

## **Discriminación por identidad sexual y derecho a la propia imagen.**

**Carlos Hugo Preciado Domènech**

*Magistrado de la jurisdicción social. Doctor en Derecho y en Ciencias Políticas.*

**Resumen:** *Supuesta vulneración de la prohibición de discriminación por identidad sexual y del derecho a la propia imagen. Ausencia de indicios discriminatorios por cese en e período de prueba. Inexistencia de límites a la expresión de género de las personas trabajadoras en la empresa.*

**Palabras clave:** *Discriminación por identidad sexual. Derecho a la propia imagen.*

**Abstract:** *Alleged violation of the prohibition of discrimination based on sexual identity and the right to self-image. Absence of discriminatory circumstantial evidences due to cessation in the trial period. Inexistence of limits to the gender expression of the workers in the company.*

**Keywords:** *Discrimination based on sexual identity. Right to self-image.*

---

### **I. Introducción**

La sentencia objeto de comentario es de enorme interés porque la misma acuña una serie de conceptos esenciales en el derecho antidiscriminatorio en su vertiente de género, por un lado; y por otro lado amplía el contenido del derecho a la propia imagen a supuestos antes no amparados. Es una sentencia que deniega el amparo solicitado porque aún concurriendo panorama indiciario de discriminación, la empresa aporta una justificación objetiva y razonable de la decisión extintiva. Lo relevante es que se adentra en el deslinde de conceptos tan basales como el sexo, el género, la orientación sexual, la identidad de género o la expresión de género a través de la indumentaria. Su importancia, por tanto, radica más en su vertiente objetiva-doctrinal, que en su vertiente tuitiva del derecho en el caso concreto.

### **II. Identificación de la resolución judicial comentada**

**Tipo de resolución judicial:** sentencia.

**Órgano judicial:** Tribunal Constitucional (Pleno).

**Número de resolución judicial y fecha:** sentencia núm. 67/2022, 2 de junio.

**Tipo y número recurso o procedimiento:** Recurso de amparo núm. 6375/2019.

**ECLI:**ES:TC:2022:67

**Fuente:** BOE

**Ponente:** Excma. Sra. Dña. María Luisa Balaguer Callejón.

**Votos Particulares:** carece.

### **III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes**

#### *1. Hechos*

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 prestasen en diferentes localizaciones, según las necesidades de la empresa. Inicialmente el domicilio del 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.

#### *2. Antecedentes procesales*

- 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 la demanda 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, pérdida de la fianza del alquiler de la vivienda y mudanzas efectuadas) y otros 50 000 € por la reparación de los daños morales.

- El 03/02/2014 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.

- 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 practicara como diligencia final la prueba testifical de la directora de recursos humanos.

- Practicada la diligencia final se dictó sentencia nuevamente desestimatoria por el Juzgado de lo Social nº 2 de Madrid.

- 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. El TSJ considera que concurren indicios de discriminación pero que, sin embargo, existe en el caso una justificación objetiva y razonable de la extinción del contrato de trabajo por terminación del período de prueba.

#### **IV. Posición de las partes**

**El demandante de 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 empleadora, Rhea System, S.A.**, se opone 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.

La Fiscalía considera que no procede el amparo solicitado. 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.

La Fiscalía parte de 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, 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.

#### **V. Normativa aplicable al caso**

- Arts. 9.3, 10, 14, 18.1 CE
- Arts.14 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH) y su Protocolo nº 12
- Art.s.1, 3, 7, 19 y 29 de la Declaración Universal de los derechos humanos (DUDH).
- Art. 21 CDFUE, art. 2.1 b) Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006,
- 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
- Art. 6.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.
- Art.14 ET

#### **VI. Doctrina básica**

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

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 autonomía de la voluntad que, si bien aparece fuertemente limitado en el Derecho del trabajo, por virtud, entre 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.

## VII. Parte dispositiva

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.

## VIII. Pasajes decisivos

1. *Conceptos relevantes: sexo, género, orientación sexual, identidad de género y personas trans.*

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

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 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 desarrollar una determinada vida privada y familiar (art. 8 CEDH), tal y como se deriva de una consolidada 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).

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 omnicompreensiva 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.

## 2. Ampliación del contenido del derecho a la propia imagen

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)

## IX. Comentario

Nos hallamos ante una sentencia de innegable importancia, en que se formulan una serie de conceptos fundamentales en el derecho constitucional antidiscriminatorio y en la que se amplía el derecho a la propia imagen, acercándolo a la realidad social actual, de forma que ahora contiene –además de su contenido tradicional- 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).

Además de su importancia, la sentencia ha resultado ser oportuna, puesto que se publica el 22 de julio de 2022, poco después de que el BOE de 13 de julio publicara la Ley 15/22, de 12 de julio integral para la igualdad de trato y no discriminación. Consciente de ello, el TC ha querido incorporar a su bagaje doctrinal nociones tan relevantes en el derecho antidiscriminatorio como sexo, género, orientación sexual, identidad de género y personas trans. El colectivo LGTBI logra de esta forma un reconocimiento legal y constitucional que no hace sino andar un primer paso en la aún larga senda de consecución de su trato igual y no discriminatorio por parte de la ciudadanía y los poderes públicos.

El conflicto que revela el caso se refiere a la indumentaria en el trabajo, y la expresión a través de la misma de la identidad de género, esto es, la identificación de una persona con caracteres definitorios del género que pueden coincidir o no hacerlo con el sexo que se le atribuye. El grado de aceptación de que alguien del sexo masculino lleve falda en el trabajo, en la escuela o en cualquier ámbito de socialización, es quizás uno de los más potentes indicadores del grado de tolerancia del grupo respecto de las distintas y plurales manifestaciones la identidad de género. Se trata éste de un aspecto enormemente sensible desde la perspectiva de los derechos humanos, por su estrecha vinculación a los aspectos más íntimos de la personalidad y, por tanto, integrantes de la dignidad de la persona.

Contribuye la sentencia, desde una perspectiva pedagógica, a la reflexión acerca de las nociones de sexo-género, y a la promoción del respeto hacia las distintas identidades de género. Se alcanza así la máxima protección de la identidad de género por una doble vía *ius fundamental*: el art.14 y el art.18.1 CE. En efecto, la sentencia, como se ha dicho, amplía el derecho a la propia imagen a nuevos ámbitos. De forma que, ahora 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 ahora parte integrante del derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE).**

Se trata de un innegable avance, que permite a los colectivos LGTBI dejar de llevar esa “doble vida”: la que les impone la moral(es) social dominante y la que libremente han elegido. La persecución penal de personas por su identidad de género o su orientación sexual cuenta con una rancia tradición en nuestro derecho, muestra de ello fue la Ley 16/70 de 4 de agosto de peligrosidad social y su antecesora ley de vagos y maleantes. La represión de la homosexualidad es una triste realidad que desgraciadamente no ha pasado a la historia en muchos países. El mapamundi de la homofobia va desde la protección constitucional frente a la discriminación por orientación sexual hasta su criminalización, en algunos casos incluso con la pena de muerte.

Tanto la literatura como el cine dan buena cuenta de la tragedia de la “doble vida”, que han tenido que sufrir y sufren los colectivos LGTBI. Obras de autores cubanos como Pedro Juan, dan testimonio de la persecución de estos colectivos, simplemente por ejercer su derecho a la libertad sexual ( vid.“Fabián y el caos”). Novelas tan devastadoras como la de Reinaldo Arenas “Antes de que anochezca”, contribuyen también al camino de la sensibilización ante el sufrimiento humano derivado de la discriminación, que alcanza sus más altas cotas en la criminalización. En la misma línea, películas como “Un hombre llamado Flor de Otoño” de Pedro Olea, narran esa “doble vida”, que la sentencia que comentamos contribuye a eliminar del mapa jurídico constitucional.

La expresión de la identidad de género, de este modo, irrumpe en el contenido del derecho a la propia imagen, lo que comporta que ninguna persona, por razón de su identidad de género deberá esconder, modificar o disimular el modo de vestir, el uso de nombre, el comportamiento, la voz o la estética, pues ahora conforman el contenido tutelable en amparo del derecho a la propia imagen y, por otro lado, del derecho a no ser discriminados por razón de su identidad de género.