional que nos ocupa tiene que ver con la interdicción de discriminación y la prueba de la discriminación alegada en el ámbito específico de las relaciones laborales.

Hasta el momento, la jurisprudencia constitucional no ha realizado una construcción jurídica específica sobre las nociones de sexo y de género, sino que se refiere indistintamente a uno y otro concepto sin dotarlos de un contenido específico, teniéndolos por sinónimos, como por otro lado, ha venido haciendo tanto el legislador estatal, como el legislador autonómico, en la normativa sobre igualdad entre hombres y mujeres desarrollada con amplitud, desde mediados de la primera década del siglo XXI, tras la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. La STC 159/2016, de 22 de septiembre, da cuenta de esta tradicional intercambiabilidad de los términos.

Pero en las últimas dos décadas, el desarrollo de la normativa sobre igualdad de trato en sentido amplio, la evolución de la teoría sobre la igualdad entre hombres y mujeres y sobre las discriminaciones interseccionales, y el reconocimiento de los derechos al desarrollo de la propia orientación sexual y de la identidad de género como dimensión del pleno desarrollo de la

personalidad, han puesto de manifiesto la necesidad de precisar la definición de los co de sexo y de género, para distinguirlos. Cierta conciencia de la distinción aparecía en el a c) del fundamento jurídico 9 de la STC 59/2008, de 14 de mayo, al precisar que el término género, que titulaba la Ley Orgánica 1/2004, no se refería a una discriminación por razón de sexo.

Una distinción, en todo caso, muy someramente apuntada que no se desarrolla cuando en la más reciente STC 99/2019, de 18 de julio, el Tribunal se pronuncia sobre el derecho de los menores transexuales a variar en el registro el sexo con el que fueron inscritos al nacer y que no se corresponde con el sexo con el que se identifican. En esta sentencia el Tribunal asume que el sexo atribuido originariamente a una persona al nacer y el percibido como propio, pueden ser distintos, pero al referirse a este último, habla indistintamente del sexo sentido, del género sentido y de la identidad de género sentida como propia. Sin embargo, no se formula una noción clara de unos y otros conceptos que, tienen una proyección sobre la esfera del ejercicio de los derechos fundamentales, y particularmente del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Esta ausencia de claridad terminológica se pone de manifiesto en los propios escritos procesales de la persona recurrente en amparo, así como en las sentencias de la instancia que se impugnan, circunstancias estas que ponen de relieve la necesidad de proceder a la tarea de identificación conceptual que aborda esta sentencia. Tampoco ha desarrollado el Tribunal, hasta este momento, una doctrina propia sobre el derecho a la expresión de género, vinculado con el derecho a la propia imagen y al libre desarrollo de la personalidad, cuestión esta que también se halla presente en el supuesto de hecho sometido a examen.

Por tanto, en el pronunciamiento que ahora nos ocupa, es preciso identificar, en primer término, qué situación o condición personal está en la base del denunciado como trato discriminatorio, y para formular esta identificación es necesario partir de una aclaración conceptual previa que distinga entre discriminación por razón de sexo, discriminación por razón de identidad de género y discriminación vinculada a la expresión de género. A partir de esa identificación es preciso definir si queda cubierta o no la realidad en cuestión por la cláusula antidiscriminatoria del art. 14 CE, para proceder, sucesivamente, a examinar si alcanzan a esta categoría las garantías asociadas a la preservación del principio de igualdad en el seno de las relaciones privadas, siendo clave en este punto de la reflexión la aplicación del principio de inversión de la carga probatoria.

3. *Conceptos relevantes para la solución del caso. Delimitación del derecho fundamental en presencia y del objeto del recurso de amparo*

a) Para definir adecuadamente en presencia de qué causa de discriminación estamos, al analizar el supuesto que se presenta a nuestro análisis, es necesario partir de la distinción clara entre las nociones de sexo y género.

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 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.

Por su parte, aunque 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.

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 para evaluar las consecuencias normativas de tal distinción y asegurar el adecuado respeto a la seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Viene a constatar la distinción entre ambas nociones, desde el punto de vista jurídico, la mención diferenciada al sexo y al género, como características diversas del ser humano, contenida en el art. 4.3 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul, de 2011), cuando establece que la “aplicación por las partes de las disposiciones del presente convenio, en particular las medidas para proteger los derechos de las víctimas, deberá asegurarse sin discriminación alguna, basada en particular en el sexo, el género […] la orientación sexual, la identidad de género, […] o cualquier otra situación”.

Independientemente del alcance normativo que se dé a las nociones de sexo y género, ni una ni otra pueden ser definidas en sentido estricto como derechos, sino como condiciones o estados que tienen incidencia en el ejercicio de los derechos fundamentales y que conforman uno de los muchos elementos identitarios que pueden llegar a definir el derecho a la autodeterminación personal o a desarrollar, con pleno respeto a la dignidad humana (art. 10 CE), la propia identidad personal.

b) También son condiciones personales la orientación sexual y la identidad de género, refiriéndose la primera a la preferencia por establecer relaciones afectivas con personas de uno u otro sexo, y la segunda a 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. Pero además de ser condiciones

personales, son elementos vinculados fundamentalmente con el derecho a desarroll determinada vida privada y familiar (art. 8 CEDH), tal y como se deriva de una cons jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que atribuye al concepto de "vida privada" una definición amplia, que abarca el derecho a la integridad física y psicológica de una persona, incluyendo en esa noción de integridad su vida sexual y su orientación sexual (SSTEDH de 22 de octubre de 1981, asunto *Dudgeon c. Reino Unido*, § 41; de 26 de marzo de 1985, asunto *X e Y c. Países Bajos*, § 22; de 22 de abril de 1993, asunto *Modinos c. Chipre*, § 24, y de 26 de octubre de 1988, asunto *Norris c. Irlanda*, § 38); algunos aspectos de la identidad física y social de la persona (STEDH de 10 de marzo de 2015, asunto *Y.Y. c. Turquía*, § 56); o la identidad de género de las personas trans (SSTEDH de 11 de julio de 2002, asunto *Christine Goodwin c. Reino Unido [GC]*, § 71-93; de 12 de junio de 2003, asunto *Van Kück c. Alemania*, § 69; de 23 de mayo de 2006, asunto *Grant c. Reino Unido*, § 39-44; de 6 de abril de 2017, asunto *A.P. Garçon y Nicot c. Francia*, § 72 y 139, y de 8 de enero de 2009, asunto *Schlumpf c. Suiza*, § 100). Además, el art. 8 CEDH protege el derecho de las personas transgénero al desarrollo personal y a la seguridad física y moral (SSTEDH *Van Kück c. Alemania*, 2003, § 69; *Schlumpf c. Suiza*, 2009, § 100; *Y.Y. c. Turquía*, 2015, § 58).

La identidad de género es una faceta especialmente importante de la identificación de un individuo, por lo que el margen de apreciación que se concede al Estado es limitado (SSTEDH asunto *Christine Goodwin c. Reino Unido [GC]*, 2002, § 90, y de 14 de diciembre de 2017, asunto *Orlandi y otros c. Italia*, § 203), pudiendo ampliarse cuando no haya consenso en los Estados miembros del Consejo de Europa en cuanto a la importancia relativa del interés en juego o en cuanto a los mejores medios para protegerlo (SSTEDH de 22 de abril de 1997, asunto *X, Y y Z c. Reino Unido*, § 44; de 26 de febrero de 2002, asunto *Fretté c. Francia*, § 41, y asunto *Christine Goodwin c. Reino Unido [GC]*, 2002, § 85), o cuando hay aún conflicto entre intereses privados y públicos contrapuestos (STEDH asunto *Fretté c. France*, 2002, § 42).

En el actual recurso de amparo, nos encontramos frente a circunstancias que tienen que ver con la definición de la identidad de género, su manifestación a través de la expresión de género y la proyección de ambas en el ámbito de las relaciones laborales. La persona recurrente en amparo se autodefine en sus escritos, principalmente en la demanda de instancia, como persona transgénero (si bien hace referencia, en algunos pasajes de la demanda de amparo a la noción de identidad sexual y, en otros, a la de identidad de género), y así vamos a considerarlo en este pronunciamiento, en la medida en que la cuestión no ha sido controvertida, en la vía judicial previa, por ninguna de las partes intervinientes en la misma.

A pesar de la presencia en los escritos de las partes y en las propias resoluciones judiciales impugnadas de distintas apelaciones, se opta por identificar la circunstancia personal determinante de la eventual discriminación como identidad de género y no identidad sexual. Sin perjuicio de que algunas disposiciones legales opten por el término identidad sexual, otras, como la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, acuden a la identidad de género, que parece más ajustada a las definiciones sobre sexo y género que han sido expuestas previamente. También reconocen la

autonomía del término identidad de género, poniendo especial atención en distinguirlo de orientación sexual, con el que aún se confunde en ocasiones, la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001.

c) Dentro de la diversidad de identificaciones personales que engloba la noción de identidad de género, se acude, en esta resolución, a la expresión trans como denominación omnicomprensiva de todas aquellas identidades de género que ponen de manifiesto una discrepancia entre esta y el sexo de la persona. 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.

Acudir al término trans asume un cierto riesgo de imprecisión técnica, porque puede incluir una amplia diversidad de situaciones (transexuales hombres y mujeres, personas no binarias, travestis, queer, personas de género fluido, asexuales, polysexuales, quienes definen su género como "otro"). Pero dado el estado de indefinición actual de muchos de los conceptos asociado al estudio de la identidad de género, a la falta de consenso técnico y jurídico se ha considerado pertinente seleccionar y definir los conceptos que van a servir para dar solución al problema jurídico planteado, sabiendo que esa conceptualización no coincide plenamente con la contenida en las SSTC 176/2008, de 22 de diciembre, y 99/2019, de 18 de julio, que abordaron en su momento diversas cuestiones relacionadas con personas trans.

d) Por tanto, la persona recurrente en amparo, según su propia identificación, es una persona trans, de modo que la discriminación que denuncia es una discriminación por razón de su identidad de género, circunstancia personal alegada para invocar la interdicción de discriminación y la demanda de trato igual. Más concretamente se trataría de una hipotética discriminación basada en su expresión de género, entendida esta, según se define en la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, como el modo en que una persona expresa su género, en el contexto de las expectativas sociales, por ejemplo, en relación con el modo de vestir, el uso de uno u otro nombre o pronombre, el comportamiento, la voz o la estética.

La expresión de género, en los términos descritos, 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 en la STC 117/1994, de 25 de abril, FJ 3, 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". En relación con estos atributos, el Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el derecho al nombre y los

apellidos en dos ocasiones más (SSTC 167/2013, de 7 de octubre, FJ 5, y 178/2020, de diciembre, FJ 2), pero no ha abordado la cualidad de la imagen física o de la apariencia como imagen externa de cada individuo que permiten identificarlo, y menos cuando esa imagen tiene que ver con la expresión de género.

Superando la consideración tradicional de que el derecho a la propia imagen concede a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación (STC 158/2009, de 25 de junio, FJ 3), es preciso entender que 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 personalidad y de la materialización del respeto a la dignidad de que somos titulares como seres humanos (art. 10.1 CE). La previsión expresa del derecho a la propia imagen en el art. 18.1 CE permite ampliar la comprensión de este a la definición de la propia apariencia física, en el sentido atribuido a este derecho por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 28 de octubre de 2014, asunto *Gough c. Reino Unido*; de 1 de julio de 2014, asunto *S.A.S. c. Francia*). Por tanto, la expresión de género, definida como 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).

Este vínculo permite descartar el óbice procesal manifestado por el Ministerio Fiscal en relación con la invocación del derecho a la propia imagen del art. 18.1 CE, contenido en la demanda de amparo. Si bien es cierto que es doctrina constante de este tribunal que la invocación previa de los derechos, cuya vulneración se denuncia en la demanda de amparo, es un requisito material contenido en el art. 44.1 c) LOTC, y no un mero formalismo retórico o inútil, la exigencia de invocación previa no requiere necesaria e inexcusablemente la cita concreta y numérica del precepto o preceptos constitucionales presuntamente vulnerados, pero sí que el tema quede acotado en términos que permitan a los órganos judiciales pronunciarse sobre el mismo (STC 29/1996, de 26 de febrero, FJ 2, y jurisprudencia allí citada).

Bastaría, por tanto, con que el derecho reclamado haya sido expuesto de algún modo, incluso sin mención expresa del precepto constitucional violado o de su contenido literal, de modo tal que se asegure que se ha dado ocasión de pronunciarse a los órganos de la jurisdicción ordinaria correspondiente. Y esta condición concurre en el presente caso. La invocación del derecho a expresar, a través de la apariencia física y la vestimenta, la identidad de género está presente desde la interposición de la demanda en primera instancia, porque a esa circunstancia es a la que se asocia el hipotético trato discriminatorio del empleador. Que esa cualidad no haya sido adecuadamente conectada con el art. 18.1 CE podría tener su explicación en la ausencia de definición constitucional previa inequívoca de este derecho en el sentido que acaba de ser formulado. Y, en cualquier caso, el análisis sobre si se ha producido o no la vulneración del derecho a la expresión de género, ha de venir delimitado por las consideraciones que formulemos sobre la interdicción de discriminación, porque es en el marco de una denuncia por

discriminación laboral en el que surge la queja de la que ahora conocemos. Por tanto, el e sobre la vulneración del art. 18.1 CE, se formula desde la perspectiva de la interdicc discriminación en el ejercicio del derecho a la expresión de género, una vez analicemos si el art. 14 CE da cobertura a las expresiones de género del colectivo trans.

4. *La identidad de género como causa de discriminación prohibida por el art. 14 CE*

El examen sobre la denunciada vulneración debe comenzar valorando si el cese contractual supone o no un trato discriminatorio por alguna de las circunstancias prohibidas en el art. 14 CE, precepto ampliamente interpretado por la jurisprudencia constitucional, que distingue, por lo que ahora nos interesa, dos dimensiones básicas del derecho de igualdad.

Por un lado, se identifica "la cláusula general de igualdad del primer inciso del art. 14 CE, por la que se confiere un derecho subjetivo a todos los ciudadanos a obtener un trato igualitario de los poderes públicos, siempre que concurran supuestos idénticos y no existan razones que objetivamente justifiquen la diferenciación" (STC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 4). Esta cláusula reconoce "un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas" (STC 63/2011, de 16 de mayo, FJ 3).

Por otro, se identifica en el inciso segundo del mismo art. 14 CE la interdicción de "comportamientos discriminatorios basados en alguno de los factores que allí se mencionan a modo de listado enunciativo y no cerrado" (STC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 4). Es decir, la referencia a los motivos o razones de discriminación que contiene el art. 14 CE "no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación (STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 6), pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no solo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2)" [STC 63/2011, de 16 de mayo, FJ 3 b)].

Tal y como se ha reconocido, como presupuesto argumental en el fundamento jurídico anterior, 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.

La STC 176/2008, de 22 de diciembre, estableció expresamente "que la condición de tran si bien no aparece expresamente mencionada en el art. 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indudablemente una circunstancia incluida en la cláusula 'cualquier otra condición o circunstancia personal o social' a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación. Conclusión a la que se llega a partir, por un lado, de la constatación de que la transexualidad comparte con el resto de los supuestos mencionados en el art. 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente arraigada y que ha situado a los transexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra estas personas; y, por otro, del examen de la normativa que, *ex* art. 10.2 CE, debe servir de fuente interpretativa del art. 14 CE" (FJ 4). Estas consideraciones son, obviamente, aplicables a las personas trans, con el alcance que se ha dado a este concepto en el fundamento jurídico 3.

También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos interpreta la cláusula antidiscriminatoria del art. 14 CEDH y su Protocolo núm. 12 como una cláusula abierta que permite la inclusión de la identidad de género entre las características protegidas. En la STEDH de 16 de julio de 2014, asunto *Hämäläinen c. Finlandia*, se concluye que se puede proyectar el art. 14 CEDH a los arts. 8 y 12 CEDH, en los supuestos de discriminación de personas transexuales, aplicándoles la jurisprudencia previamente desarrollada en relación con las diferencias basadas "en el género o la orientación sexual" (§ 109). También la STEDH, de 12 de mayo de 2015, asunto *Identoba y otros c. Georgia*, manifiesta con total claridad que "la prohibición de la discriminación en virtud del artículo 14 de la Convención cubre debidamente las cuestiones relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género" (§ 96).

El art. 19 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, y el art. 21 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea no se refieren a la identidad de género, a pesar de contener una disposición general contra la discriminación que expresamente menciona la orientación sexual en la lista de motivos prohibidos para justificar la diferencia de trato. Hasta la fecha, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no ha integrado la identidad de género en las causas sospechosas de discriminación del art. 21 CDFUE. No obstante, algunos pronunciamientos del Tribunal de Justicia asumen que esta circunstancia queda protegida, al menos parcialmente, por las distintas Directivas de igualdad de sexo aprobadas hasta la fecha (SSTJUE de 27 de abril de 2006, *Sarah Margaret Richards c. Secretary of State for Work and Pensions*, asunto C-423/04, respecto de la Directiva 79/7; y de 7 de enero de 2004, *K.B. c. National Health Service Pensions Agency y Secretary of State for Health*, asunto C-117/01, en relación con la Directiva 75/117/CEE del Consejo).

Por tanto, como ha sucedido 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.

5. *La interdicción de discriminación por razón de identidad de género en el ámbito labora*

La jurisprudencia constitucional sobre 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, proyectando a este ámbito la doctrina iniciada en la STC 38/1981, de 23 de noviembre, sobre flexibilización de la carga de la prueba de la discriminación.

En la línea de lo que acaba de ser expuesto, en el marco normativo del Derecho de la Unión, que sirve de referencia obligada cuando se examinan cuestiones de igualdad de trato en el ámbito laboral (en este sentido, STC 108/2009, de 30 de septiembre, FJ 2), 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 género. Sin embargo, la transposición parcial de esta norma, que se concreta en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, no proyecta expresamente el derecho a no sufrir discriminación por razón de identidad de género en el ámbito laboral.

Por su parte, 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, transpuesta por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (que modifica varios preceptos del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo), alude a la discriminación por razón de orientación sexual, pero no se refiere en ningún caso, ni lo hacen las normas nacionales que transponen la normativa europea, a la identidad de género.

Por tanto, la transposición de las directivas citadas al ámbito de la igualdad en general, y de la no discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral en particular, no ha supuesto la incorporación normativa del principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de identidad de género, pero es posible ampliar el ámbito de protección de las directivas en ese sentido, habida cuenta de que se está en presencia de un derecho fundamental contenido en los arts. 21 CDFUE, 14 CEDH y 14 CE.

En primer término, y tal y como se recuerda en la STC 153/2021, de 13 de septiembre, en el ámbito de las relaciones laborales, “desde la STC 34/1984, de 9 de marzo, FJ 2, el Tribunal ha precisado que, si bien la aplicación del principio de igualdad no resulta excluida, su aplicación se encuentra sometida a una ‘importante matización’ debido al principio de autonomía de la voluntad. En los términos que reitera en la STC 36/2011, de 28 de marzo, FJ 2, hemos advertido que, en desarrollo del art. 14 CE, ‘[l]a legislación laboral [arts. 4.2 c) y 17 del estatuto de los trabajadores (LET)] ha establecido la prohibición de discriminación entre trabajadores por una serie de factores que cita, pero no ha ordenado la existencia de una igualdad de trato en sentido

absoluto. Ello no es otra cosa que el resultado de la eficacia del principio de la autonom voluntad que, si bien aparece fuertemente limitado en el Derecho del trabajo, por virtud otros factores, precisamente del principio de igualdad, subsiste en el terreno de la relación laboral (SSTC 197/2000, de 24 de julio, FJ 5, y 62/2008, de 26 de mayo, FJ 5)'" [FJ 3 b)].

Partiendo de la consideración general de que es necesario garantizar que los derechos fundamentales no sean desconocidos bajo la cobertura formal del ejercicio de derechos y facultades reconocidos por las normas, 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 la constatación de esa dificultad se deriva a su vez la doctrina sobre la inversión de la carga de la prueba y la prueba indiciaria, que resulta útil para desvelar "las razones latentes de actos que puedan enmascarar una lesión de derechos fundamentales" (STC 104/2014, de 23 de junio, FJ 7).

Ahora bien, la STC 104/2014, de 23 de junio, sostiene que no constituye un indicio la mera alegación de la vulneración constitucional, "ni una retórica invocación del factor protegido, sino un hecho o conjunto de hechos que permita deducir la posibilidad de la lesión" (FJ 7). Tras la aportación del conjunto indiciario, "recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, indiciariamente probada, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada al margen del derecho fundamental alegado". En esta misma idea incide la STC 31/2014, de 24 de febrero, que exige para que se produzca el desplazamiento del *onus probandi* a la parte demandada, que se acredite, por parte de quien alega el trato discriminatorio, "la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de su alegato" (FJ 3).

E insiste de nuevo en esta idea la STC 51/2021, de 15 de marzo, cuando sostiene que "según esta doctrina constitucional cuando el recurrente alega una discriminación prohibida por el art. 14 CE —en los términos que recoge, entre otras, la STC 31/2014, de 24 de febrero, FJ 3—, aportando indicios racionales de discriminación, corresponde a la empleadora la obligación de rebatirlos justificando que su actuación fue absolutamente ajena a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales (SSTC 17/2007, de 12 de febrero, FJ 4, y 173/2013, de 10 de octubre, FJ 6, entre otras). Pero, 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 (en este sentido, STC 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 4)" [FJ 3 b)]. Exactamente en el mismo sentido formulan la inversión de la carga de la prueba la Directiva 2000/78/CE (trigésimo primer considerando y art. 10), la Directiva 2006/54/CE (art. 19), y la STJUE de 19 de abril de 2012, *Galina Meister c. Speech Design Carrier Systems GmbH*, asunto C-415/10.

6. *La proyección al caso de la doctrina expuesta*

a) *Sobre la inversión de la carga de la prueba*

El supuesto de hecho sometido a examen en el presente recurso de amparo, tal y como se ha ido definiendo progresivamente, debe analizarse 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.

La identificación en una persona de una cualidad contenida en el art. 14 CE, en este caso la identidad de género, permite evaluar un determinado comportamiento o actuación hacia esa persona desde la perspectiva de la igualdad, en su vertiente de la interdicción de discriminación, como elemento de partida de la reflexión posterior. A partir de ahí, la aplicación del principio de interdicción de discriminación a determinados ámbitos, como las relaciones entre particulares, siendo las relaciones laborales una modalidad paradigmática de esas relaciones con impacto en el ejercicio de derechos fundamentales, activa el principio de inversión de la carga de la prueba, siempre y cuando existan indicios de que la característica o condición concurrente en la persona y que ella alega como motivo sospechoso de haber provocado la discriminación, ha sido el detonante causal. La STJUE en el asunto *Galina Meister*, de 19 de abril de 2012, citada en defensa de la tesis de la inversión de la carga de la prueba por la mera alegación de la pertenencia a un colectivo discriminado, no permite sostener este argumento. El Tribunal de Justicia, responde en aquel caso a la cuestión de los derechos que asisten a los recurrentes que alegan la existencia de discriminación, en el momento de construir el acervo probatorio indiciario. La recurrente en la instancia nacional, que optaba a un determinado puesto para el que no había sido seleccionada, solicita información relativa a los criterios de selección aplicados al sospechar que existía trato discriminatorio por sexo y origen nacional. Y esa información le es denegada, de modo que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que no rechaza sino que confirma la necesidad de presentar prueba indiciaria, afirma que “en el contexto de la acreditación de los hechos que permiten presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta, es preciso garantizar que una denegación de información por la parte demandada no pueda frustrar la realización de los objetivos pretendidos por las Directivas 2000/43, 2000/78 y 2006/54” (§ 40).

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. Abordan este tipo de cese contractual las SSTC 94/1984, de 16 de octubre; 166/1988, de 26 de septiembre, y 17/2007, de 12 de febrero, y, en todas ellas, reconociéndose el mayor ámbito de autonomía del empleador, se aplica también el régimen de inversión de la carga de la prueba, cuando se ha probado indiciariamente que la extinción contractual puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales. En estos supuestos, la STC 17/2007 recuerda que “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 y que

debe permitir deducir la posibilidad de que ha podido producirse. Solo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada (por todas, reproduciendo esa doctrina, SSTC 29/2002, de 11 de febrero, FJ 5; 30/2002, de 11 de febrero, FJ 3; 17/2003, de 30 de enero, FJ 4; y 342/2006, de 11 de diciembre, FJ 4)" (FJ 3).

La existencia de un indicio de prueba y su alegación es esencial para activar la inversión de las obligaciones probatorias. Y, 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. En la medida en que esa apariencia no solo es manifestación del derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE), sino que en este caso concreto se puede considerar una forma de expresión de género, vinculada al libre desarrollo de la personalidad en relación con la identidad de género de la persona recurrente en amparo, la alegación de ese altercado, por más que hubiera sido puntual, se podría haber considerado prueba indiciaria bastante para invertir la carga probatoria. Así se reconoció en la sentencia de suplicación y también se reconoció la inversión de la carga de la prueba.

Desde la perspectiva de la garantía procedimental, asociada a la aplicación del principio de inversión de la carga de la prueba, nada cabe reprochar a la sentencia de 24 de julio de 2018 dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sentencia núm. 568/2018), que no solo apreció la aplicación de la inversión de la carga de la prueba, sino que hizo una interpretación flexible de dicho requisito, a favor del derecho del recurrente, corrigiendo el error de aplicación de la instancia, puesto que la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Madrid, de 10 de octubre de 2017, había entendido inexistente la prueba indiciaria de la discriminación. Por tanto, la sentencia de suplicación aplicó adecuadamente el art. 14 CE, entendiendo comprendida en este precepto la condición de identidad de género alegada por la persona recurrente, y activando la redistribución de la carga probatoria.

b) *Sobre la prueba en contrario de la empleadora*

A partir de aquí, nuestro enjuiciamiento no puede limitarse a comprobar si el órgano judicial efectuó una interpretación del derecho en juego que no fue irrazonable, ni arbitraria, ni manifiestamente errónea, ya que aquí el canon de enjuiciamiento no es el del art. 24 CE sino el del derecho fundamental sustantivo cuestionado, es decir, el derecho fundamental a la no discriminación por razón de identidad de género (*mutatis mutandis*, para los supuestos de alegación de discriminación por razón de sexo véanse las SSTC 175/2005, de 4 de julio, FJ 5, y 342/2006, de 11 de diciembre, FJ 5).

En ese sentido, el cese de la persona recurrente no puede calificarse de nulo por discriminatorio dado que, habiendo aportado indicios racionales de discriminación por motivo de identidad de

género, la empresa demandada los ha rebatido adecuadamente, y el acervo probatorio de se han servido los juzgadores de instancia, y que este tribunal no debe revisar para modif a riesgo de exceder los márgenes de actuación determinados por el art. 44.1 b) LOTC (véase el fundamento jurídico 2 de la STC 17/2003, de 30 de enero, y la síntesis jurisprudencial allí formulada), pone de manifiesto 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.

Si bien el Tribunal Constitucional "no realiza un examen de los actos empresariales potencialmente lesivos desde una perspectiva de legalidad que no le es propia, sino en atención a la cobertura que los derechos fundamentales invocados ofrecen; haciéndolo, por lo demás, sin alterar los hechos probados, conforme a la sujeción prescrita en el art. 44.1 b) LOTC, lo que no impide, según establecimos en las SSTC 224/1999, de 13 de diciembre; 136/2001, de 18 de junio, o 17/2003, de 30 de enero, que podamos alcanzar una interpretación propia del relato fáctico conforme a los derechos y valores constitucionales en presencia" (STC 41/2006, de 13 de febrero, FJ 4), en este caso no alcanzamos una interpretación distinta de la formulada por la sentencia de instancia.

Se ha declarado por las sentencias de instancia, constatándose como hechos probados, que a lo largo de los algo más de cuatro meses en que se mantuvo la relación laboral, Serge C. M. Scevenels acudía a su centro de trabajo vistiendo unos días pantalón y otros días falda, sin que ello hubiera supuesto ningún conflicto con sus compañeros o superiores salvo en una ocasión, en la que se controvierte que el problema fuera el hecho de portar una falda, o que esta en concreto fuera inapropiada por su tamaño, no habiéndose aclarado, en realidad, si se trataba de una falda o de un pantalón muy corto.

También ha quedado probado que existió una conversación entre Serge C. M. Scevenels, el director general de la empresa y la directora de recursos humanos en relación con la corrección en las relaciones con los clientes y la apariencia en el modo de vestir, pero tampoco se ha concluido que esa conversación versara sobre la expresión de género de quien recurre en amparo, a pesar de sus alegaciones.

Frente a los argumentos de la parte demandante, el Juzgado de lo Social núm. 2 de Madrid, recoge en su sentencia que "no se ha puesto de manifiesto de ningún modo la existencia, en el seno de la empresa, de un escenario o panorama general discriminatorio por razones de género, ni de identidad sexual, ni otras análogas", y ello en la medida en que no se ha constatado la existencia de prohibiciones expresas en relación con la indumentaria, ni la adopción de un código de vestimenta a resultas del conflicto surgido con la parte demandante, o con carácter previo. Y, tras las pruebas testificales de Magdalena Mathilda Jennes, directora de recursos humanos al momento del cese, y de Nicola Mann, directora de recursos humanos en fase de contratación y durante buena parte de la duración del contrato de Serge C. M. Scevenels, se declara probado igualmente que se ha admitido la existencia de otras causas que podrían haber justificado el cese del contrato en periodo de prueba: de un lado se evocan razones de reorganización interna que, según la instancia, no son incompatibles con las razones, que

también se evocan, de falta de satisfacción de la contratante con la prestación de a laboral de Serge C. M. Scevenels.

Por tanto, puede concluirse que la estructura del acto denunciado como discriminatorio no pone de manifiesto el ánimo de discriminar o lesionar los derechos de la persona recurrente, sino exclusivamente la voluntad clara de no continuar con la relación laboral. Tampoco parece existir una correlación temporal clara entre el indicio de conflicto —o el ejercicio del derecho fundamental por la parte recurrente— y la actuación empresarial (en este sentido, pero en relación con la prueba de indicios, STC 29/2000, de 31 de enero). Las declaraciones de las representantes de la empresa insisten, por otro lado, en que la circunstancia personal de quien recurre, respecto de su identidad de género, no supuso un problema para su contratación o para su mantenimiento en el puesto de trabajo, porque no era una cuestión relevante, existiendo, en cambio una justificación empresarial, si bien somera, sobre la decisión de cesar el contrato en período de prueba, que no puede ser tachada de irracional o desproporcionada.

Estas mismas conclusiones de las resoluciones de instancia, sirven también para descartar la vulneración del derecho a la propia imagen de la persona recurrente en amparo (art. 18.1 CE) en su vertiente del derecho a la expresión de género a través de su indumentaria y en el marco de proyección del art. 14 CE, que exige formular el análisis de la denunciada vulneración en términos relacionales. No ha quedado probado, más bien al contrario, 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 de Serge C. M. Scevenels ni de ningún otro empleado o empleada, por lo que no cabe entender concurrente un trato discriminatorio de la empresa respecto de la expresión externa de su derecho a la propia imagen por parte de quien recurre en amparo, y en relación con los demás trabajadores. Sin negar que 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 el acervo probatorio a nuestro alcance, 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.

Debemos rechazar, por tanto, que hayan concurrido en este caso 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.

Fallo

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido desestimar el presente recurso de amparo interpuesto por Serge Christian M. Scevenels.

Publíquese esta sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a dos de junio de dos mil veintidós.