

NO ES SOLO UN ASUNTO DE FALDAS: LA PROTECCIÓN DE LA EXPRESIÓN DE GÉNERO

MIGUEL PÉREZ-MONEO

Profesor Agregado de Derecho Constitucional¹
Universitat de Barcelona

TRC, n.º 51, 2023, pp. 593-609
ISSN 1139-5583

SUMARIO

I. Introducción. II. El derecho a configurar la apariencia, contenido del derecho a la propia imagen. III. La identidad de género como categoría sospechosa de discriminación. IV. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Hard cases make bad law. Una máxima que difícilmente pueda trasladarse a la STC 67/2022, de 2 de junio, si no es en sentido contrario. Me explico. Una persona, que se define como transgénero, acudía a su centro de trabajo vistiendo unos días falda y otros días pantalón. Se encontraba en fase de prueba. Un día, como consecuencia de llevar una prenda muy corta, la directora de recursos humanos le instó a cambiarse, pues consideró el atuendo inapropiado. Tiempo después, la empresa finalizó la relación laboral alegando no superación del periodo de prueba. No consta en los antecedentes del caso que se produjeran incidencias ni reproche alguno por su forma de vestir, más allá de esa solicitud de vestir de forma más correcta, sin que se le exigiese una indumentaria determinada.

Se impugnó ante los tribunales la extinción de la relación laboral alegando que se debía a la condición de transgénero de la persona trabajadora. Tanto en primera como en segunda instancia se desestima la pretensión, pues no aprecian los órganos del Poder Judicial que el cese tuviera que ver con la apariencia y que,

1 En la actualidad Profesor de Derecho Constitucional y de la Unión Europea de la Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial.

por el contrario, la empresa puso de manifiesto la falta de satisfacción con los resultados del trabajo de quien posteriormente acudiría en amparo ante el Tribunal Constitucional, junto con la existencia de un programa de reorganización de la empresa.

El asunto llega al Tribunal Constitucional alegando vulneración de —entre otros— el artículo 14 CE —discriminación por razón de identidad sexual— y del artículo 18.1 CE —derecho a la propia imagen—, al considerar la parte recurrente que la decisión empresarial venía determinada porque la imagen de la persona trabajadora mostraba una condición sexual distinta a la deseada por la empresa.

La sentencia que se comenta deniega el amparo. Aprecia que la jurisdicción ordinaria había respetado la regla de inversión de la carga de la prueba habitual en los casos de discriminación. El Poder Judicial consideró que la empresa había podido demostrar una justificación objetiva del cese de la relación laboral, alejada de la vulneración del derecho a la no discriminación.

Entonces, ¿por qué comentar esta sentencia? El Tribunal Constitucional justifica en el Fundamento Jurídico Segundo la especial trascendencia constitucional del asunto, en primer lugar, en que es la primera oportunidad que tiene de estudiar una denuncia de discriminación laboral por razón de identidad de género y que, considera el Pleno, no hay doctrina constitucional sobre si la identidad de género se integra o no dentro de las categorías sospechosas de discriminación que recoge el artículo 14 CE. En segundo lugar, explica la sentencia que el Tribunal no había desarrollado todavía una doctrina propia sobre el derecho a la expresión de género. Por mi parte, entiendo que el interés de la sentencia viene dado por el nuevo contenido que se incluye en el derecho a la propia imagen (1) y, en segundo lugar, por confirmar el Tribunal Constitucional una categoría sospechosa de discriminación, la expresión de género (2).

II. EL DERECHO A CONFIGURAR LA APARIENCIA, CONTENIDO DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

Como novedad en la doctrina constitucional, la sentencia que se comenta considera que está inserta en el derecho a la propia imagen, reconocido en el art. 18.1 CE, la facultad de definir la propia imagen que nos identifica y nos hace reconocibles a los demás y que, además, es expresión del libre desarrollo de nuestra personalidad y de la materialización del respeto a la dignidad de que somos titulares como seres humanos (FJ 3.d). Este pronunciamiento del Tribunal Constitucional amplía el contenido sólidamente asentado del derecho a la propia imagen (a), así como inserta en el artículo 18.1 CE la jurisprudencia previa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (b).

a) Para la determinación del contenido del derecho a la propia imagen, puede acudirse a la comprensión que del mismo tiene el legislador que desarrolla

la previsión constitucional. La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, especifica, a través de la determinación de las injerencias ilegítimas, el espacio propio de este derecho, que hace referencia tanto a la captación de la efigie, como su reproducción o difusión.

Por lo que respecta a la configuración que se realiza en sede jurisdiccional, el Tribunal Constitucional había estudiado un caso en el que trataba la elección de la apariencia física por parte de un camarero —dejarse barba— pero, sin embargo, en esa ocasión —STC 170/1987, de 30 de octubre— no argumentó sobre el contenido del derecho a la propia imagen, sino que ubicó la decisión del trabajador en su ámbito de libertad perteneciente a su individualidad: la decisión sobre la estética corporal, «un reducto de su propia decisión que nadie discute», sin entrar a manifestarse sobre su fundamento expreso (Gómez Corona, 2014: 58). No se integra esa facultad, para el Tribunal Constitucional en 1987, en la esfera de protección del art. 18.1 CE y centra el análisis en si un empresario tendría capacidad de condicionar la estética personal de un trabajador en virtud de sus facultades directivas.

Los pronunciamientos constitucionales posteriores centran el contenido del derecho a la propia imagen en la captación y difusión de la efigie (información gráfica, dice la STC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2). Así, en la STC 99/1994, de 11 de abril, se plantea el Tribunal si resulta legítimo el despido de un trabajador que se niega a trabajar porque no deseaba que su imagen fuese capturada fotográficamente. A partir de esta sentencia, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se fija en la disposición de la imagen: en la aceptación de su captación (obtención) y/o difusión (reproducción o publicación). De esta manera, se preserva la dignidad de la persona, salvaguardando una esfera de propia reserva personal. Es decir, constituiría el contenido de este derecho el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de sus rasgos físicos personales (STC 117/1994, de 25 de abril, FJ 3). Ello incluye, por supuesto, la capacidad de decidir una persona si somete su imagen al tráfico comercial, si bien no protege —el contenido constitucional del derecho— la dimensión patrimonial de la imagen (STC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2).

En otros sistemas de tutela de derechos fundamentales, la protección de este contenido no se realiza a través de un específico derecho, sino que se integra en uno más amplio, vago y difuso como es el «derecho a la vida privada» del artículo 8 CEDH (STEDH Murray contra Reino Unido (Gran Sala), de 28 de octubre de 1994, § 86). El TEDH configura la imagen como uno de los principales atributos de la personalidad, pues revela sus características únicas y permite distinguirlas de otras personas. Incluye, además, la facultad de decidir sobre la «conservación» de la imagen captada (STEDH Reklos y Davourlis contra Grecia, de 15 de enero de 2009, § 409).

No contempla, sin embargo, el Tribunal Constitucional que integre el derecho a la propia imagen el derecho a permanecer en el anonimato (STC 99/1994,

FJ 5), si bien es un valor que pueda tenerse en consideración en caso de colisión de derechos o bienes constitucionalmente relevantes.

¿Qué realidad protege este derecho a la propia imagen? El aspecto físico, primer elemento configurador de su intimidad y de su esfera personal, al instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como individuo (STC 99/1994, FJ 5), extendiéndolo pocos días más tarde a los atributos característicos, propios e inmediatos que definen al ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona: la imagen física, la voz o el nombre (STC 117/1994, de 25 de abril, FJ 3). El aspecto físico vendría compuesto por la apariencia física —las diferencias fisiológicas del aspecto— y la indumentaria o apariencia estética —de elección voluntaria y que incluiría elementos que se integran en el cuerpo— (Arrúe Mendizábal, 2019: 124).

Observa Gómez Corona que la Ley Orgánica 1/1982 incluye el nombre y la voz en el ámbito de protección, atributos cuya relación con la persona no es tan inmediata como la imagen y que, según la redacción de la norma, parecen proteger solo frente a la explotación comercial y no, por ejemplo, frente a la mera captación in consentida (Gómez Corona, 2014: 45). Estudiando específicamente algunos de estos atributos, la STC 167/2013, de 7 de octubre, incluyó el derecho al nombre —al apellido— expresamente en el ámbito del derecho fundamental a la propia imagen, ya que constituye un medio de identificación personal y un vínculo con una familia (FJ 5), haciéndose eco de la jurisprudencia del Tribunal Europeo (STEDH Burghartz contra Suiza, de 22 de febrero de 1994). Por esta razón, valoró que era en interés de un menor —a pesar del reconocimiento de paternidad efectuado— mantener el primer apellido materno, ya que por éste era conocido en los diferentes ámbitos familiar, social o escolar en los que se movía. En la misma línea, una sentencia de Estrasburgo reconoce la protección al cambio de nombre a una persona transgénero que no se ha sometido a un tratamiento de reasignación o no lo ha terminado en su completitud (STEDH S. V. contra Italia, de 11 de octubre de 2018).

Finalmente, la jurisprudencia ha ampliado el poder de decisión sobre «aquello que socialmente evoca a la persona hasta constituirse en su representación» (STC 23/2010, de 27 de abril, FJ 4), en el sentido que permita reconocer su identidad. Es decir, que no se protege frente a cualquier reproducción gráfica de cualquier elemento corporal del individuo, sino solo al que permite identificar —evocación social— a la persona. Y, por otra parte, habría que tener en cuenta criterios externos a la reproducción de un elemento corporal —como el contexto o la representación de objetos— que permitirían identificar al titular del cuerpo por su relación con ellos (Gómez Corona, 2014: 42). Por tanto, junto con un contenido material de la propia imagen (representación en forma visible, sin que se incluyan las ideas descriptivas o valorativas sobre una persona o su aspecto o cualidades) (Arrúe Mendizábal, 2019: 59), hay un contenido inmaterial, conformado por la individualidad, la identidad y la reconocibilidad (Gómez Corona, 2014: 41).

En este sentido, la esfera de protección del derecho a la propia imagen no coincide ni con el derecho al honor ni con la intimidad (STC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2). Se protege un ámbito propio y reservado, no íntimo, necesario para mantener una calidad mínima de vida, frente a la acción y conocimiento de los demás, que no afecta al buen nombre del individuo. Protege, por tanto, imágenes inocuas o neutrales, en las que el afectado sea reconocible (Arrúe Mendizábal 2019: 56). Resulta paradójico que la imagen —externa— se proteja como integrante de la «esfera privada» (Blasco Gascó, 2008: 56), si bien habría que recordar que la vida privada también protege una zona de interacción de una persona con otras. José Luis Goñi Sein se refiere a la *extimidad*, que implica configurar libremente el modo de ser y de presentarse ante los demás (Arrúe Mendizábal, 2019: Prólogo).

Como el resto de derechos fundamentales, este derecho no es incondicionado. Por un lado, el consentimiento e, incluso, la propia conducta del titular permite aceptar la captación y difusión de la imagen. Por otro lado, hay circunstancias que puedan legitimar una injerencia: ello se ve en la propia ley reguladora de la protección civil del honor, intimidad y propia imagen, que permite considerar cuándo una intromisión es legítima. Pero, además, puede haber una colisión entre valores y derechos fundamentales en que haya que dar prioridad a otro mediante un juicio de ponderación. Si bien un contrato de trabajo no implica la renuncia del ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, la relación laboral, en cuanto supone la sujeción de ciertos aspectos de la actividad humana a la dirección empresarial, ha de tomarse también en consideración al hacer dicho juicio de ponderación. En efecto, determinadas actividades «traen consigo, con una relación de conexión necesaria, una restricción en el derecho a la imagen de quien deba realizarlas, por la propia naturaleza de éstas, como lo son todas las actividades en contacto con el público, o accesibles a él» (STC 99/1994, de 11 de abril, FJ 7). Al mismo tiempo, los derechos fundamentales de los trabajadores suponen un límite a los poderes empresariales (Arrúe Mendizábal, 2019: 104).

b) Cabe preguntarse qué ocurre con el momento previo a la representación gráfica de la apariencia. Si bien no se puede dudar de la existencia de la capacidad de cada individuo de conformar su apariencia física (Gómez Corona 2014: 57), la doctrina constitucionalista no consideraba el derecho a llevar cada uno el aspecto que estimase oportuno dentro del derecho fundamental a la propia imagen, si bien esta manifestación de la libertad individual general podría encontrar tutela a través de la prohibición de discriminaciones injustificadas. Los laboristas, sin embargo, sí integraban esta libertad en el contenido del derecho a la propia imagen (Arrúe Mendizábal, 2019: 130). En otros casos, se reflexionaba sobre esta libertad, sin entrar a resolver su carácter «esencial» del derecho a la propia imagen (Sánchez González, 2017: 125 y 126). Finalmente, ha ido tomando fuerza en la doctrina que el derecho a la imagen ha de incluir, con carácter previo y fundamental, el derecho a conformar la apariencia física: un derecho a la imagen en

sentido estético (Blasco Gascó, 2008: 69 y 70): «el derecho a definir, a determinar, a configurar y a modificar libremente la propia apariencia exterior».

Podía haberse percibido el contenido que ahora detalla la sentencia que se comenta en expresiones de sentencias constitucionales anteriores, como la STC 117/1994, que afirma que el derecho a la propia imagen garantiza el ámbito de libertad de la persona respecto de su imagen física (FJ 3), aunque centra el caso, como se ha dicho, en la observación y captación de la imagen; o la STC 81/2001, que considera que la imagen es una esfera de libre determinación de la persona, vinculada a la dignidad humana, si bien se centra en la preservación de la difusión pública (FJ 2). Mucho más clara ha sido, por lo que respecta a la libertad de configuración de la apariencia externa, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Bajo el auspicio del artículo 8 CEDH, considera protegido el derecho a establecer los detalles de la identidad de cada persona, incluyendo las opciones personales relativas a la configuración de la apariencia —tanto en público como en privado— como expresión de la personalidad. Los gustos, ideas, sentimientos, ... encuentran su plasmación en la elección por una determinada apariencia (Arrúe Mendizábal, 2019: 74). Así, por ejemplo, el TEDH ha considerado que dejarse barba (Decisión de admisión *Tığ* contra Turquía, de 24 de mayo de 2005), llevar el pelo largo (Decisión de admisión *Popa* contra Rumanía, de 18 de junio de 2013), portar un velo integral (STEDH *S. A. S.* contra Francia (Gran Sala), de 1 de julio de 2014, §§ 106-107) o ir desnudo en lugares públicos (STEDH *Gough* contra Reino Unido, de 28 de octubre de 2014) son decisiones que integran el ámbito de protección del artículo 8 CEDH. De este modo, esta capacidad individual puede entrar en conflicto con decisiones de autoridades estatales, como ocurrió con las autoridades penitenciarias, universitarias, la ley que prohibía ocultar el rostro en lugares públicos, o la policía (respectivamente). Sin embargo, también detalla el Tribunal de Estrasburgo que no es lo mismo tomar una decisión para la autosatisfacción personal que hacerlo con una dimensión pública. En consecuencia, no cualquier decisión personal imaginable merece la protección del artículo 8 CEDH, sino solo cuando la decisión sobre el aspecto externo reposa en un mínimo nivel de seriedad (STEDH *Gough* contra Reino Unido, § 184).

Como decía, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha incluido en el ámbito del derecho a la vida privada (art. 8 CEDH) estos casos, artículo que no tiene una traducción directa en el catálogo de derechos de la Constitución española. En otras ocasiones, y para resaltar la seriedad de la decisión consciente sobre el aspecto físico, ha vinculado exclusivamente a otro derecho del Convenio la elección sobre la indumentaria. Así, la libertad religiosa (art. 9 CEDH) para estudiar el caso de una azafata que quería portar un crucifijo en el importante caso *Eweida* y otros contra el Reino Unido, de 15 de enero de 2013. Se considera que portar símbolos religiosos es una manera de dar testimonio de su fe. O la libertad de expresión (art. 10 CEDH), para amparar la exteriorización de las propias ideas a través de prendas de ropa (con carácter general, decisión *Stevens* contra Reino Unido, de 3 de marzo

de 1986, y, respecto de insignias políticas, ver Vainai contra Hungría, de 8 de julio de 2008, y Donaldson contra Reino Unido, de 25 de enero de 2011).

El Tribunal Constitucional proyecta sobre el artículo 18 CE la amplitud del contenido del derecho a la vida privada que, al venir definido por las circunstancias personales de cada sujeto, da lugar a un contenido que puede llegar a ser casi inabarcable (Santolaya Machetti y Redondo Saceda, 2023). Y es que, en la elección de nuestro aspecto, manifestamos de forma intensa nuestra individualidad. Podría considerarse que debería haberse activado la intimidad, para dar cabida a esta facultad, como consideró la STC 99/2019, de 18 de julio, para evitar que la discrepancia entre el aspecto físico y la inscripción registral del sexo desvelase la condición transexual del recurrente. Sin embargo, parece menos forzada la postura que reconduce hacia la propia imagen esta facultad (Arrúe Mendizábal, 2019: 72).

Se protege, por tanto, una estética basada en una libre decisión sobre el cabello (largura, corte, peinado), vello facial (barba, perilla, bigote, cejas), uñas (forma o adorno), la utilización —o no— de maquillaje, tintes o pinturas, de modificaciones corporales (pendientes, *piercings*, tatuajes), el tipo de vestuario (calzado, sombreros/tocados) o de ropa e, incluso, de complementos (gafas, adornos en el pelo, *pins* en la ropa, bolsos, mochilas, ...) (Arrúe Mendizábal, 2019: 72 y 127). Es un derecho a individualizarse según la estética propia, sin que entre en cuestión el gusto personal (Blasco Gascó, 2008: 71).

En el espacio civil, son los usos sociales los que condicionan la decisión individual sobre la apariencia e indumentaria (Arrúe Mendizábal, 2019: 70). Es en el ámbito de las relaciones laborales donde se plantean (pocos) conflictos relativos a los límites de configuración de nuestra apariencia (Arrúe Mendizábal, 2019: 122), aunque podría tener implicaciones relacionadas, como se ha visto, con la libertad religiosa o las normas administrativas —como las ordenanzas municipales— que regulan el «decoro», el orden público o la seguridad. Hay un espacio de conflicto en el trabajo entre el poder de decisión individual sobre cómo conforma la apariencia externa y las exigencias empresariales (Arrúe Mendizábal, 2019: 31). Explica esta autora que la poca conflictividad judicial en la práctica se puede explicar por la falta de un respaldo normativo claro y por la percepción de los trabajadores de la escasa viabilidad de sus reclamaciones. Ha de reflexionarse, continúa la autora, sobre los límites de la capacidad de decisión del empleador, sobre todo si a través de las indicaciones relativas a la indumentaria se incide en esferas de autodecisión protegidas por los derechos fundamentales. Pero ha de tenerse en cuenta que la imagen personal se convierte en imagen profesional al estar en el trabajo. Sin embargo, el Estatuto de los Trabajadores no realizaba, en la fecha de dictarse esta sentencia, un reconocimiento explícito del derecho a la propia imagen de los trabajadores, aunque podría entenderse incorporado en la referencia a la dignidad de los trabajadores de la letra e) del art. 4.2 (Arrúe Mendizábal, 2019: 98).

No nos encontramos en este caso, como se ha descrito, de cuestiones relacionadas con la imposición por parte del empresario de una determinada indumentaria —uniformidad—, que puede ser legítima cuando está relacionada con el trabajo

que se ha de desempeñar o con causas relacionadas con la actividad empresarial y precisar tutela cuando afecta negativamente a la intimidad corporal, a minorías y a categorías protegidas de individuos (Arrúe Mendizábal, 2019: 127 y ss), sino si cabría —no fue el caso— la restricción del uso de concretos elementos por parte del empleador. Desde esta perspectiva, otro elemento a considerar serían las concepciones sociales mayoritarias, la proyección al exterior del trabajo realizado y la afectación a la convivencia con el resto de la plantilla de las manifestaciones estéticas personales (Arrúe Mendizábal, 2019: 193).

Como novedad, en este caso se confiere a una libertad individual, ínsita en el *agere licere*, la categoría de «derecho», con la correlativa posición pasiva de «deber» para los terceros (Hohfeld, 1991: 47 y ss). Lo cual tiene su trascendencia en el ámbito de las relaciones laborales y cuyo reconocimiento la doctrina civil y laboralista ha venido reclamando, primero con carácter minoritario (Blasco Gascó, 2008) y, más adelante, de forma más extensa.

III. LA IDENTIDAD DE GÉNERO COMO CATEGORÍA SOSPECHOSA DE DISCRIMINACIÓN

Para afinar la causa de discriminación que se plantea en el caso (¿sexo? ¿identidad de género? ¿expresión de género?), el Tribunal Constitucional decide realizar una explicación descriptiva de distintas categorías relativas a la identidad de los individuos, una actividad no exenta de riesgos pues el establecimiento de categorías de identidad «está amenazada por la posibilidad de que la identidad se transforme en un instrumento del poder» (Butler, 2007:32), máxime cuando, como reconoce la propia sentencia, no hay un consenso técnico ni jurídico en las categorías que empleará y una indefinición en los conceptos asociados al estudio de la identidad de género.

a) En primer lugar, el Tribunal Constitucional expone una construcción específica sobre las nociones de sexo y de género. Advierte a este respecto que a lo largo de su jurisprudencia no ha diferenciado ambos conceptos, teniéndolos por sinónimos y que, sin embargo, son condiciones diferenciadas que conforman uno de los muchos elementos identitarios que definen a cada individuo. Cada uno de estos conceptos requiere —al trasladarse al ámbito jurídico— un tratamiento específico, afirma el Tribunal.

Para identificar qué entiende por «sexo», el Tribunal Constitucional explica que viene dado por una serie compleja de características morfológicas, hormonales y genéticas, a las que se asocian determinadas características y potencialidades físicas que nos definen, objetivamente identificables o medibles. Dichos caracteres biológicos tienden a formular una clasificación binaria de los seres humanos, apuntando la existencia de las personas intersexuales, junto con las personas de sexo femenino y masculino.

Por lo que respecta al género, advierte que no se identifica plenamente con la realidad biológica, sino que hace referencia a los roles, rasgos de la personalidad, actitudes, comportamientos y valores que se atribuyen, de forma diferencial, a cada uno de los sexos. Las normas, comportamientos, expectativas asociadas al género se basan en construcciones sociales, educativas y culturales y, por tanto, son relativas y coyunturales, pudiendo variar a lo largo del tiempo y del espacio.

La primera aclaración parece pacífica y se remonta a un estudio relacionado con la identidad de género (Stoller, 1968). Así, explicaba que la connotación principal del sexo es biológica —una diferenciación entre machos y hembras—; mientras que para referirse a áreas relacionadas con el comportamiento, sentimientos, pensamientos y fantasías que se relacionan con los sexos diferenciados utiliza el término «género», masculinidad y feminidad, que no tiene nada de anatomía o psicología (Stoller, 1968:vii), sino que está determinado culturalmente (Stoller, 1968: xi).

Formulada la distinción, el Tribunal Constitucional no extrae directamente consecuencias de ella. Por otra parte, junto con la descripción del sexo, se echa de menos una referencia a la diferenciación sexual —que se produce en el momento de la fusión de un óvulo y un espermatozoide (Camps Merlo, 2007: 28)— y al desarrollo sexual, para poder distinguir las diferencias genéticas, gonadales, genitales, fenotípicas, psicosexuales, sociales (Barbé i Serra et al., 2014: 30 y ss; Camps Merlo, 2007: 26) y, finalmente, legales. No en vano, el sexo también es una categoría legal y el ordenamiento jurídico escoge un determinado aspecto biológico —los genitales externos— para determinar el sexo de los individuos. Cabría preguntarse si la construcción denominada «sexo» por el ordenamiento jurídico no está tan culturalmente construida como el género y que, por tanto, la distinción entre sexo (como categoría legal) y género no existe (Butler, 2007: 55). La trascendencia jurídica que tiene la identidad sexual se observa en el Derecho de familia o en las leyes que promueven la igualdad entre hombres y mujeres (Camps Merlo, 2007: 21) y en las que se produciría un vuelco con un cambio registral de sexo.

Hay un cierto margen de implicaciones, si se tiene en cuenta que al construirse culturalmente el género, «no es el resultado causal del sexo ni tampoco es tan aparentemente rígido como el sexo» (Butler, 2007: 54), por lo que podría considerarse que hay más de un género, no vinculado al binarismo sexual. O, por el contrario, que solo existe un género, diferenciado de la persona universal (Butler, 2007: 59). Al mismo tiempo, hay voces que aducen que el género es «una relación», no un atributo predicable de un individuo (Butler, 2007: 59 y 60).

b) Más relevante para el fondo del asunto es la diferenciación entre los conceptos de orientación sexual y de identidad de género —también acuñada por Stoller—, para diferenciar la práctica sexual y el deseo, por un lado, de la identidad profunda de un individuo (Stoller, 1968: vi).

El Tribunal Constitucional se refiere a la orientación sexual como una «preferencia» (sic) por establecer relaciones afectivas con personas de uno u otro sexo. Define la identidad de género con la identificación de una persona con caracteres definitorios del género que pueden coincidir o no hacerlo con el sexo que se le atribuye legalmente.

A mi juicio, la elección de la palabra *preferencia* por el Tribunal Constitucional para definir la orientación es desafortunada, pues remite a una cuestión volitiva. Es un lugar común acudir a los principios de Yogyakarta —adoptados entre el 6 y el 9 de noviembre de 2006 por un grupo diverso de expertos internacionales en derechos humanos— para definir la orientación sexo afectiva como «la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas». En cualquier caso, está vinculada al deseo y al comportamiento sexual y afectivo.

La cuestión de la «identidad» se centra, normalmente, en la pregunta de qué aspecto interno de la persona determina la continuidad de la persona a través del tiempo (Butler, 2007: 71), que así planteado supone una limitación de opciones y encaminan hacia una política de la identidad (Butler, 2007: 285). Y ello porque no se puede entender la identidad sin la diferencia, sin la «alteridad» ya que se construyen a través del diálogo que surge de la diferenciación (Barbé i Serra et al., 2014: 39). Por identidad, Stoller hace referencia a «one's awareness (whether one is conscious of it or not) of one's existence and purpose in the world (...), the organization of those psychic components that are to preserve one's awareness of existing» (Stoller, 1968: viii).

A pesar del esfuerzo por diferenciar ambas categorías, la Sentencia las confunde, principalmente cuando realiza la cita de la jurisprudencia del TEDH. Confusión que se hace larga (Scheinin, 1998: 27 y 28), a veces como consecuencia de traducciones del inglés o de la evolución que ha sufrido la expresión «identidad sexual» que se utilizaba tanto para referirse a la sexualidad como a la identidad de género.

Tanto la orientación sexo afectiva como la identidad de género están protegidas frente a los prejuicios, temores y recelos que la sociedad tiene frente a ellos, a través de los derechos fundamentales (también en el ámbito de la Unión Europea, ya que, aunque la identidad de género no venga expresamente mencionada en el art. 21 CDFUE, está protegida en algunas directivas de igualdad de sexo aprobadas hasta la fecha).

Ya en la STC 176/2008, de 22 de diciembre, el Tribunal Constitucional había identificado la transexualidad como una «circunstancia personal» que constituía una categoría sospechosa de discriminación. Entendía por este fenómeno el de «la persona que perteneciendo a un sexo biológico por su configuración cromosómica y morfológica, se siente y actúa como miembro del otro sexo» (FJ 4). En esta sentencia se hablaba de la identidad de género del individuo.

La transexualidad había ocupado, principalmente, la relación de los individuos con los poderes públicos, que buscan una identidad acorde con el género con el que se identifican. Ello conlleva el cambio del nombre, la formalización ante el Registro Civil del cambio de sexo y, en algunas circunstancias, el pago del tratamiento hormonal e intervención quirúrgica para realizar un cambio morfológico.

En el caso que resolvió en 2008, el Tribunal Constitucional constató que la transexualidad comparte con el resto de los supuestos mencionados en el artículo 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente arraigada y que ha situado a las personas transexuales en notorias posiciones desventajosas socialmente —desigualdad, marginación, ...— y contrarias a la dignidad de la persona, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente. Sin embargo, gran parte de la argumentación del Tribunal pivotaba sobre el concepto de «orientación sexual», razón que explica la necesidad de clarificación en la sentencia actual.

En la STC 99/2019, de 18 de julio, el Tribunal Constitucional hace referencia a la identidad de la persona transexual, como una cualidad principal. A través del reconocimiento de la identidad reclamada, un sujeto puede desenvolver su propia personalidad y entablar, efectivamente, relaciones con otras personas. Se protege, por tanto, el nexo entre decidir sobre la identidad de uno mismo y el goce por la persona de autonomía para organizar su propia vida y sus relaciones personales (por ejemplo, STEDH Y. Y. contra Turquía, de 10 de marzo de 2015) (Rodríguez Ruiz, 2022: 28 y ss). Este argumento fue decisivo para resolver sobre la posibilidad de los menores de obtener la rectificación registral de la mención del sexo. En este caso, el derecho de la personalidad que sustentó el razonamiento del Tribunal fue la intimidad personal, también reconocido en el artículo 18.1 CE.

Consideró, así, que la discrepancia entre el asiento registral y la apariencia de un individuo expone al conocimiento público la condición de transexual. La discrepancia entre sexo y género condicionaría todas y cada una de las acciones en que una persona tuviera que identificarse. En este sentido, consideró el Tribunal que el derecho a la intimidad garantiza un derecho a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena. De esta manera, para evitar que trascienda al conocimiento público la condición de transexual, ha de evitarse la falta de equivalencia entre el sexo atribuido al nacer —el que consta originariamente en el Registro Civil— y el que cada individuo —incluso los menores— percibe como propio.

Los casos que han ocupado la actividad del Tribunal de Estrasburgo en relación con la transexualidad y, en sentido más amplio, la identidad de género, trataban sobre los retos que las personas transgénero tenían que afrontar en el presente. Sin embargo, han estado centrados en la actividad de las autoridades —no relaciones entre particulares—, pues trataban de la rectificación del asiento registral relativo al sexo y la consiguiente emisión de documentos oficiales nuevos (STEDH B. contra Francia, de 25 de marzo de 1992); del reconocimiento del tratamiento de reasignación (STEDH Christine Goodwin contra Reino Unido, de 11 de julio de 2002); de los requisitos establecidos para acceder al tratamiento

de reasignación (STEDH S. V. contra Italia, de 11 de octubre de 2018) o de los requisitos de la reasignación para el reconocimiento registral (STEDH A. P. Garçon y Nicot contra Francia, de 6 de abril de 2017). Atrás quedan los pronunciamientos que reconocían un amplio margen de apreciación nacional a los Estados para regular las cuestiones relacionadas con esta minoría. Al contrario, el derecho al respeto a la vida privada se aplica a la identidad de género, como un componente de la identidad personal de cada persona, independientemente de que una persona se haya sometido a una intervención quirúrgica de reasignación de sexo. En este sentido, la noción de autonomía personal es el principio que subyace al reconocimiento de un derecho de autodeterminación.

Ha de insistirse en que las personas trans sufren estrés y alienación por la discordancia entre lo expuesto a la sociedad y el estatus impuesto por el ordenamiento, que no reconoce su identidad. Esto no puede ser percibido como una cuestión menor, dado que esta discrepancia coloca a estas personas en una situación anómala, vulnerable, expuesta a la humillación. Ha de considerarse un derecho fundamental el derecho de cada individuo a establecer los detalles de su identidad como ser humano (Christine Goodwin, §90, refiriéndose a las personas transexuales operadas), sin que ello pueda ser objeto de controversia. Al mismo tiempo, esta capacidad de establecer dichos detalles ha de hacerse con pleno respeto al libre desarrollo de la personalidad y a la seguridad personal, tanto física como moral (STEDH Van Kück contra Alemania, de 12 de junio de 2003). La continuación de este estándar de protección es afirmar que hacer depender el reconocimiento de la identidad de género de un tratamiento que conlleve la esterilización cuando este resultado no es querido por el individuo, contradice el artículo 8 del Convenio (STEDH A. P., Garçon y Nicot c. Francia, § 131).

c) La STC 67/2022 optar por usar la expresión «trans» para denominar a todas aquellas identidades de género que ponen de manifiesto una discrepancia entre ésta y el sexo de las personas. Esta denominación engloba una gran diversidad de experiencias y vivencias subjetivas del género, en las que incluye la auto-percepción y el posicionamiento en torno al propio cuerpo en un contexto social determinado (Barbé i Serra et al., 2014: 30 y ss). Para la configuración de la identidad de una persona juega un papel la dimensión sociopsicológica del sexo, determinada por las relaciones humanas (familia, educación, cultura), pero también hay un espacio para la libertad personal (Camps Merlo, 2007: 29).

Para conformar nuestra identidad, todos partimos de una realidad dada y a cada uno nos corresponderá organizar los elementos de esa realidad dada de un modo original (Camps Merlo, 2007: 111); corporalidad, reconocimiento social y autoconciencia son los elementos claves para su conformación (Camps Merlo, 2007: 112).

En el pasado, el Tribunal ha hablado de «sexo sentido, género sentido, e identidad de género sentida como propia» (STC 99/2019, de 18 de julio), sin formular una noción clara de cada uno de los conceptos mencionados razón que justifica un esfuerzo clarificador en el presente. La denominación *trans*, a juicio del

Tribunal, es poco precisa. Engloba situaciones que van desde las personas que buscan un reconocimiento de un género diferente con el asignado al nacer (transgénero) con personas que de manera esporádica incorporan un rol de un género diferente al asignado en el nacimiento (travestis), pasando por los que se enmarcan en un continuo dinámico entre masculinidad y feminidad (género fluido), los que no se reconocen en ninguno de los géneros binarios —masculino y femenino— (personas no binarias), los que se someten a un proceso de modificación/medicalización del cuerpo para adaptarlo fenotípicamente a otro sexo (transexuales) y, finalmente, los que adoptan vestimentas, habla, gestos o comportamientos propios de otros géneros (*queer*). Incorpora al listado, añadiendo confusión, a las persona asexuales y polisexuales, categorías que hacen referencia a la orientación sexoafectiva —y no a la identidad—, y que se refieren a quienes no sienten atracción sexual hacia otras personas, independientemente de su género, y quienes sienten atracción por otras personas, independientemente de su género. Para las definiciones, (Barbé i Serra et al., 2014: 30 y ss; Bueno Teomiro, 2021: 29 y ss).

d) La persona recurrente y las resoluciones judiciales impugnadas razonaban en torno a la identidad sexual. A este respecto, merece la pena reseñar que apenas un mes después de esta sentencia entró en vigor la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación que, en lo que nos importa, incorpora como motivos de discriminación la expresión de género y la *identidad sexual*, estableciendo un conjunto de obligaciones que vinculan incondicionadamente a todas las administraciones públicas y, en la forma en que la propia ley establece, en las relaciones entre particulares. Sin embargo, el Tribunal Constitucional opta por identificar la circunstancia personal determinante de la eventual discriminación como *identidad de género*, sin entrar a explicar por qué ni en qué se diferencian una de otra. Nótese que la legislación actual no utiliza la misma denominación que la sentencia, pues se refiere a la identidad sexual —vivencia interna e individual del sexo tal y como cada persona la siente y se autodefine— y no a la identidad de género. El Tribunal Constitucional da a entender que es una cuestión de preferencia optar por una u otra y que prefiere adherirse a la expresión utilizada en el ámbito del Derecho de la Unión Europea. En cualquier caso, ni identidad sexual ni identidad de género hacen referencia a la orientación sexual, que es una característica diferenciada.

No obstante lo anterior, en la letra d) del Fundamento Jurídico 3º, el Pleno del Tribunal Constitucional identifica la causa de discriminación específicamente en la expresión de género, la manera a través de la que se manifiesta la identidad de género de alguien, que se proyecta en su forma de vestir, en su gestualidad, en la modificación corporal, ... Ni en la Directiva 2000/7/CE del Consejo relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, de 27 de noviembre de 2000, ni en la transposición de la norma al ordenamiento interno, Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, se recoge el derecho de los trabajadores a no

sufrir discriminación por razón de expresión de género en el ámbito laboral, categoría que aparece —como menciona el Tribunal Constitucional— en 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.

Trata el Tribunal de ofrecer una definición basada en el derecho de la Unión Europea, si bien en la Directiva citada en la sentencia no aparece la definición ofrecida por el Tribunal Constitucional: «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».

En relación con la expresión de género, ha de tenerse en cuenta que está desligada de la sexualidad y de la práctica sexual, ya que el «género puede volverse ambiguo sin cambiar ni reorientar en absoluto la sexualidad normativa». Por esa razón, no hay correlación entre el travestismo y la práctica sexual y la distribución de inclinaciones sexuales no puede determinarse a partir de los movimientos de simulación de un género (Butler, 2007: 16). Es más, según Butler, no existe una identidad de género detrás de las expresiones de género, sino al revés: la identidad se construye performativamente a través de aquellas (Butler, 2007: 85).

La expresión de género también integra la definición de la imagen que nos identifica y nos hace reconocibles frente a los demás. A este respecto, ha de considerarse que no hay una «esencia» masculina o femenina, sino una forma construida socialmente masculina o femenina de expresarse (Saez, 2016). Está vinculada, por tanto, al libre desarrollo de nuestra personalidad y a la dignidad humana (Blasco Gascó, 2008: 72 y 73) y, en consecuencia, forma parte integrante del derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE).

Así, la identidad de género de quien acudió en amparo ante el Tribunal Constitucional se expresa a través de la vestimenta con la que acudía al trabajo. En el caso concreto, se proyectan —identidad y expresión de género— en el ámbito de las relaciones laborales. Dicha forma de visibilizarse es una extensión del derecho al libre desarrollo de la personalidad, respecto de cuyo ejercicio no se puede sufrir discriminación por ser diferente de la mayoría.

De esta manera, se añade la seriedad que requiere el TEDH para proteger la libertad de apariencia frente a las restricciones estatales. Nótese que, a diferencia de la jurisprudencia del TEDH relativa al derecho a la apariencia encuadrada exclusivamente en el artículo 8 CEDH, esta decisión del Tribunal Constitucional tiene que ver con una relación entre particulares. Es sabido, por otra parte, que como consecuencia de la teoría de la *Drittwirkung indirecta* se achaca al Tribunal juzgador un déficit de protección de esta nueva dimensión del derecho a la propia imagen (Von Münch, 1997: 46).

e) Aquí acaba la construcción original de la STC 67/2022. Partiendo de pronunciamientos anteriores termina de resolver el caso. Así, considera que al igual

que se reconoció la transexualidad como categoría sospechosa de discriminación en la STC 176/2008, el razonamiento allí empleado ha de aplicarse a las personas *trans*, estableciendo —sin embargo— una categoría diferente.

Un desafío para la apreciación de discriminación del cese de una relación laboral durante el periodo de prueba es que no se ha de justificar la rescisión del contrato de trabajo ni, tan siquiera, explicitar los motivos de insatisfacción. Eso dificulta la apreciación de una motivación objetiva y razonable para justificar la decisión empresarial, que encuentra sin embargo cobertura legal en el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores. Ello no obsta a que quien esté en desacuerdo con la rescisión pueda poner de manifiesto —incluso indiciariamente— la presencia de una sospecha de discriminación. Como es sabido, una consecuencia de encontrarse ante una categoría sospechosa de discriminación es la aplicación de la regla procesal de la inversión de la carga de la prueba. Esta regla se ha previsto en la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, que la prevé para personas *gais*, lesbianas, bisexuales y transexuales. De hecho, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia aplicó esta regla, sosteniendo que no era necesario la prueba de la discriminación, sino que bastaba con que «lo alegado por la presunta víctima sea plausible y razonable, correspondiendo al empresario aportar una justificación objetiva y real que [la] desvirtúe». Y ello, incluso, en el periodo de prueba, en el que la rescisión del contrato no puede producir resultados inconstitucionales, por discriminatorios.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia consideró que la declaración de sospecha de discriminación por su condición *trans* era suficiente para invertir la carga de la prueba. Una vez aplicada esta doctrina, llegó a la conclusión de que la empresa ha justificado su decisión extintiva sobre motivos objetivos (reorganización empresarial, insatisfacción con el trabajo e impuntualidad). Además, no constaba que se le prohibiese acudir a reuniones con falda; no se habían dado indicaciones sobre forma de vestir, pues ni se habían establecido criterios de uniformidad.

IV. CONCLUSIONES

La STC 67/2022, de 2 de junio, identifica una nueva categoría sospechosa de discriminación —la identidad de género— y una nueva facultad en el derecho a la propia imagen —la determinación de la apariencia, vinculada a la expresión de género—. De este modo, se protege un fenómeno vinculado a la vivencia personal, al sentir, muy sensible y plural. Una mejora, sin duda, para las personas que no encajan en los patrones normativos y un contundente apoyo al colectivo LGBT. Un nuevo impulso se plantea dar en el proyecto de ley para la igualdad real y efectiva de las personas *trans* y para la garantía de los derechos de las personas LGBTI, que incluye una modificación del artículo 4.2.c) Estatuto de los Trabajadores para incluir expresamente la prohibición de discriminación para el

empleo —o una vez empleado— por orientación e identidad sexual, expresión de género y características sexuales.

Para llegar a su conclusión, el Tribunal Constitucional ha tratado de consolidar distintas categorías, terciando en un debate terminológico complicado, en el que frecuentemente no se utilizan los mismos significados. Los conceptos definidos por el Tribunal Constitucional no encajan con los utilizados por la legislación reciente, lo cual puede abundar en la confusión. En cualquier caso, a través de la visibilización de una realidad marginada, ha podido ocuparse de su amparo.

Será interesante hacer el seguimiento de la jurisdicción ordinaria para observar cómo realiza la ponderación entre el poder de dirección empresarial y esta nueva dimensión constitucionalmente reconocida del derecho a la propia imagen. Quizá sea la antesala de una colectividad más plural e inclusiva, una vez que se abra la puerta a la aceptación y visibilidad de identidades de género diversas.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Arrúe Mendizábal, M. (2019). *El derecho a la propia imagen de los trabajadores*. Cizur Menor: Thomson Reuters.
- Barbé i Serra, A. Carro, S. Vidal, C. (2014). *La construcción de las identidades de género*. Madrid: Catarata.
- Blasco Gascó, F. de P. (2008). *Patrimonialidad y personalidad de la imagen*. Barcelona: Bosch.
- Bueno Teomiro, F. (2021). *Género, sexo e identidad*. Madrid: San Pablo.
- Butler, J. (2007). *El género en disputa*. Paidós, Barcelona.
- Camps Merlo, M. (2007). *Identidad sexual y Derecho*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra.
- Gómez Corona, E. (2014). *La propia imagen como categoría constitucional*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Hohfeld, W.N. (1991). *Las relaciones jurídicas fundamentales contrastadas entre sí*. Mexico D.F.: Fontamara.
- Rodríguez Ruiz, B. (2022). ¿Libres e iguales? Sobre los mitos fundacionales del Estado y sus efectos jerarquizantes y excluyentes. *Revista General de Derecho Público Comparado*.
- Saez, J. (2016). *La pluma heterosexual*. Zoozobra.
- Sánchez González, M.P. (2017). *Honor, intimidación y propia imagen*. Lisboa: Jurúa.
- Santolaya Machetti, P. Redondo Saceda, L. (2023). El derecho al respeto a la vida privada y familiar, el domicilio y la correspondencia. un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad), en: García Roca, J., Pérez-Moneo, M. (Eds.), *La Europa de los derechos*. Madrid: CEPC.
- Scheinin, M. (1998). Sexual rights as human rights - Protected under existing Human Rights treaties? *Nordic Journal of International Law* 17-35. <https://doi.org/10.3868/s050-004-015-0003-8>
- Stoller, R.J. (1968). *Sex and gender. The development of masculinity and femininity*. N. York: H. Karnac.

Von Münch, I. (1997). Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania, en: Salvador Coderch, P., Ferrer i Riba, J., Von Münch, I. (Eds.), *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*. Madrid. Civitas.

TITLE: *It's not just about the skirt: Protection of gender expression*

ABSTRACT: *Based on a judicial claim against the termination of an employment relationship by someone who was dressed in a skirt one day and pants the other, the Constitutional Court identifies a new content to the right to one's image, the right to shape one's appearance, linked with gender expression. At the same time, it considers that gender expression constitutes a category suspected of discrimination and that, therefore, it can be projected in private relations, particularly in the field of work.*

RESUMEN: *A partir de la reclamación judicial ante el cese de una relación laboral de alguien que un día iba vestido con falda y otro con pantalón, el Tribunal Constitucional identifica un nuevo contenido al derecho a la propia imagen, el derecho a configurar el propio aspecto, vinculado con la expresión de género. Al mismo tiempo, considera que la expresión de género constituye una categoría sospechosa de discriminación y que, por tanto, puede proyectarse en las relaciones entre particulares, particularmente, en el ámbito del trabajo.*

KEY WORDS: *right to one's image, desired appearance, gender identity, gender expression, trans people.*

PALABRAS CLAVE: *derecho a la propia imagen, derecho a configurar la apariencia, identidad de género, expresión de género, personas trans.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 27.01.2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 24.02.2023

CÓMO CITAR / CITATION: Pérez Moneo, M. (2023). No es solo un asunto de faldas: la protección de la expresión de género. *Teoría y Realidad Constitucional*, 51, 593-609.

