

Protección constitucional de la discriminación por identidad de género: prueba indiciaria y carga probatoria.

Pilar Rivas Vallejo

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona

Resumen: *La tutela frente a la discriminación por identidad de género se integra en el art. 14 CE como “otra circunstancia personal o social”, por ser esta “numerus apertus”, pero, admitidos los indicios para la inversión de la carga probatoria, se aprecia una desvinculación total entre la decisión administrativa y la causa alegada, por su carácter general y reglado.*

Palabras clave: *Discriminación. Identidad de género. Despido. Carga de la prueba.*

Abstract: *Protection against discrimination based on gender identity is covered by art. 14 CE as “another personal or social circumstance”, because this is numerus apertus, but, once the evidence for reversing the burden of proof is admitted, there’s a disconnection between the administrative decision and the alleged cause, because of its general and legal nature.*

Keywords: *Discrimination. Gender identity. Dismissal. Burden of proof.*

I. Introducción

El Tribunal Constitucional resuelve si la identidad de género está cubierta por el art. 14 de la Constitución y analiza la distribución de la carga de la prueba en una decisión adoptada por una administración autonómica, basada en un procedimiento reglado de cobertura de vacantes cubiertas por personal interino.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Constitucional (Sala Segunda).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 81/2024, de 3 de junio.

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de amparo núm. 3819-2020.

ECLI:ES:TC:2024:81.

Fuente: BOE núm. 164, de 8 de julio de 2024, págs. 85398 a 85411.

Ponente: Excmo. sr. D. César Tolosa Tribiño.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La demandante obtuvo sentencia parcialmente estimatoria (declarando la improcedencia del despido, pero no la nulidad) del Juzgado de lo Social núm. 4 de Córdoba el 31/7/2018 en procedimiento de despido núm. 867/2018, que, recurrida en suplicación (núm. rec. 241/2019) por la Consejería de Cultura, Turismo y Deporte de la Junta de Andalucía, fue revocada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, en sentencia de 24/6/2020, declarando la procedencia del despido. Dicha sentencia es recurrida en amparo por la actora, por considerar vulnerado el derecho a la igualdad en conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad (arts. 14 y 24.1 CE), pues vincula dicha calificación a dos elementos: a) su transición de género (iniciada en paralelo a otra solicitud de ajuste razonable en diciembre de 2015), solicitada su aplicación a la directora del museo donde la actora prestaba servicios a comienzos de 2016 y resuelta favorablemente el 26/2/2016, si bien tuvo incidencia negativa en las funciones realizadas (restricción a una sola de las anteriormente realizadas, evitando las de guía del museo); b) su reclamación acerca de la duración de su contrato de trabajo, en tanto fue convocado por la administración pública competente concurso de traslados del que resultó la adjudicación del puesto interinamente ocupado por la actora a otra trabajadora, con la consecuente extinción de su contrato con efectos de 30/6/2017, frente a la cual solicitó la declaración de su condición de personal por tiempo indefinido, petición desestimada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Córdoba por sentencia de 28/7/2017. La actora considera que la extinción de su contrato trae causa de móvil discriminatorio, basado en su identidad sexual, y contrario a su derecho a la garantía de indemnidad, como consecuencia de su previa reclamación. La sentencia de 31/7/2018 del Juzgado de lo Social descarta la nulidad y declara la improcedencia, al considerar que: a) el cese no guarda vinculación alguna con ambos extremos, sino con un procedimiento administrativo, el concurso de traslados de la Administración General de la Junta de Andalucía, en el que no incidió la dirección del museo, sin que tampoco sendas reivindicaciones previas (sillón ergonómico y trato ajustado a su nueva identidad de género) fueran desoídas, sino plenamente satisfechas; y b) la diferencia de trato dispensada a otro trabajador en similares circunstancias que no fue cesado carece de sustento jurídico, por vincularse la condición laboral de este a una plaza excluida del concurso de traslados.

La sentencia del TSJ de Andalucía de 24/6/2020 desestima igualmente ambas pretensiones y estima el recurso interpuesto por la empleadora, por considerar que: a) el cese se ligaba a la cobertura reglamentaria de la plaza, iniciada antes de la reclamación de la actora (de 12/7/2016) sobre su hipotética condición de personal por tiempo indefinido, b) no concurrir discriminación por identidad de género ni ser discriminatoria la tardía puesta a disposición del sillón ergonómico, y c) la inexistencia de relación entre estos hechos y la convocatoria de la plaza en cuestión, incluida entre otros cientos de puestos públicos.

IV. Posición de las partes y planteamiento judicial

La demandante sostiene la vulneración del derecho a la igualdad en conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad (amparada en las distintas reclamaciones presentadas en distintas fechas -14/12/2011, 15/9/2014, 16/12/2015 y 18/2/2016-), al considerar que concurren indicios de discriminación que determinan la inversión de la carga de la prueba (el trato inadecuado en su centro de trabajo, consistente en la prohibición de realizar visitas guiadas con niños, con el propósito de dificultar su visibilidad por parte del público del museo) como consecuencia de su transexualidad, junto con la ausente motivación de la inclusión de la plaza en el citado concurso, sobre la que afirma que no se desplegó actividad probatoria alguna por la demandada.

La letrada de la Junta de Andalucía solicita la desestimación de la demanda de amparo, por carecer de trascendencia constitucional, al existir ya pronunciamiento sobre la inclusión en el art. 14 CE de la discriminación por identidad de género, y por ausencia de la vulneración alegada, al no existir móvil discriminatorio en el cese. Alega

que: a) el carácter interino de la relación laboral, ligada a su cobertura mediante concurso, impedía aspirar a su ocupación por tiempo indefinido, y que su cobertura se desvincula por completo de las decisiones del centro de trabajo, en tanto el concurso de 12/7/2016 (anterior a la propia reclamación) tiene carácter general para toda la comunidad autónoma; b) que la exclusión de dicha convocatoria del puesto interino similar estaba justificada por tratarse de contrato de relevo para cubrir, hasta una fecha posterior, la jubilación parcial de una funcionaria, y que fueron cesados otros trabajadores del museo como consecuencia del concurso por razones de estricta legalidad; y c) las visitas guiadas y los talleres para niños no formaban parte del contenido del puesto de trabajo ocupado por la recurrente, por lo que su realización previa fue meramente ocasional o por falta de personal, y que tanto el trato ajustado a su nueva identidad de género como la entrega de la silla ergonómica fueron resueltos favorablemente con prontitud y, por tanto, no encierran trato discriminatorio.

El Ministerio Fiscal considera agotada la vía judicial previa, pese a la no interposición de recurso de casación para la unificación de doctrina, dada la imposibilidad de acreditar la contradicción que este requiere, y estima en el plano procesal que las sentencias impugnadas no efectuaron un análisis minucioso de la carga de la prueba tras la observación de los indicios, y en el sustantivo, que concurre discriminación por identidad de género, pero no así por vulneración de la garantía de indemnidad, pues: a) resulta irrelevante la voluntad lesiva de discriminar o la motivación discriminatoria, siendo, por el contrario, principal la actuación (objetiva) del empleador (STC 108/2019, de 30/9), y b) la discriminación relativa al segundo inciso del art. 14 CE no requiere necesariamente de un término de comparación, por más que pueda concretarse en desigualdades de trato que pueden ser objeto de contraste o necesitar de este para ser apreciadas (STC 172/2021, de 7/10), como parecen haber considerado las sentencias impugnadas. Con cita de normativa europea y doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (referida a otra circunstancia, la orientación sexual), sostiene que la discriminación por identidad de género es subsumible en la doctrina sobre discriminación por razón de sexo, en el ámbito laboral (STC 214/2006, de 3/7, y SSTC 66/2014, de 5/5, 2/2017, de 16/1, y 108/2019, de 30/9), aunque no se cite expresamente en el art. 14 CE, pues constituye una condición o circunstancia personal o social.

V. Normativa aplicable al caso

Art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; arts. 14 y 24.1 de la Constitución española; arts. 16.2 y 29.3 de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, del Parlamento de Andalucía, de ordenación de la función pública de la Junta de Andalucía; y art. 20 del VI Convenio colectivo del personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía.

VI. Doctrina básica

1. Inclusión de la identidad de género en las causas protegidas por el art. 14 CE

El Tribunal Constitucional arguye que la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) es puramente formal e instrumental respecto a la pretensión principal, relativa a la alegada discriminación por identidad de género, en la que debe entenderse subsumida, en el marco del art. 14 CE, y analiza esta como cuestión central del recurso, si bien desde la óptica procesal. Previamente, entiende que concurre el requisito de la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo, pues el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo, atendiendo a los criterios establecidos en el art. 50.1 b) LOTC (STC 21/2024, de 12/1), acorde con la doctrina de la STC 155/2009, de 25/6, pues plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este tribunal, si bien al mismo tiempo remite a la doctrina existente, sentada en la STC núm. 67/2022, de 2/6, dictada por el Pleno (igualmente sobre despido discriminatorio, en periodo de prueba, basado en identidad de género), para examinar la cuestión planteada: la inclusión de la identidad de género entre las circunstancias prohibidas en el art. 14 CE y su proyección en el ámbito de las relaciones laborales. Doctrina que sintetiza que el

art. 14 CE no contiene una lista cerrada de supuestos de discriminación (STC 75/1983, de 3/8), aunque recoge las que históricamente se encuentran más arraigadas y que han provocado la desventaja social e incluso el daño a la dignidad personal ex art. 10.1 CE de ciertos sectores de la población (SSTC 128/1987, de 16/7, 166/1988, de 26/9, 145/1991, de 1/7, y 63/2011, de 16/5). Se halla entre ellas «la condición de transexual» (STC 176/2008, de 22/12), reconocida así también por el TEDH al interpretar el art. 14 CEDH y su Protocolo núm. 12 (SSTEDH de 16/7/2014, asunto *Hämäläinen c. Finlandia*, y de 12/5/2015, asunto *Identoba y otros c. Georgia*), y por el propio Tribunal Constitucional, en el contexto de las relaciones de trabajo, como es el caso de la STC 38/1981, de 23/11, cuando se trate de un indicio sólido y no de su mera alegación.

2. Indicios e inversión de la carga probatoria

En realidad, esta cuestión constituye el núcleo del análisis constitucional del caso planteado, tras resolver si la identidad de género goza de la protección del art. 14 CE. Con cita de su doctrina anterior respecto a la carga de la prueba en procesos sobre discriminación, afirma que la prueba indiciaria (indicios que generen «una razonable sospecha, apariencia o presunción» de que el ejercicio del derecho de autodeterminación de género ha sido el detonante de la decisión empresarial) provoca que la demandada deba probar la realidad de las causas de su actuación, ajena a la pretendida vulneración, y su entidad suficiente «para justificar la decisión adoptada al margen del derecho fundamental alegado» (STC 104/2014, de 23/6), aunque no exista intencionalidad discriminatoria, si los incumplimientos atribuidos al empleador «representan objetivamente actos contrarios a la prohibición de discriminación» (STC 233/2007, de 5/11).

El tribunal identifica la prueba indiciaria en cierta conflictividad de las relaciones laborales entre la recurrente y la dirección del museo a partir de su petición de ser identificada como Lucía y en la necesidad de apelar a la delegación territorial competente a fin de doblegar la inicial resistencia de la directora del museo a acoger la solicitud, pero descarta (en su afectación al cese) que lo sean el retraso de adaptación del puesto de trabajo, al haberse cursado la solicitud con gran antelación a la citada segunda petición (en septiembre de 2014, aunque se insistiera en ella con ocasión del cambio de identidad de género), y la prohibición de realizar visitas guiadas y talleres infantiles, en tanto estas no se integraban en el contenido del puesto de trabajo y se realizaban solo de forma ocasional o por falta de personal.

Invertida la carga probatoria, argumenta el Tribunal Constitucional, el canon de enjuiciamiento se proyectará sobre los hechos probados (art. 44.1 LOTC), pudiendo «alcanzar una interpretación propia del relato fáctico conforme a los derechos y valores constitucionales en presencia» (ex STC 41/2006, de 13/2). Sin embargo, ninguna discriminación se imputa a la Junta de Andalucía, sino únicamente a la directora del museo, ni de su inmediata respuesta positiva a la solicitud de la actora por parte de la consejería autonómica se deduce tal actitud. Y tampoco la extinción de la relación laboral tuvo que ver con el derecho de autodeterminación de género, sino con la convocatoria pública del concurso de traslados entre el personal laboral de carácter fijo o fijo discontinuo al servicio de la administración de la Junta de Andalucía, para cubrir puestos de trabajo ocupados interinamente por personal temporal, en virtud de la Ley del Parlamento de Andalucía 6/1985, de 28 de noviembre, de ordenación de la función pública de la Junta de Andalucía, convocatoria que no fue cuestionada por la demandante por discriminatoria, al haberse limitado esta a reclamar el carácter de su relación laboral como de tiempo indefinido y obtener respuesta negativa, pues, en virtud del art. 29.3 de la Ley 6/1985 (como del art. 20 del VI Convenio colectivo del personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía), debía producirse su cese al ser cubierto su puesto de trabajo por personal funcionario (art. 16.2 de la Ley 6/1985).

En consecuencia, y aunque se distribuye la carga de la prueba a partir de los indicios aportados, no se aprecia prueba sólida de discriminación en los hechos probados, sino adecuada motivación de la decisión administrativa, al deducirse del

relato fáctico que el cese no pudo deberse a una conducta discriminatoria de la empleadora (la Junta de Andalucía y no meramente el centro de trabajo), sino a la aplicación estricta de la legalidad ordinaria y convencional, no limitada a un único sujeto, más a una amplia pluralidad de ellos, en el marco de un procedimiento reglado de cobertura de vacantes ocupadas provisionalmente por personal interino, por tanto, basada en «motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate (STC 17/2007, de 12/2).

En suma, admitida la cobertura de la situación por el art. 14 CE, y apreciando indicio de discriminación en la dirección del centro de trabajo proyectable a la decisión extintiva, se considera que esta no fue adoptada por este, sino dentro de un marco autonómico y con un ámbito subjetivo general, en el seno de un proceso reglado, por lo que se descarta el móvil discriminatorio, diluido en una decisión reglada de efectos generales.

VII. Parte dispositiva

Se desestima el recurso de amparo, analizada la prueba, indiciaria y de contrario, por ausencia de vínculo específico entre la decisión administrativa y su afectación particular a la demandante.

VIII. Pasajes decisivos

«... sus derechos a la autodeterminación de género, ... hace referencia a una de las circunstancias personales que... activan la cláusula antidiscriminatoria del art. 14 CE».

«... activado el principio de inversión de la carga de la prueba, 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 a la no discriminación por razón de identidad de género...».

«... dicho canon de enjuiciamiento se proyectará sobre “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)».

«... la causa del cese de la recurrente no tuvo que ver con los desencuentros iniciales con la directora del museo sobre el reconocimiento de su identidad de género, sino con la resolución del concurso de traslados convocado por la Dirección General de Recursos Humanos y Función Pública de la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía, que afectó a las plazas vacantes de dicha comunidad autónoma en cumplimiento de las previsiones del convenio colectivo del personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía aprobado años antes».

IX. Comentario

1. La discriminación por identidad de género en el marco del art. 14 CE

El presupuesto del análisis que efectúa la resolución comentada es una cuestión sustantiva, si bien el núcleo de la misma tiene carácter procesal, lo que provoca que el examen del elemento sustantivo, pese a su mayor interés, devenga secundario, en buena parte porque su carga controversial es limitada, atendido que se trata de una cuestión ya resuelta por la STC núm. 67/2022, de 2/6, a cuyos fundamentos se remite, y en la que se citaba la STC 176/2008, de 22/12, que sostenía que la identidad de género «es indudablemente una circunstancia incluida en la cláusula» del segundo inciso del art. 14.1 CE. Asimismo, se cita la doctrina del TEDH en interpretación del

art. 14 CEDH y su Protocolo núm. 12, asimismo favorables a la tesis de la cláusula abierta en la que integrar la identidad de género como característica protegida (SSTEDH de 16/7/2014, asunto Hämäläinen c. Finlandia, y de 12/5/2015, asunto Identoba y otros c. Georgia), sin referencia alguna, por el contrario, a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

La legislación vigente, no aplicable a los hechos por razones temporales, desarraiga la tradicional vinculación de la característica personal aludida, la identidad de género, de la protección por razón de sexo, para crear una nueva categoría protegida, bajo las siglas comunes de «LGTBI(Q)» (vid. su definición en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Unión de la Igualdad: Estrategia para la Igualdad de las Personas LGBTIQ 2020-2025»), acogida en la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (art. 3, que define la *identidad sexual* y la expresión de género). Ello derivaría, igualmente, en la desvinculación de la protección a la misma en el ámbito territorial español del marco legal y jurisprudencial europeo, en tanto que en este se mantiene vigente la tutela a la identidad de género bajo el paraguas de la protección frente a la discriminación por razón de sexo.

En efecto, la legislación de la Unión Europea y los tratados de ámbito europeo emplean el término “sexo” o, alternativamente, el de “mujeres”, como es el caso del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul), que utiliza la expresión “género” en el sentido estricto de los roles sociales atribuidos a hombres y mujeres (art. 3 c), sin pretensión de abarcar otras identidades de género. Si bien algunos textos legales europeos se refieren explícitamente a la cuestión, lo hacen en el marco del principio de igualdad entre hombres y mujeres, como es el caso de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Unión de la Igualdad: Estrategia para la Igualdad de las Personas LGBTIQ 2020-2025», que afirma que el principio de la igualdad de trato entre hombres y mujeres se opone a la discriminación por motivos relacionados con el “cambio de sexo” (Cfr. STJUE de 30/4/1996, P. / S. y Cornwall County Council, C-13/94, ECLI:EU:C:1996:170, y STJUE de 27/4/2006, Sarah Margaret Richards/Secretary of State for Work and Pensions, C-423/04), incluyéndolo dentro del concepto “sexo”, aunque se afirma explícitamente que «este marco jurídico aún no menciona explícitamente las características sexuales como motivo prohibido de discriminación».

En efecto, la Comisión Europea equipara sexo e identidad de género en la Comunicación de la Comisión «Unión de la Igualdad: Estrategia para la Igualdad de las Personas LGBTIQ 2020-2025» (apdo. 1.1). Asimismo, sostiene que la Directiva sobre la igualdad de género consagra el derecho de toda persona a no ser discriminada por razón de su sexo —ni por motivos relacionados con el cambio de sexo— en el acceso al empleo, las condiciones de trabajo y los regímenes profesionales de seguridad social, pero afirma que este marco legal no menciona explícitamente las características sexuales como una causa de discriminación. Por otra parte, su informe «Legal gender recognition in the EU: The journeys of trans people towards full equality» (2020) considera que el núcleo de protección es la reasignación de sexo y no la equiparación con el sexo de preferencia (es decir, la tutela por razón de sexo). La Comisión parece referirse a «personas no binarias, intersexuales y queer», abarcando tanto la expresión de género como lo que denomina “características sexuales”. Y, así, sostiene que «si bien algunos Estados miembros han incluido las características sexuales como motivo de discriminación en su legislación nacional en materia de igualdad, muchos han optado por dar una interpretación amplia a “sexo”» (Comisión Europea, «Trans and intersex equality rights in Europe – a comparative analysis», y Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, 2015, «Human rights and intersex people»). Por ello, España (junto a Bélgica, Islandia, Dinamarca, Irlanda, Luxemburgo, Noruega, Portugal) reconoce el derecho de autodeterminación de género (mientras otros, como Austria,

Alemania o Malta regulan el derecho a declararse como no binarios, *Transgender Europe*, Trans rights map 2022). Algunos estados asimilan el tratamiento de la discriminación relacionada con la transexualidad como forma de discriminación por razón de sexo (en algún caso incluso como discriminación por razón de orientación sexual).

En el plano mundial, los Principios de Yogyakarta, del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, señalan que las características sexuales se hallan incluidas en el concepto amplio de «persona transgénero» a efectos de la protección por motivos vinculados a la «identidad de género», y que todas las orientaciones sexuales e identidades de género tienen derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos, siendo uno de ellos la igualdad y la no discriminación (principio 2). Asimismo, el Convenio 190 OIT acoge la idea de «género», sustituyendo a la de “sexo” (que encuadra en la más amplia de género), no ya solo para integrar los motivos basados en el sexo biológico, sino también en los estereotipos de género y dar, además, cabida a otras consideraciones de género.

En el marco europeo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) se refiere únicamente al sexo en su art. 14. Sin embargo, teniendo en cuenta la lista no exhaustiva de causas previstas en el artículo 21.1, la identidad sexual se ha considerado como «otra condición», como ya indica la resolución comentada del TC. Sucede lo mismo con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Lo cierto es que la doctrina del TEDH, sentada principalmente en la Sentencia de 17/10/1986 (Ress c. Reino Unido, demanda núm. 9532/81) y en la Sentencia de 11/7/2002, Goodwin vs. Reino Unido, apoya la tesis de un derecho autónomo, separado del sexo.

Sin embargo, el TJUE opta por la inclusión dentro de la categoría de «discriminación por razón de sexo» de la debida a una reasignación o afirmación de sexo, quedando al margen de este ámbito las situaciones «queer» o de autodefinición no binaria. Así, la STJUE de 26/6/2018, asunto C-451/16, *MB y Secretary of State for Work and Pensions*, declara que, «a efectos de la aplicación de la Directiva 79/7, debe(n) considerarse como personas que han cambiado de sexo a las personas *que hayan vivido durante un período significativo como personas de un sexo distinto del de su nacimiento y que se hayan sometido a una operación de cambio de sexo*», pareciendo excluir a aquellas personas que no se hayan sometido a tal intervención quirúrgica, pese a vivir como mujeres, a los efectos de considerarlas incluidas en el ámbito de aplicación de la directiva.

Pero, en definitiva, y pese a las dudas conceptuales de los textos legislativos europeos, a efectos de su protección bajo una categoría u otra, la situación queda amparada bajo el concepto de «sexo» en el ámbito de la UE, y, por ende, en el español, aunque la legislación específica emergente en la materia (tanto en la UE como en España, ya consolidada tras un año desde la aprobación de la ley) permita una tutela autónoma a la identidad de género.

La sentencia analizada se centra, no obstante, en la interpretación del alcance del art. 14 CE para excluir todo debate del alcance de la tutela por razón de sexo, como sí hizo la precedente STC núm. 67/2022, que alude a la tradicional intercambiabilidad de los términos sexo y género en la doctrina constitucional, según recoge la STC núm. 159/2016, de 22/9, confusión que se reproduce en la STC núm. 99/2019, de 18/7, de las que la STC 67/2022 se separa, apelando a la necesidad de distinguir los conceptos, y definiendo la expresión de género (que incluye el uso de nombres y pronombres, como en el caso analizado) como parte integrante del derecho a la propia imagen reconocido en el art. 18.1 CE. En tal otra decisión, el tribunal recuerda que asimismo «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 que, como ya sentó la STC núm. 176/2008, de 22/12, «la condición de transexual, 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», que somete a las personas transexuales a situaciones contrarias a la dignidad proclamada por el art. 10.1 CE, norma interpretativa del art. 14 CE. Asimismo, concluye 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, es aplicable también a la discriminación por motivos de identidad de género.

Por el contrario, en esta ocasión el TC opta, en coherencia con el concepto de categoría autónoma de protección, por la interpretación de la lista de circunstancias amparadas por el precepto constitucional. Soslayando su categorización, pero en una clara apuesta por su tutela independiente del sexo, en tanto el precepto constitucional no constituye una lista cerrada, declara que la situación estudiada debe considerarse, *per se*, amparada como circunstancia personal o social a la que alude el inciso final de la norma, por la evidente y notoria desventaja histórico-social de las personas que se encuentran en tal situación, interpretación que entiende conforme con la doctrina del TEDH ya aludida.

Queda aludida, si bien sin abordaje concreto, el alcance de la cara activa del ejercicio del derecho de autodeterminación de género para la empresa, consistente en las obligaciones de hacer que en ella genera, asimilables a los propios del derecho de libertad religiosa (v.gr. promover el cambio de tratamiento a la trabajadora).

2. El núcleo procesal del fallo y las decisiones de aplicación general

La resolución comentada centra su examen en una cuestión procesal: la verosimilitud o razonabilidad de los indicios de discriminación (útil para desvelar «las razones latentes de actos que puedan enmascarar una lesión de derechos fundamentales», ex STC núm. 104/2014, de 23/6) y la actividad probatoria suficiente de la demandada por inversión de la carga probatoria. Así, aplicando la doctrina constitucional sobre la carga probatoria en procesos sobre discriminación, sostiene el deber de efectuar el análisis constitucional a partir de los indicios aportados de manera exhaustiva y coherente con el respeto al valor del derecho a la no discriminación (recuérdese que, a tenor de la STJUE de 19/4/2012, Galina Meister, asunto C-415/10, «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»), y admite la suficiencia de los indicios: que la actora desplegó en paralelo acciones de reclamación, con respuestas renuentes de su superior jerárquica, a su transición de género. Del mismo modo, deriva de la descripción del procedimiento legal y convencional aplicado a la cobertura de la vacante el efecto probatorio exigible a la demandada (que, de acuerdo con las SSTC 29/2002, 30/2002, 17/2003 y 342/2006, de 11/12, ha de tener entidad suficiente para justificar la decisión adoptada), descartando, pues, la relevancia de la conducta de la superior jerárquica, por carecer esta de efecto directo en la decisión extintiva cuestionada.

La argumentación de la sentencia comentada conduce a una suerte de axioma según el cual, en decisiones generales sujetas a un procedimiento reglado, no cabe la afectación individual de carácter discriminatorio. Así, los argumentos expuestos, pese a no constituir conclusión propia de la resolución, permitirían sostener este principio en casos como este, al no constar ni alegarse otros sujetos afectados por una hipotética discriminación (como recuerda el Ministerio Fiscal, tampoco se requiere para acreditar el trato discriminatorio individual, conforme a la STC núm. 172/2021, de 7/10), pues el pleito se circunscribe a la situación personal de la actora, excluyendo el examen de un posible impacto discriminatorio general, y limitándose a vincular la decisión extintiva con una desavenencia de índole personal con la superior jerárquica, que no fue la autora de la decisión impugnada.

Pese a que, en otras circunstancias, esta disociación entre ambos responsables no excluiría la relación de causalidad, en tanto ambos forman parte de un mismo círculo organizativo responsable de las decisiones, por autoría material o por refrendo, al ser doctrina constitucional que el acto reprochable puede tener o no intencionalidad,

debiendo demostrarse por el demandado que sus actos objetivamente son ajenos a la prohibición de discriminar (SSTC 67/2022 y 233/2007, y STJUE de 19/4/2012), en el caso analizado, y pese a que la conducta denunciada fue objeto de corrección por la entidad pública competente, el reproche constitucional se diluye en dinámicas decisionales de mayor alcance: los procedimientos de cobertura de vacantes provisionalmente ocupados por personal interino, si estos cuentan con el oportuno soporte legal y no se aprecia impacto indirecto (v.gr., el colectivo trans). Por lo que, dados los términos del debate suscitado y el marco general en el que se inscribe, puede concluirse que su carácter de interina había de ceder en todo caso ante los efectos generales de la resolución administrativa, con independencia de la gravedad de la conducta discriminatoria desplegada por la empleadora. En otros términos, que, en realidad, la delimitación del litigio, ligado en exclusiva a la impugnación del despido, impide responder adecuadamente a la conducta censurable sufrida por la trabajadora a manos de su superior jerárquica, resultado que habría optado a mejor destino de haberse planteado la reclamación en solicitud de tutela de derechos fundamentales derivados de la relación laboral y no solo como consecuencia de su extinción. En suma, existen dos planos de debate, admitiéndose que, en el plano inferior (el de la relación con la dirección del centro de trabajo), los indicios aportados apuntan a una posible conducta discriminatoria (contraria al deber de protección que el art. 4 Ley 4/2023 exige a los poderes públicos, y que su art. 8 predica de las administraciones autonómicas), mientras se descarta en el plano superior (el del ámbito de competencias de la delegación territorial del gobierno autonómico del que dependía la primera), condicionado por un factor temporal irrefutable: la fecha de la convocatoria de concurso de traslados.

X. Apunte final

Las limitaciones temporales relativas a la fecha de autos impiden integrar en el análisis de la sentencia comentada la incidencia tanto de la Ley 15/2022, de 12 de julio, como de la Ley 4/2023, en el tratamiento de la discriminación laboral por tal causa (y la salud, asimismo comprometida en este caso), especialmente considerando el principio de discriminación positiva (definido por el art. 3 f de la Ley 15/2022) para el colectivo afectado que parece introducir las leyes 15/2022 (arts. 7 y 11) y 4/2023 (especialmente, arts. 14 y 54, que apela a medidas de discriminación positiva, así como art. 55). Si bien bajo este parámetro temporal la resolución administrativa de cobertura de vacantes conduciría al mismo resultado, lo cierto es que de dicho nuevo marco legal podrían inferirse nuevos derechos de protección para la demandante, que, aun en el marco de la administración autonómica y bajo la sujeción a los principios de igualdad, mérito y capacidad, le permitieran solicitar una adaptación de condiciones, más allá de las relativas a su situación de salud (que también habrían quedado tuteladas tanto por la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales como por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre), aunando ambas características protegidas (identidad de género y discapacidad/salud), teniendo en cuenta las previsiones de la Ley 4/2023 en relación con la protección en el empleo de la aludida situación, aun condicionada por las directrices marcadas por los planes de diversidad establecidos en dicha ley. Elementos que, en cualquier caso, habrían de quedar expuestos en la demanda de origen, para ser integrados en el debate judicial.