

EL DESPIDO DE UN TRANSEXUAL *

Alberto CÁMARA BOTÍA

Catedrático de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Facultad de Derecho
Universidad de Murcia
acamara@um.es

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL DESPIDO DE UN TRANSEXUAL ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: UNA CUESTIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO.—1. El litigio original y el planteamiento de la cuestión prejudicial.—2. El criterio del Tribunal de Justicia: el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres debe aplicarse a las discriminaciones por cambio de sexo.—3. La prolongada influencia de la Sentencia *Cornwall*.—4. El doble estándar judicial para la discriminación por transexualidad y por orientación sexual. —III. EL MISMO PROBLEMA ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO DE LOS ESTADOS UNIDOS: ES IMPOSIBLE DISCRIMINAR A UNA PERSONA POR SER HOMOSEXUAL O TRANSGÉNERO SIN DISCRIMINAR A ESE INDIVIDUO POR SU SEXO.—1. Los problemas planteados ante el Tribunal Supremo.—2. La decisión del Tribunal Supremo: la homosexualidad y la condición de transgénero están indisolublemente ligadas al sexo.—3. El voto particular del juez Alito: «Es difícil recordar un abuso más descarado de nuestra autoridad para interpretar leyes».—IV. EL DESPIDO DISCRIMINATORIO DE PERSONAS TRANS EN EL DERECHO ESPAÑOL.—1. La tipificación legal de la identidad sexual y la expresión de género como motivos protegidos.—2. La situación anterior a las Leyes 15/2022 y 4/2023: la indiscutida alegación de discriminación por razón de sexo por trabajadoras transexuales despedidas.—3. El telón de fondo: la protección constitucional de la transexualidad.—3.1. La transexualidad desde la perspectiva de la prohibición de discriminación: la condición de transsexual «es indudablemente una circunstancia incluida en la cláusula cualquier otra condición o circunstancia personal o social» del art. 14 CE.—3.2. La transexualidad desde la perspectiva de la identidad de la persona: el derecho a decidir sobre la propia identidad.—4. El despido de personas trans ante el Tribunal Constitucional. La STC 67/2022, de 2 de junio: una construcción jurídica específica sobre las nociones de sexo y género.—4.1. El origen del litigio y la solución de los tribunales laborales.—4.2. El recurso de amparo y el contenido de la sentencia constitucional.—4.3. La fijación de doctrina constitucional

* Este trabajo forma parte del Proyecto PID2022-137171OB-I00, «La prevención de riesgos laborales ante la transición ecológica y digital y los desafíos económico, demográfico y de género» (PRL-TRANSYDES), financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y por el FSE+, y se basa en nuestro estudio «Violencia contra las personas trans y despido», de próxima publicación.

sobre la identidad de género.—4.4. La aplicación de la doctrina al caso planteado.—5. La reiteración de la doctrina constitucional sobre identidad de género por la STC 81/2024, de 3 de junio.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Con este título, *El despido de un transexual*, publicó don Manuel Alonso Olea la disertación que pronunció en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas el día 25 de febrero de 1997¹. Tuvo por objeto el comentario de la STJUE de 30 de abril de 1996 (C-13/94, *P/S y Cornwall County Council*, ECLI:EU:C:1996:170) que resuelve, a partir del despido de un trabajador transexual, el siguiente problema jurídico: ¿el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de empleo y condiciones de trabajo², prohíbe la discriminación por razón de transexualidad? La disertación se publicó el mismo año en los *Anales* de la Academia³, y al siguiente, con texto ligeramente revisado y ampliado, en la *Revista Española de Derecho del Trabajo*⁴.

¹ En el coloquio subsiguiente participaron los académicos Excmos. Sres. Segura Sánchez, López Rodó, Peces-Barba Martínez, Garrido Falla, Del Campo Urbano y Termes Carreró [*Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 74 (1997), p. 628].

² Art. 2.1 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo: «El principio de igualdad de trato en el sentido de las disposiciones siguientes, supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar».

³ *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 74 (1997), pp. 237-254.

⁴ «El despido de un transexual (a propósito de la Sentencia comunitaria de 30 de abril de 1996)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 87 (1998), pp. 5-19. Se trata de una versión, dice ALONSO OLEA, «que ahora se revisa y algo se amplía» (p. 5, nota **). Al inicio del mismo señala ALONSO OLEA que «el título de esta disertación no es una ocurrencia; antes bien, forma parte del de la sentencia» comentada.

El texto publicado en los *Anales* de la RACMYP está formado por dieciocho páginas divididas en diez apartados, sin numerar ni titular, separados por asteriscos, acompañados de veintisiete notas a pie de página (la primera, no numerada, contiene la fecha de la sesión académica). El artículo de la *REDT* reduce el número de páginas a quince, de tipografía más apretada, y eleva el número de apartados a doce, y el de notas a treinta. El incremento de apartados, también sin numerar ni titular y separados por asteriscos, es consecuencia de la subdivisión de los apartados quinto y octavo de la primera versión. Son nuevas las notas octava y decimonovena, se amplía el contenido de la decimoctava y se reduce el de la décima, del que se suprimen las referencias a los pasaportes y DNI de ALONSO OLEA, en los que «por curiosidad simple» había indagado el modo de expresar el sexo del titular. Las

Constituye para mí un altísimo honor participar en la celebración y conmemoración del centenario del nacimiento de don Manuel Alonso Olea (1924-2024), maestro indiscutible⁵, «constructor de la disciplina científica del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en España»⁶ y autor de una obra intelectual de valor perenne e imprescindible para su estudio, elaboración y aplicación. La fórmula de homenaje elegida por la Facultad de Derecho y el Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense, un seminario sobre el tema *Alonso Olea y la jurisprudencia*, dedicado a repasar algunas de las aportaciones de Alonso Olea en esta materia, resulta óptima. En la obra de Alonso Olea ha estado siempre presente una «dedicación prioritaria a la jurisprudencia»⁷. Además, aunque en español, a diferencia de otros idiomas, no se puede jugar con la paronimia pensar/agradecer (*thinking is thanking; denken ist danken*), es claro que cualquier trabajo intelectual se fundamenta y descansa sobre lo pensado por quienes nos han precedido, es un pensar *gracias* a lo que otros han pensado con anterioridad. De ahí que resulte especialmente idóneo conmemorar el centenario de Alonso Olea, que tanto y tan bien pensó las instituciones del Derecho del Trabajo y de la seguridad social, volviendo sobre alguno de los temas de su extensísima obra.

De este modo, a casi un veintenio de la disertación académica de Alonso Olea, se retoma en este estudio el problema de *El despido de un*

dos primeras notas van indicadas con asteriscos y en ellas se hace referencia, respectivamente, a la condición académica de don Manuel («Catedrático de Derecho del Trabajo. Profesor Extraordinario de la Universidad San Pablo CEU. Del Colegio Libre de Eméritos»), y al carácter revisado del texto que ahora se publica respecto del que vio la luz en los *Anales* de la RACMYP.

Todas las referencias efectuadas en este artículo al comentario de don Manuel deben entenderse hechas a la versión publicada en la *REDT*.

⁵ En palabras de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: ALONSO OLEA fue maestro indiscutible «en España, en todo el mundo hispanoamericano y aún en el orbe entero, donde fue enseguida reconocido, seguido y admirado y donde ha dejado una huella difícil de borrar» [E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «In Memoriam: Manuel Alonso Olea», *Revista de Administración Pública*, núm. 160 (2003), p. 6].

⁶ A. MONTROYA MELGAR, «Manuel Alonso Olea, maestro del Derecho», en A. MONTROYA MELGAR (coord.), *Semblanza del Profesor Manuel Alonso Olea*, Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2016, p. 19.

⁷ A. MONTROYA MELGAR, «Sobre Derecho y Trabajo en la obra de Manuel Alonso Olea», en A. MONTROYA MELGAR (coord.), *Semblanza del Profesor Manuel Alonso Olea*, Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2016, p. 68. Recuérdese que para ALONSO OLEA la ley es «la ley tal y como ha sido entendida e interpretada por la jurisprudencia», la ley con la «jurisprudencia y doctrina en ella embebida», en M. ALONSO OLEA y M.ª E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, 21.ª ed., Madrid, Civitas, 2003, p. 816.

transexual. Estas páginas, con un enfoque jurisprudencial⁸, se estructuran en tres grandes apartados en los que se abordan: 1) la sentencia comentada y el comentario de Alonso Olea; 2) no podía faltar, tratándose de un homenaje a don Manuel, un apunte de Derecho laboral estadounidense, que tan bien conocía⁹; apunte, por otra parte, nada forzado, pues casi un cuarto de siglo después el Tribunal Supremo de los Estados Unidos tuvo que resolver un asunto idéntico, y 3) el despido discriminatorio de personas transexuales en el vigente Derecho español, a la vista de 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 LGTB y de las SSTC 67/2022, de 2 de junio, y 81/2024, de 3 de junio. En este artículo, en definitiva, se examinará el modo como diferentes ordenamientos laborales (de la Unión Europea, Estados Unidos y España) han respondido a los despidos discriminatorios de las personas trans. En dos de ellos, el Derecho de la Unión Europea y el Derecho de los Estados Unidos, que carecen tanto de una norma específica prohibitiva de la discriminación por identidad sexual como de una cláusula abierta antidiscriminatoria, los tribunales han tenido que recurrir a su subsunción, polémica, en la prohibición de discriminación por razón de sexo. Por el contrario, en el Derecho español la Ley 4/2023 ha configurado la identidad sexual y la expresión de género como específicos factores de discriminación prohibidos, facilitando la solución de estos casos.

II. EL DESPIDO DE UN TRANSEXUAL ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: UNA CUESTIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO

1. El litigio original y el planteamiento de la cuestión prejudicial

La STJUE de 30 de abril de 1996 (C-13/94, *P. v. S. y Cornwall County Council*, ECLI:EU:C:1996:170) ha constituido durante mucho tiempo, hasta la posterior Sentencia *Bostock* en Estados Unidos¹⁰ y las

⁸ Adecuado al tiempo presente, caracterizado por el diálogo entre tribunales, en el que la jurisprudencia de otros ordenamientos se incorpora a la «reflexión cotidiana». Sobre el comparatismo como técnica interpretativa en auge *vid.* F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, «La interpretación de la Constitución», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 169 (2014), pp. 24-27, la cita en p. 25.

⁹ Ya en su tesis doctoral «La configuración de los sindicatos norteamericanos», *Revista de Estudios Políticos*, núms. 70 y 71 (1953).

¹⁰ *Vid. infra* el apartado III de este artículo.

SSTC 67/2022 y 81/2024 en España¹¹, la más relevante decisión judicial sobre el despido de una persona trans. Los hechos que provocan el litigio son de fácil enunciación. El trabajador P., de sexo biológico masculino, fue contratado como administrador de un centro educativo. Un año después, a principios del mes de abril de 1992, comunicó a S., jefe de estudios y director encargado de la gestión y tesorería del centro, su intención de someterse a una operación de cambio de sexo con el fin de adecuar su sexo biológico (masculino) a su identidad sexual (femenina) (Conclusiones del Abogado General, § 4). El proceso de reasignación de sexo comenzó por un periodo de prueba, durante el cual se vistió y comportó como una mujer. A este periodo sucedieron una serie de operaciones destinadas a proporcionarle los atributos físicos femeninos (§ 3). Cuando ya se había sometido a una serie de operaciones quirúrgicas de carácter menor, recibió un preaviso de despido por amortización del puesto de trabajo. La operación definitiva de reasignación de sexo tuvo lugar antes de ejecutarse el despido (§ 4)¹².

P. impugnó el cese ante el *Industrial Tribunal*¹³, alegando que había sido despedido por su cambio de sexo y que, por tanto, había sido objeto de una discriminación por razón de sexo. Por el contrario, el empresario alegó que la causa del despido había sido la amortización del puesto de trabajo (§ 5). Ante el *Industrial Tribunal* quedó acreditado que, si bien era cierta la necesidad de amortizar su puesto de trabajo, la auténtica razón del despido fue la intención de P. de someterse a una operación de cambio de sexo (§ 6). Como puede leerse en las Conclusiones del Abogado General: «P. fue despedida única y exclusivamente debido al cambio de sexo, cambio que había anunciado y que se le practicó más tarde, antes de que se produjera el despido» (§ 6).

El *Industrial Tribunal* entendió que la demanda de P. no tenía acogida en la normativa antidiscriminatoria del Reino Unido. La *Sex Discrimination Act* de 1975 no contemplaba una situación como esta, ya que el Derecho inglés solo amparaba las situaciones en que una mujer o un hombre recibían un trato diferente por pertenecer a uno de los sexos. Según el

¹¹ Vid. *infra* los apartados IV.4 y IV.5 de este artículo.

¹² Con más detalle pueden leerse los hechos del caso en las Conclusiones del Abogado General (§§ 5 y 6).

¹³ Siguiendo a ALONSO OLEA («El despido de un transexual...», *op. cit.*, p. 11, nota 16), que advertía que los *Industrial Tribunals* no son auténticos órganos jurisdiccionales y que sería «un error craso» traducir por tribunales industriales, se mantiene la denominación en inglés.

Derecho inglés, P. sería siempre considerado de sexo masculino y, además, aunque hubiera sido de sexo femenino antes de someterse a la intervención de cambio de sexo, también habría sido despedido por el empresario a causa de esta operación (§ 7)¹⁴.

Ante esta situación el *Industrial Tribunal* planteó la cuestión prejudicial con el objeto de determinar si *el despido de un transexual a causa de un cambio de sexo* incumplía los arts. 3 y 5 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo (§ 13). Para el *Industrial Tribunal* la Directiva podía tener una interpretación más amplia que la *Sex Discrimination Act*, extendiendo su protección también a los transexuales.

2. El criterio del Tribunal de Justicia: el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres debe aplicarse a las discriminaciones por cambio de sexo

El TJUE tuvo que aplicar en este caso el principio de igualdad entre hombres y mujeres desde un punto de vista inimaginable al promulgarse la Directiva 76/207/CEE¹⁵. Recuérdese que la finalidad de la Directiva era «evidentemente, la de equiparar a la mujer trabajadora al varón, y, especialmente, la de prohibir las discriminaciones laborales de la mujer casada y de la madre de familia, tradicionalmente expuestas a estos tratamientos de desigualdad»¹⁶. Nada que ver, pues, con los temas de transexualidad. En palabras del Abogado General era «evidente» que la Directiva «tuvo en cuenta lo que puede definirse como realidad *normal* en el momento de su adopción», por lo que resultaba «perfectamente natural que no contemplara expresamente una cuestión y una realidad que, a la sazón, solo empezaban a *vislumbrarse*» (Conclusiones, § 23). Una buena muestra de que no existen interpretaciones definitivas de las

¹⁴ *Vid.*, con más detalle, en las Conclusiones del Abogado General (§ 3).

¹⁵ R. ALONSO GARCÍA, «Sexo, drogas y rock & roll... en Luxemburgo», *InDret*, núm. 4 (2011), p. 6.

¹⁶ A. MONTROYA MELGAR, J. M. GALIANA MORENO y A. V. SEMPERE NAVARRO, *Instituciones de Derecho Social Europeo*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 26. Tampoco puede olvidarse la motivación económica del principio de igualdad salarial entre hombres y mujeres establecido en el art. 119 del Tratado constitutivo de la CEE: se trataba de garantizar la igualdad de las condiciones de competencia entre empresas establecidas en diferentes estados con mayor o menor permisividad respecto a la retribución inferior de las trabajadoras frente a los trabajadores (p. 21). Con carácter general M.^a E. CASAS BAAMONDE, «Igualdad y no discriminación de las mujeres por sexo y género: el lenguaje de los derechos», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 22 (2018), p. 35.

normas jurídicas, «porque la inabarcable variedad y el continuo cambio de las relaciones de la vida ponen constantemente al que aplica las normas ante nuevas cuestiones»¹⁷.

El problema novedoso que debía resolver el TJUE era si la transexualidad podía considerarse un factor de discriminación prohibido, subsumiéndolo dentro de la prohibición de discriminación por razón de sexo establecida por la Directiva 76/207CEE. El Gobierno del Reino Unido y la Comisión entendieron que la Directiva no incluía la protección de la transexualidad (§ 14). Su argumentación giraba sobre la idea de que no había discriminación entre hombres y mujeres puesto que ambos resultarían tratados por igual en estas situaciones: tanto la mujer como el hombre trans hubieran sido despedidos, ambos recibirían un trato menos favorable y, por tanto, no habría discriminación. El argumento, que en palabras de Alonso Olea resultaba «superferolítico» y «muy propio de un *barrister* británico»¹⁸, se construía exclusivamente sobre una interpretación formal y relacional del principio de igualdad por razón de sexo entre hombres y mujeres, oscureciendo el efecto discriminatorio de la decisión empresarial de despedir al trabajador por razón de la reasignación de sexo, el trato peyorativo sufrido, en definitiva, por ese motivo¹⁹.

Sin embargo, resultaba claro que el trabajador había sido tratado peyorativamente por su cambio de sexo, por lo que no se podía decir que el sexo no fuera causa o motivo, inmediato o remoto, de la decisión empresarial discriminatoria²⁰. Todo el caso giraba sobre el sexo del trabajador: su

¹⁷ K. LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 2.^a ed., trad. esp. de M. Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 2001, p. 311.

¹⁸ M. ALONSO OLEA, «El despido de un transexual...», *op. cit.*, p. 247: «siendo el seguro sentido de esta alegación que puesto que en el supuesto contrario se hubiera hecho lo mismo que en el caso, no se da en este la discriminación por razón de sexo —varón o mujer— que la Directiva prohíbe, superferolítico argumento muy propio de un *barrister* británico».

¹⁹ En este sentido sostuvo el Abogado General (§ 20) que «mantener que el trato menos favorable recibido por P. no era atribuible al sexo porque la razón era su cambio de sexo o porque en tal supuesto no cabe hablar de discriminación entre los dos sexos, constituiría una interpretación formalista y una traición a la verdadera esencia de ese principio fundamental e inalienable que es el principio de igualdad».

²⁰ Desde otro punto de vista señala E. BELDA PÉREZ-PEDRERO [«Transexualidad y Derechos Fundamentales: protección integral sin la utilización del factor sexo como diferencia», *Cuadernos de Derecho público*, núm. 21 (2004), p. 151] que «el sexo de nacimiento no genera la discriminación, sino que crea la contradicción psicológica y física que transporta a la nueva identidad». *Vid.* también M. VIDAL GALLARDO, «El derecho a la identidad sexual como manifestación del derecho a la identidad personal», *Laicidad y libertades: escritos jurídicos*, núm. 3 (2003), pp. 398-399.

sexo biológico de nacimiento, su disconformidad con el mismo y el sexo reasignado al someterse a la intervención quirúrgica²¹.

El tribunal no disponía para responder al problema jurídico planteado de la escapatoria de una cláusula abierta de prohibición de discriminación, como sí contiene el art. 14 CE («cualquier otra condición o circunstancia social o personal»). Solo podía responder a la cuestión suscitada en términos de sí o no: ¿incluye la prohibición de discriminación por razón de sexo formulada en la Directiva la prohibición de discriminar por razones de transexualidad? La sentencia, «brevisísima en sus fundamentos de derecho»²², respondió afirmativamente. Tras recordar *i)* la noción de transexual utilizada por el TEDH; *ii)* que la Directiva es expresión del principio de igualdad, uno de los principios fundamentales del Derecho comunitario (§ 18), y *iii)* que el derecho a no ser discriminado por razón de sexo constituye uno de los derechos humanos fundamentales cuyo respeto debe garantizar el Tribunal de Justicia (§ 19), dedica tres sucintos párrafos a fundamentar y expresar su decisión:

«20. [...] el ámbito de aplicación de la Directiva no puede reducirse únicamente a las discriminaciones que se derivan de la pertenencia a uno u otro sexo. En atención a su objeto y a los derechos que pretende proteger, la Directiva debe aplicarse igualmente a las discriminaciones que tie-

²¹ En este sentido apreció CANO GALÁN la razón subyacente en la sentencia: «las personas transexuales nacen hombre o mujer independientemente del sentimiento de pertenencia a un sexo distinto, de forma que, si la discriminación se produce precisamente por el cambio de sexo, la misma guarda íntima relación no solo por el sexo que se ostenta desde el nacimiento, sino por el nuevo al que se pertenece tras el sometimiento a los correspondientes tratamientos quirúrgicos u hormonales». Vid. Y. CANO GALÁN, «Igualdad y no discriminación por razón de género, orientación sexual e identidad sexual en el Derecho de la Unión Europea», en M.ª E. CASAS BAAMONDE (dir.), *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Madrid, BOE, 2023, pp. 469 y 470.

También las Conclusiones del Abogado General (§ 18): «se ha aducido varias veces que no concurre el factor de discriminación por razón de sexo ya que las “mujeres transexuales” no reciben un trato diferente de los “hombres transexuales” [...] ambos reciben un trato menos favorable, por tanto, no puede existir discriminación. [...] No comparto este punto de vista. Es bien cierto que aun cuando P. se hubiera encontrado en la situación opuesta, es decir, si se hubiera sometido a un cambio de sexo femenino al masculino, podría haber sido despedida en cualquier caso. No obstante, un hecho es cierto: P. no habría sido despedida si hubiera conservado el sexo masculino. Por tanto, ¿cómo puede alegarse que no existió discriminación por razón de sexo? ¿Cómo puede negarse que la causa de la discriminación fue precisa y únicamente el sexo? En mi opinión, cuando un transexual recibe un trato menos favorable en relación con (o mejor, a causa de) un cambio de sexo, existe discriminación basada en el sexo o, si se prefiere, por razón de sexo».

²² M. ALONSO OLEA, «El despido de un transexual...», *op. cit.*, p. 247.

nen lugar, como en el presente caso, a consecuencia del cambio de sexo del interesado.

21. En efecto, tales discriminaciones se basan esencialmente, si no exclusivamente, en el sexo del interesado. Por tanto, cuando una persona es despedida por tener intención de someterse o haberse sometido a una operación de cambio de sexo, recibe un trato desfavorable frente a las personas del sexo al que se consideraba que pertenecía antes de la citada operación.

22. Tolerar tal discriminación supondría atentar contra el respeto a la dignidad y la libertad a que esa persona tiene derecho y que el Tribunal de Justicia debe proteger».

Como puede apreciarse, el razonamiento de la sentencia se mueve en dos niveles:

- Uno, diríamos, de pura aplicación de las reglas de la Directiva a los hechos del caso. Desde este punto de vista se ha dicho que la sentencia descansa sobre «la interpretación extensiva del texto de la Directiva»²³.
- Otro, de carácter principalista, que se eleva a la razón común y última de las prohibiciones de discriminación: «Tolerar tal discriminación [del trabajador transexual] supondría atentar contra el respeto a la dignidad y la libertad a que esa persona tiene derecho y que el Tribunal de Justicia debe proteger» (§ 22)²⁴. Precisamente por esto

²³ M. ALONSO OLEA, «El despido de un transexual...», *op. cit.*, p. 13; Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, «El principio de no discriminación sexual en el Derecho Social Comunitario: ¿avance sustancial del Tratado de Ámsterdam?», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 24-II (1999), *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en homenaje al profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, p. 369.

²⁴ Comentando esto dijo ALONSO OLEA («El despido de un transexual...», *op. cit.*, p. 13) que «este razonamiento no lo es a mayor abundamiento; no ya porque será impropio jugar *obiter* con derechos fundamentales en la evidente inteligencia del Tribunal superiores al de igualdad, sino porque sin él carecería la sentencia del poder de convicción del que precisa. A la postre, lo que el Tribunal nos dice oscuramente es que lo esencial es tratar a la persona como persona, derecho supremo, esté o no expresamente declarado».

Para MORALES ORTEGA la sentencia no respondía a «una impecable técnica jurídica» al confundir sexo con transexualidad y orillar que lo que realmente estaba en juego era el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Para este autor el Tribunal actuó «guiado, más que nada, por criterios de justicia olvidando que el núcleo duro de la sentencia debía haber sido “tratar a la persona como persona, derecho supremo de esta, se halle o no expresamente declarado”. Quizás, si la sentencia hubiese tenido en cuenta este dato, su conclusión también hubiese sido declarar el despido contrario al Derecho comunitario, pero su argumentación jurídica más coherente y afortunada». *Vid.* J. M. MORALES ORTEGA «Nuevos fenómenos discriminatorios: homosexualidad y transexualidad», *Relaciones Laborales*, núm. 18 (1999), p. 15.

se justifica la interpretación extensiva de la prohibición de discriminación por razón de sexo²⁵.

La única excepción a la naturaleza discriminatoria del despido sería que el sexo del trabajador constituyera un requisito ocupacional de buena fe (art. 2.2 de la Directiva)²⁶. Sin embargo, «ningún elemento de los autos permite suponer que ello suceda en el procedimiento principal» (§ 23).

3. La prolongada influencia de la Sentencia *Cornwall*

La exitosa inclusión de la transexualidad en el principio de igualdad entre hombres y mujeres efectuada en la STJUE de 30 de abril de 1996²⁷ ha sido limitada por cuanto: *a*) ni los Tratados ni las Directivas de la Unión Europea han incorporado la transexualidad ni la identidad sexual o de género como factores prohibidos de discriminación, y *b*) la interpretación judicial efectuada en 1996 protegió solo un aspecto de la identidad sexual, la transexualidad, que no agota todo su contenido. ¿Cuál sería la decisión ante un caso de simple expresión de género de una persona trans sin reasignación de sexo?

El Derecho antidiscriminatorio de la Unión Europea protege frente a las discriminaciones generadas por causas tipificadas normativamente, los llamados «motivos protegidos»²⁸ (el sexo, la raza u origen étnico, la reli-

²⁵ *Vid. infra*, apartado II.4 de este trabajo. En la sentencia *Grant* el Tribunal recordó que en el asunto *Cornwall* había señalado que «las disposiciones de la Directiva que prohíben las discriminaciones entre hombres y mujeres no eran más que la expresión, en el ámbito limitado que les es propio, del principio de igualdad, que es uno de los principios fundamentales del Derecho comunitario. Estimó que esta circunstancia abogaba en contra de una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación de dichas disposiciones y llevaba a aplicar estas últimas a las discriminaciones basadas en el cambio de sexo del trabajador» (§ 41).

²⁶ Sobre algunas actividades que podrían encuadrarse en la excepción, *vid.* O. REQUENA MONTES, *Derechos laborales de las personas trans*, pp. 27-29, disponible en <https://www.uv.es/seminaridret/sesiones2020/trans/ponenciaRequena.pdf>.

²⁷ El TJUE no ha tenido ocasión de volver a pronunciarse sobre un supuesto de despido discriminatorio por razones de identidad de género. Sí a propósito de temas de seguridad social: SSTJUE de 7 de enero de 2004 (C-117/01, *K.B.*, ECLI:EU:C:2004:7) y 27 de abril de 2006 (C-423/04, *Richards*, ECLI:EU:C:2006:256). Para esta última, el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una legislación que no reconoce la pensión de jubilación, por no haber alcanzado aún la edad de sesenta y cinco años, a una persona que, con arreglo a los requisitos que establece el Derecho nacional, cambia de sexo masculino a sexo femenino, cuando esa misma persona habría tenido derecho a tal pensión a la edad de sesenta años si se hubiera considerado que, según el Derecho nacional, era mujer.

²⁸ *Manual de legislación europea contra la discriminación*, Luxemburgo, Agencia de los

gión o convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual²⁹), entre los cuales no se ha incluido la transexualidad ni la identidad y expresión de género, que solo resultan protegidas mediante la extensión judicial de la prohibición de discriminación por razón de sexo. Las propias Directivas antidiscriminatorias de la UE han asumido este estado normativo al reconocer, como hace el preámbulo de la Directiva 2006/54/CE, que:

«3) El Tribunal de Justicia ha sostenido que el ámbito de aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres no puede reducirse únicamente a la prohibición de las discriminaciones que se derivan de la pertenencia a uno u otro sexo. En atención a su objeto y a los derechos que pretende proteger, debe aplicarse igualmente a las discriminaciones que tienen lugar a consecuencia del cambio de sexo de una persona»³⁰.

Como puede leerse, la protección se extiende solo a «las discriminaciones que tienen lugar a consecuencia del cambio de sexo de una persona», lo que no agota la protección de la identidad y expresión de género que no discurren «a consecuencia del cambio de sexo». Las personas transexuales son solo una parte de las trans, pues estas pueden adoptar el rol del género con el que se identifican sin alteración de los caracteres sexuales primarios con los que nacieron³¹. Por eso se ha podido decir que el Derecho de la

Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Consejo de Europa, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2019, p. 183.

²⁹ La determinación de estos factores prohibidos de discriminación procede del Tratado de Ámsterdam [Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos. Firmado el 2 de octubre de 1997, entró en vigor el 1 de mayo de 1999] que añadió al Tratado CE el art. 6 A en el que aparecen enunciadas. Posteriormente hay que tener en cuenta los arts. 8 y 10 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y 21.1 y 23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. *Vid.*, ampliamente, Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, «El principio de no discriminación sexual...», *op. cit.*

³⁰ El mismo texto se reproduce en la Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023 por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento y en la Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023 por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento.

³¹ Y. B. BUSTOS MORENO, «La legitimación de los menores de edad a los efectos del reconocimiento legal de su identidad de género. Estado de la cuestión tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 36 (2020), pp. 83-84. Solo cuando además de asumir el rol del género con el que se identifican se produce la «modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios

UE «no incluye en la actualidad ninguna disposición específica que proteja frente a la discriminación por razón de la identidad de género o la expresión de género»³². Solo se encuentra «parcialmente cubierto por el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres» por «tener intención de someterse o haberse sometido a una operación de cambio de sexo». La no discriminación por razón de sexo «protege en la actualidad la identidad de género únicamente en un sentido limitado»³³.

Al mantenerse el Derecho antidiscriminatorio de la Unión Europea dentro de un marco «tradicional» que, en esta materia, gira sobre dos grandes factores de discriminación, el sexo (Directiva 2006/54/CE³⁴) y la orientación sexual (Directiva 2000/78/CE³⁵), la protección de los aspectos de la identidad de género que vayan más allá del «elemento corporal», cubierto por la igualdad entre hombres y mujeres, es decir, el elemento «volitivo o emocional», quedarán protegidos por la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual³⁶.

4. El doble estándar judicial para la discriminación por transexualidad y por orientación sexual

Al diferente tratamiento normativo de la identidad de género y la orientación sexual como factores prohibidos de discriminación, acompañan las

médicos, quirúrgicos o de otra índole, nos encontraríamos ante el supuesto de las personas “transexuales”, con la variante, en ocasiones, de sufrir “disforia de género”» (p. 84). Como señala J. DÍAZ LAFUENTE, «La protección de los derechos fundamentales frente a la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 17 (2013), p. 5: «la construcción jurídica de la identidad de género en la Unión Europea se ha basado tradicionalmente en una restrictiva y excluyente identificación del género con el sexo de la persona».

³² *Manual de legislación europea contra la discriminación*, op. cit., pp. 195-196.

³³ *Ibid.*, p. 196.

³⁴ 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 (refundición). Arts. 4, 5 y 14.

³⁵ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Tiene por objeto «establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato» (art. 1).

³⁶ Y. CANO GALÁN, «Igualdad y no discriminación por razón de género...», op. cit., pp. 458, 470 y 471.

soluciones opuestas que el Tribunal ha dado a la a la hora de incluirlos dentro del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres.

En el asunto *Cornwall* el Tribunal, como ya se ha visto, optó por una interpretación extensiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que daba amparo a la transexualidad. Dos años después se le presentó un caso de discriminación laboral por orientación sexual: el asunto *Grant* (STJUE de 17 de febrero de 1998, C-249/96, *Lisa Jacqueline Grant contra South-West Trains Ltd.*, ECLI:EU:C:1998:63). La señora Grant, empleada de ferrocarriles, reclamó para su pareja de hecho, una mujer con la que mantenía una «relación significativa» de convivencia no matrimonial, las bonificaciones en el transporte que el reglamento de empresa reconocía a los cónyuges de su personal y a las parejas heterosexuales que supusieran una «relación significativa» de convivencia. Frente a la negativa empresarial la señora Grant reclamó ante el *Industrial Tribunal*, alegando discriminación por razón de sexo, y el órgano británico formuló cuestión prejudicial sobre si la decisión empresarial constituía una discriminación prohibida por el art. 119 del Tratado y por la Directiva 75/117. Para el *Industrial Tribunal* la decisión del TJUE en el asunto *Cornwall* constituía un precedente que permitía sustentar la ilicitud de la discriminación por causa de la orientación sexual.

La sentencia del asunto *Grant* identifica tres problemas principales en el caso (§ 24). Uno, sobre si el Derecho comunitario exigía la equiparación de las uniones de hecho homosexuales al matrimonio o a las uniones de hecho heterosexuales. Se trataba de una cuestión que desbordaba el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo, con consecuencias sobre el Derecho de Familia, respecto de la que el tribunal entendió que el Derecho vigente no obligaba a la equiparación, siendo competencia del legislador adoptar la norma correspondiente (§§ 35 y 36). Los otros dos problemas sí que presentaban un aspecto directamente laboral y están estrechamente unidos: *a*) si la denegación de las bonificaciones en el transporte a las uniones no matrimoniales homosexuales constituía una discriminación basada directamente en el sexo del trabajador y *b*) si una discriminación basada en la orientación sexual constituye una discriminación por razón del sexo del trabajador. El Tribunal respondió negativamente a ambos, lo que resulta sorprendente, pues utiliza argumentos que había excluido la Sentencia *Cornwall*. Así frente a la interpretación extensiva opta por otra estricta (§ 47), y, además, acepta el argumento de la ausencia de discriminación por cuanto hombres y mujeres homosexuales son tratados igualmente de modo desfavorable (§ 27). La Sentencia *Grant*, al

excluir la orientación sexual del ámbito de la no discriminación por razón de sexo, hacía evidente la necesidad de incluir ese motivo protegido en la normativa comunitaria³⁷, como hizo la Directiva 2000/78/CE.

* * *

No es infrecuente utilizar el tópico «el todo en un fragmento» a la hora de estudiar las grandes obras de la literatura, el pensamiento y el arte. Unas pinceladas de un cuadro, unos versos de un poema o algunas líneas o páginas de un texto pueden contener la esencia de un estilo y de un pensamiento. Así sucede con el estudio de Alonso Olea que motiva estas páginas: en un breve³⁸ comentario de sentencia están presentes las notas distintivas de su formidable obra científica³⁹.

En este comentario jurisprudencial encontramos el estilo literario personalísimo, perfectamente identificable, en el que Alonso Olea expresa la originalidad de su pensamiento. Ningún buen lector de un ejemplar anonimizado de *El despido de un transexual* dudaría de la autoría del lenguaje vivo y directo⁴⁰ en el que se vierte la densidad de un pensamiento que obliga a reflexionar al lector; lo que se ha calificado como el estilo «conceptista» de Alonso Olea⁴¹.

³⁷ C. SÁEZ LARA, «Orientación e identidad sexual en las relaciones de trabajo», en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, núm. 5 (2022), pp. 50 y 53. Sobre la posterior jurisprudencia más garantista del TJUE que equipara las uniones homosexuales a las heterosexuales *vid.* pp. 53-55 de la obra citada.

³⁸ Brevidad virtuosa y siempre recomendable en los comentarios de sentencias. Recuérdese el relato de Jorge Luis BORGES «Del rigor en la ciencia»: tanta perfección había alcanzado la cartografía en aquel Imperio que los cartógrafos «levantaron un mapa del Imperio, que tenía el tamaño del Imperio y coincidía puntualmente con él». El resultado fue que «las generaciones siguientes entendieron que ese dilatado mapa era inútil». Lo mismo podría predicarse de los comentarios que tienen el tamaño de la sentencia y coinciden puntualmente con ella. El citado texto de BORGES puede verse en J. L. BORGES, *El hacedor*, Barcelona, Debolsillo, 2023, p. 137.

³⁹ Primorosamente estudiada por Alfredo MONTOYA MELGAR en, entre otros, sus citados estudios «Manuel Alonso Olea, maestro del Derecho» y «Sobre Derecho y Trabajo en la obra de Manuel Alonso Olea».

⁴⁰ A propósito de determinada obra de HEGEL, ALONSO OLEA se refirió, en su *lectio doctoralis* en la Universidad de Gotinga, a «la magia [...] del lenguaje hablado, vivo y directo, que envuelve al oyente frente al serio y pausado lenguaje escrito que adormece al lector». Son palabras perfectamente aplicables a sus escritos, en J. RODRÍGUEZ-ZAPATA, «Investidura del Profesor Manuel Alonso Olea como Doctor “honoris causa” por la Universidad de Gotinga, en el CCL aniversario de la fundación de la Universidad Georgia Augusta», *Revista de Administración Pública*, núm. 114 (1987), p. 466.

⁴¹ Así lo ha señalado A. MARTÍN VALVERDE, refiriéndose al estilo «conceptista» de ALON-

El despido de un transexual es obra del intelectual preocupado por entender el sentido profundo de los problemas estudiados, aquí la transexualidad, sobre el que apunta líneas de desarrollo entonces apenas iniciadas⁴², y el jurista consumado que se mueve con soltura entre los aspectos constitucionales, civiles, penales, laborales y de seguridad social imbricados en la realidad estudiada. Está presente el maestro del Derecho y el humanista ejemplar, con ilimitado afán de conocimiento y amplitud de lecturas que, por ejemplo, al hilo de la sentencia comentada trae a colación la Ley china de Contrato de Trabajo de 1995⁴³, o nos ilustra, acompañado de la pertinente bibliografía inglesa, sobre por qué los *Industrial Tribunals* no son auténticos órganos jurisdiccionales⁴⁴, o con su pleno dominio del Derecho Procesal nos explica «recovecos procesales» del recurso de casación civil⁴⁵.

Está, en definitiva, el jurista que muestra y exige respeto por el Derecho, que nos dice que una sentencia meramente apodíctica carecería de fundamentación, consistiendo esta en el «claro encaje de los hechos con el derecho»⁴⁶. Y que, además, una sentencia precisa de poder de convicción⁴⁷, que en este caso muestra con la referencia a la protección de la libertad y la dignidad del trabajador con la que «a la postre, lo que el Tribunal nos dice oscuramente es que lo esencial es tratar a la persona como persona, derecho supremo de esta, se halle o no expresamente declarado».⁴⁸

Ha escrito Alfredo Montoya que el «imperativo categórico que rigió la vida de Manuel Alonso Olea se manifiesta en la variedad de materias hacia las que dedicó su atención estudiosa, y en la profundidad con que

SO OLEA, «no por prurito literario alguno, sino por el designio de respetar al máximo el tiempo del lector» y destacando la «alta densidad de conceptos e ideas que en él se vierten», en «Lectura y relectura de la *Introducción al Derecho del Trabajo* del profesor Alonso Olea», en A. MONTOYA MELGAR (coord.), *Semblanza del Profesor Manuel Alonso Olea*, Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2016, pp. 115-116.

⁴² Así, por ejemplo, sobre la diferencia entre sexo y género, p. 5, nota 1.

⁴³ En p. 15.

⁴⁴ En p. 11, nota 16.

⁴⁵ En p. 9, nota 10. Como escribió MONTOYA, ALONSO OLEA era un «maestro comentando los recovecos procesales de una sentencia» («Manuel Alonso Olea, maestro del Derecho», *op. cit.*, p. 18).

⁴⁶ En p. 13.

⁴⁷ En p. 13.

⁴⁸ En p. 13. También aquí se revela el perfecto conocimiento del Derecho de la Unión Europea por Alonso Olea, al explicar que el tribunal no podía fundar su decisión directamente «en la violación de ese derecho supremo, al no existir norma comunitaria» que lo declarara (p. 14). Sobre la cuestión de los derechos fundamentales en el Derecho de la Unión Europea *vid.* también la enjundiosa nota 18.

las trató»⁴⁹. Buena prueba de ello son estas páginas de valor inmarcesible en las que se trata una realidad con la que, decía Alonso Olea en 1997, el Derecho «está destinado a encontrarse [...] cada vez más»⁵⁰. Así se va a mostrar a continuación cómo posteriormente los más altos tribunales de los Estados Unidos y de España se han tenido que enfrentar al mismo problema resuelto por el TJUE, sin que en el debate jurisprudencial aparezcan aspectos que no hubiera visto ya Alonso Olea en su comentario de 1997.

III. EL MISMO PROBLEMA ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO DE LOS ESTADOS UNIDOS: ES IMPOSIBLE DISCRIMINAR A UNA PERSONA POR SER HOMOSEXUAL O TRANSGÉNERO SIN DISCRIMINAR A ESE INDIVIDUO POR SU SEXO

1. Los problemas planteados ante el Tribunal Supremo

Un cuarto de siglo después de que el TJUE resolviera el asunto *Cornwall*, un caso muy similar⁵¹ se planteó ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, que, en su Sentencia de 15 de junio de 2020, *Bostock v. Clayton County*⁵², acumula y resuelve tres procesos en los que se cuestiona si la orientación sexual o la identidad de género son factores de discriminación prohibidos por la *Civil Rights Act* de 1964.

Dos de los casos tenían que ver con trabajadores despedidos por su orientación sexual: *a*) en *Bostock v. Clayton County*, el asunto que da nombre a la Sentencia, Gerald Bostock, empleado del condado de Clayton, fue despedido por conducta impropia poco después de que comenzara a participar en una competición deportiva gay, expresando así su condición homosexual; *b*) en *Altitude Express v. Zarda*, Donald Zarda también fue despedido por su empresa al hacer público que era gay. En el tercero, *R. G. & G. R. Harris Funeral Homes v. Equal Employment Opportunity Commission*, entra en juego la identidad de género, al girar sobre el despido de un trabajador transgénero. Aimee Stephens fue con-

⁴⁹ A. MONTOYA MELGAR, «Introducción a la tercera edición» de M. ALONSO OLEA, *Alienación. Historia de una palabra*, Madrid, CEPC, 2019.

⁵⁰ M. ALONSO OLEA, «El despido de un transexual...», *op. cit.*, p. 7.

⁵¹ R. GUASTINI y A. SARDO, «*Bostock*: un caso de discriminación laboral», *Revista Cubana de Derecho*, núm. 2 (2021), p. 163.

⁵² 590 U.S. 644 (2020).

tratada como hombre. Dos años después le diagnosticaron disforia de género y le recomendaron que comenzara a vivir como mujer. Tras seis años trabajando en la empresa, la señora Stephens comunicó a su empresario que iba a vivir y trabajar como mujer a la vuelta de las próximas vacaciones. La empresa la despidió antes de iniciar su disfrute, diciéndole «esto no va a funcionar».

En los tres asuntos los empresarios aceptaron que habían despedido a los trabajadores por ser homosexuales o trans y los trabajadores alegaron que habían sido discriminados por tales motivos, reclamando la aplicación de la prohibición de discriminación por razón de sexo contenida en el título VII de la *Civil Rights Act* de 1964. Esta norma declara ilegal que el empresario no contrate o se niegue a contratar o despidan «a cualquier individuo, o que de otro modo discrimine a cualquier individuo» por «causa (*because of*) de la raza, color, religión, sexo u origen nacional» de dicha persona⁵³. En cada uno de estos litigios se trataba de determinar si los trabajadores habían sido objeto de despidos discriminatorios por razón de sexo. Los tribunales de apelaciones de circuito mantuvieron criterios contradictorios. En el caso *Bostock*, el tribunal del Undécimo Circuito sostuvo que la ley no prohíbe a los empleadores despedir a empleados por ser homosexuales. Por el contrario, en el asunto *Zarda*, el tribunal del Segundo Circuito concluyó que la discriminación por orientación sexual viola el Título VII. A igual conclusión llegó el tribunal del Sexto Circuito en el caso *Stephens* declarando ilegal el despido del trabajador por su condición trans. Resultando inconcusos los hechos, los trabajadores habían sido despedidos por ser homosexuales o trans, la cuestión a responder por el Tribunal Supremo era puramente jurídica. El empresario que despide a un trabajador por ser homosexual o trans: ¿discrimina por razón de sexo?

La Sentencia *Bostock v. Clayton County* ha tenido una enorme trascendencia, «más allá del caso concreto, marcará la evolución del pro-

⁵³ Sobre el origen de la ley *vid.* lo que dice el juez Alito en su voto particular: «la historia legislativa de la prohibición de la discriminación sexual en el Título VII es breve, pero no obstante reveladora. La prohibición de la discriminación sexual fue «agregada al Título VII en el último minuto en la Cámara de Representantes, [...] por el representante Howard Smith. [...] El representante Smith había sido un ferviente opositor del proyecto de ley de derechos civiles, y se ha sugerido que añadió la prohibición de la discriminación por motivos de “sexo” como un regalo envenenado. [...] Según esta teoría, el Representante Smith pensó que prohibir la discriminación laboral contra las mujeres sería inaceptable para los miembros que de otro modo habrían votado a favor del proyecto de ley y que la adición de esta prohibición podría provocar la derrota del proyecto de ley».

pio tribunal en los próximos años»⁵⁴, que se ha manifestado en dos planos diferentes:

- Por una parte, desde un punto de vista social y político, ha elevado la orientación sexual y la identidad de género a factores de discriminación prohibidos por la ley, resolviendo judicialmente una cuestión sobre la que el poder legislativo no había logrado adoptar una posición. Durante los últimos cuarenta y cinco años se habían presentado diversos proyectos de ley en el Congreso para incluir la orientación sexual y la identidad de género entre los factores prohibidos de discriminación, sin que ninguno fuera aprobado por ambas Cámaras⁵⁵. No es por tanto extraño que la sentencia se presente como «el triunfo más importante de los últimos tiempos del movimiento LGBTIQ+» en Estados Unidos⁵⁶.
- Por otra parte, desde el punto de vista de la metodología de la interpretación de la ley y de la Constitución y del respeto a los principios de separación de poderes y democracia, ha abierto un importante debate en la polémica entre textualismo e intencionalismo⁵⁷, como puede apreciarse en las visiones contrapuestas expresadas en la decisión del tribunal, presentada por el juez Gorsuch, y en los votos particulares de los jueces Alito, Thomas y Kavanaugh.

Adelantemos la respuesta del tribunal, tanto a la cuestión de fondo como al método de interpretación y aplicación de la ley seguido:

- En cuanto al fondo:

«Hoy debemos decidir si un empleador puede despedir a alguien simplemente por ser homosexual o transgénero. La respuesta es clara. Un

⁵⁴ P. NUEVO LÓPEZ, «Interpretación constitucional y Derecho Antidiscriminatorio. A propósito del caso *Bostock* y el futuro del originalismo», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 24 (2020), p. 451.

⁵⁵ *Vid.* la opinión disidente del juez Alito que da cuenta de estos proyectos.

⁵⁶ J. MARTÍN ALMEJÚN, «Derechos LGBTIQ+ en Estados Unidos: la narrativa de la Corte Suprema de Justicia en materia de igualdad y no discriminación», *Lecciones y Ensayos*, núm. 105 (2020), p. 316. Para GUASTINI y SARDO («*Bostock*: un caso de discriminación laboral», *op. cit.*, p. 183) «*Bostock* parece dar voz al movimiento LGBTIQ+ que, en Estados Unidos, cobra cada vez más fuerza».

⁵⁷ Sobre estas corrientes metodológicas véanse los trabajos de A. M. LÓPEZ Y LÓPEZ, «La interpretación de los *statutes* en la experiencia jurídica de los Estados Unidos (A propósito de *A Matter of Interpretation* de A. Scalia y otros)», *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 51 (2022), p. 596, y J. RODRÍGUEZ-TOUBES MUNIZ, «El textualismo», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 44 (2021), pp. 97-123.

empleador que despide a una persona por ser homosexual o transgénero despide a esa persona por rasgos o acciones que no habría cuestionado en miembros de otro sexo. El sexo juega un papel necesario e indiscutible en la decisión, exactamente lo que prohíbe el título VII».

- En cuanto al método de interpretación y aplicación de la ley que aplica, basado en el «originalismo y textualismo»⁵⁸:

«Es posible que quienes adoptaron la Civil Rights Act no hubieran previsto que su trabajo conduciría a este resultado en particular. Probablemente, no estaban pensando en muchas de las consecuencias de la ley que se han hecho evidentes a lo largo de los años, incluida la prohibición de la discriminación por motivos de maternidad o la prohibición del acoso sexual de los empleados varones. Pero los límites de la imaginación de los redactores no ofrecen ninguna razón para ignorar las exigencias de la ley. Cuando los términos expresos de una ley nos dan una respuesta y las consideraciones extratextuales sugieren otra, no hay discusión. Solo la palabra escrita es ley y todas las personas tienen derecho a su beneficio».

2. La decisión del Tribunal Supremo: la homosexualidad y la condición de transgénero están indisolublemente ligadas al sexo

La sentencia construye su argumentación a partir de lo que, en términos españoles, diríamos interpretación literal basada en el sentido propio de las palabras de la ley (art. 3.1 CC). El juez Gorsuch, se ha dicho, «quiso quedarse a solas con el texto»⁵⁹. La sentencia se construye sobre una clara opción por el «textualismo»: quiere determinar el significado público ordinario de la norma cuando se promulgó en 1964. Claramente rechaza la interpretación de la ley como un texto vivo que se acomoda a las necesidades de cada momento mediante su aplicación judicial. El respeto a la separación de poderes y a la democracia exigen fidelidad al significado de la norma en el momento de su promulgación:

«Este Tribunal normalmente interpreta una ley de acuerdo con el significado público ordinario de sus términos en el momento de su promul-

⁵⁸ P. NUEVO LÓPEZ, «Interpretación constitucional y Derecho...», *op. cit.*, p. 452.

⁵⁹ J. I. RUBIO LÓPEZ, «Un barco pirata por aguas de Scalia: trabajo y sexo; texto e interpretación. A propósito de *Bostock v. County of Clayton*», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 54 (2020), p. 7.

gación. Después de todo, solo las palabras escritas constituyen la ley adoptada por el Congreso y aprobada por el Presidente. Si los jueces pudieran agregar, remodelar, actualizar o restar valor a viejos términos legales inspirados únicamente en fuentes extratextuales y nuestra propia imaginación, correríamos el riesgo de modificar las leyes fuera del proceso legislativo reservado a los representantes del pueblo. Y negaríamos al pueblo el derecho a seguir confiando en el significado original de la ley con la que ha contado para ordenar sus derechos y obligaciones».

«Debemos determinar el significado público ordinario del mandato del Título VII de que es “ilegal [...] que un empleador no contrate o se niegue a contratar o despedir a cualquier individuo, o que discrimine a cualquier individuo con respecto a su compensación, términos, condiciones o privilegios de empleo, debido a la raza, color, religión, sexo o origen nacional” [...]. Para hacerlo, nos orientamos al momento de la adopción de la ley, aquí 1964, y comenzamos examinando los términos legales clave uno por uno antes de evaluar su impacto en los casos en cuestión y luego confirmar nuestro trabajo en comparación con los precedentes de este Tribunal».

Lo primero que hace la sentencia es determinar el significado de los términos legales utilizados por la ley. Son fundamentalmente tres:

- ¿Qué significa sexo en el Título VII de la Civil Rights Act? Para el Tribunal se trata de sexo biológico, es decir, la distinción entre hombre y mujer, en función de las diferentes características genéticas y anatómicas que presentan cuando nacen.
- ¿Cuándo puede considerarse que una decisión empresarial ha sido tomada por razón de sexo? La ley declara ilegal «*to discharge any individual, or otherwise to discriminate against any individual [...] because of such individual's [...] sex*». El Tribunal entiende que la fórmula *because of* incorpora el *But-for Test*, el criterio de la *conditio sine qua non*. La relación de causalidad entre la decisión discriminatoria y el factor de discriminación prohibido (sexo) queda anudada siempre que el resultado no se hubiera producido de no haber sido por la causa supuesta, en este caso el sexo. Si suprimida esa causa, el sexo, el resultado no se produjera, el sexo es causa del resultado⁶⁰. La ley no exige que el sexo sea el único o el principal

⁶⁰ Sobre estos criterios de imputación *vid.* P. SALVADOR CODERCH, «Causalidad y responsabilidad», *InDret*, núm. 1 (2006), p. 3. P. SALVADOR CODERCH *et al.*, *Derecho de Daños. Análisis, aplicación e instrumentos comparados*, 12.^a ed., Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, 2023, pp. 199-200.

factor determinante de la decisión empresarial, por lo que puede actuar junto con otras concausas.

- ¿Qué es discriminar? El Tribunal asume la definición ordinaria y habitual de discriminación: «discriminar a una persona parecería significar tratar a esa persona peor que a otros que se encuentran en una situación similar [...] un empleador que intencionalmente trata peor a una persona debido a su sexo [...] discrimina contra esa persona en violación del Título VII». La determinación de la existencia de discriminación se centra «en los individuos, no en los grupos».

Señala la sentencia que el Congreso «podría haber redactado la ley de manera diferente. Podría haber dicho que “será una práctica laboral ilegal preferir un sexo al otro en la contratación, el despido o los términos o condiciones de empleo”. Podría haber dicho que no debería haber “discriminación sexual”, implicando quizás un enfoque en el trato diferenciado entre los dos sexos como grupos. En un sentido más estricto aún, podría haber prohibido solo las “políticas sexistas” contra las mujeres como clase. Pero, una vez más, esa no es la ley que tenemos». Este enfoque tiene importantes consecuencias, como se verá, para la solución de los casos sometidos al Tribunal, pues el empresario no puede eximirse de responsabilidad alegando «que, si bien trató a [una] mujer en particular peor de lo que habría tratado a un hombre, da un trato preferencial a las empleadas en general. El empleador es responsable de haber tratado peor *a esta* mujer, en parte debido a su sexo. Tampoco es una defensa que un empleador diga que discrimina tanto a hombres como a mujeres por motivos de sexo. La ley tiene como objetivo proteger a las personas de ambos sexos de la discriminación, y lo hace por igual».

Una vez aclarada gramaticalmente la regla antidiscriminatoria del Título VII, el Tribunal procede a determinar, de acuerdo con la opción «textualista», el sentido público ordinario de la norma cuando se promulgó en 1964:

«Del significado público ordinario del lenguaje de la norma en el momento de la adopción de la ley, surge una regla sencilla: un empleador viola el Título VII cuando despide intencionalmente a un empleado individual basándose en parte en su sexo. No importa si otros factores además del sexo del demandante contribuyeron a la decisión. Y no importa si el empleador trató a las mujeres como grupo de la misma manera que a los hombres como grupo».

El paso siguiente consiste en aplicar la regla a los casos enjuiciados. Para ello ya no se limita a un estudio gramatical, sino que pasa al análisis lógico del significado del acto de discriminación por orientación sexual e identidad de género, mostrando que hay una unión inescindible del elemento sexo con la orientación sexual y la identidad de género:

«El mensaje de la ley para nuestros casos es igualmente simple y trascendental: la homosexualidad o la condición transgénero de un individuo no es relevante para las decisiones laborales. Esto se debe a que es imposible discriminar a una persona por ser homosexual o transgénero sin discriminar a ese individuo por su sexo. Consideremos, por ejemplo, un empleador con dos empleados, los cuales se sienten atraídos por los hombres. Las dos personas son, en opinión del empresario, materialmente idénticas en todos los aspectos, salvo que uno es un hombre y la otra una mujer. Si el empleador despide al empleado sin más motivo que el hecho de que se siente atraído por los hombres, el empleador lo discrimina por los rasgos o acciones que tolera en su colega. Dicho de otra manera, el empleador selecciona intencionalmente a un empleado para despedirlo basándose en parte en su sexo, y el sexo del empleado afectado es una causa justificada para su despido. O pensemos en un empleador que despide a una persona transgénero que fue identificada como hombre al nacer pero que ahora se identifica como mujer. Si el empleador mantiene a un empleado idéntico que fue identificado como mujer al nacer, el empleador penaliza intencionalmente a una persona identificada como hombre al nacer por rasgos o acciones que tolera en un empleado identificado como mujer al nacer. Una vez más, el sexo del empleado desempeña un papel inequívoco e inadmisibles en la decisión de despido».

Insistiendo en el argumento:

«... la homosexualidad y la condición de transgénero están indisolublemente ligadas al sexo. No porque la homosexualidad o la condición de transgénero estén relacionadas con el sexo en algún sentido vago o porque la discriminación basada en estos motivos tenga algún impacto dispar en un sexo u otro, sino porque discriminar por estos motivos requiere que un empleador trate intencionalmente a cada empleado de manera diferente debido a su sexo».

Por tanto «si la orientación sexual [o la identidad de género] es la causa de la discriminación, y la noción de orientación sexual [o de identidad de género] presupone el concepto de sexo, entonces la causa última

de la discriminación es el sexo»⁶¹. Con la conocida distinción de Platón entre la «cosa que es causa de algo y la cosa sin la cual la causa no podría ser causa» (Fedón 99b)⁶², el sexo aparece como la cosa sin la cual la causa (orientación sexual o identidad de género) no podría ser causa. Al definirse la orientación sexual y la identidad de género en relación con el sexo son inseparables lógicamente de este⁶³.

El viejo argumento de que no habría discriminación porque hombres y mujeres serían igualmente [mal]tratados queda obviamente excluido:

«Un empleador no encuentra mejor defensa respondiendo que está igualmente feliz de despedir a empleados y empleadas que sean homosexuales o transgénero. La responsabilidad del Título VII no se limita a los empleadores que, a través de la suma de todas sus acciones laborales, tratan a la clase de hombres de manera diferente a la clase de mujeres. En cambio, la ley hace que cada caso de discriminación contra un empleado individual debido a su sexo sea una violación independiente del Título VII. Entonces, así como un empleador que despide a Hannah y a Bob por no cumplir con los estereotipos sexuales tradicionales duplica en lugar de eliminar la responsabilidad del Título VII, un empleador que despide a Hannah y a Bob por ser homosexuales o transgénero hace lo mismo».

3. El voto particular del juez Alito: «Es difícil recordar un abuso más descarado de nuestra autoridad para interpretar leyes»

Como ya se ha apuntado la sentencia cuenta con dos votos particulares, el del juez Alito, con la adhesión del juez Thomas, y el del juez Kavanaugh. Especialmente contundente resulta el de Alito que plantea una oposición frontal a la decisión del Tribunal que, a su juicio, abandona la interpretación de la ley e invade el poder legislativo: «solo hay una palabra para describir lo que la Corte ha hecho hoy: legislación. El documento que publica la Corte tiene la forma de una opinión judicial que interpreta una ley, pero eso es engañoso». El Tribunal, «usurpando la autoridad constitucional de los otros poderes», ha tomado el proyecto de ley sobre discriminación laboral y lo ha promulgado «bajo la apariencia de interpre-

⁶¹ R. GUASTINI y A. SARDO, «*Bostock*: un caso de discriminación laboral», *op. cit.*, p. 178.

⁶² Tomo la cita de M. ALONSO OLEA y J. L. TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, 18.ª ed., Madrid, Civitas, 2002, p. 67.

⁶³ S. COHEN, «Redefining What It Means to Discriminate Because of Sex: *Bostock's* Equal Protection Implications», *Columbia Law Review*, vol. 122, núm. 407 (2022), p. 431.

tación legal. Es difícil recordar un abuso más descarado de nuestra autoridad para interpretar leyes».

Para el juez Alito se trata de una sentencia simuladamente textualista que realmente opta por incorporar en la ley de 1964 los valores actuales:

«El Tribunal intenta hacer pasar su decisión como el producto inevitable de la escuela textualista de interpretación legal defendida por nuestro difunto colega el juez Scalia, pero nadie debe dejarse engañar. La opinión del Tribunal es como un barco pirata. Navega bajo una bandera textualista, pero lo que en realidad representa es una teoría de interpretación legal que el juez Scalia criticó: la teoría de que los tribunales deberían “actualizar” los estatutos antiguos para que reflejen mejor los valores actuales de la sociedad».

Alito también parte de que cuando el Título VII declara ilegal la discriminación por razón de sexo está prohibiendo la «discriminación porque la persona en cuestión es biológicamente hombre o biológicamente mujer, no porque esa persona se sienta atraída sexualmente por miembros del mismo sexo o se identifique como miembro de un género determinado». Sexo, orientación sexual e identidad de género son conceptos distintos que no están unidos de modo inseparable «porque es muy posible que un empleador discrimine por esos motivos sin tener en cuenta el sexo de un solicitante o empleado individual». Frente a la opinión de la mayoría de que «la orientación sexual y la identidad de género están estrechamente relacionadas con el sexo [...] que la orientación sexual y la identidad de género están «indisolublemente ligadas al sexo», Alito opina que el Título VII «prohíbe la discriminación por motivo del *sexo en sí*, no todo lo que esté relacionado, basado o definido con referencia al “sexo”».

Por otra parte, tampoco acepta el juez Alito que el significado de la norma determinado por la sentencia se corresponda, de acuerdo con la doctrina textualista, con el sentido público ordinario de la misma en 1964. Lo que las palabras de la ley «transmitieron a las personas razonables en ese momento», en el que estaban criminalizadas conductas homosexuales y transexuales, no podía ser que la ley prohibía las discriminaciones por orientación sexual o identidad de género:

«En 1964, los estadounidenses comunes y corrientes que leyeran el texto del Título VII no habrían soñado que la discriminación por motivos de sexo significaba discriminación por motivos de orientación sexual, y mucho menos de identidad de género. El significado corriente de discrimi-

nación por “sexo” era discriminación por el sexo biológico de una persona, no por orientación sexual o identidad de género. No se les habría pasado por la cabeza la posibilidad de que la discriminación por cualquiera de estos motivos pudiera encajar en alguna comprensión exótica de la discriminación sexual».

En el fondo, las diferencias entre la sentencia y el voto particular del juez Alito radican en el diferente enfoque que dan al problema. Mientras el objetivo de la sentencia de la mayoría es determinar si el empresario podría discriminar por orientación sexual o identidad de género sin tener en cuenta el sexo y responde que no es posible, el juez Alito se centra en mostrar que sexo, orientación sexual e identidad de género son realidades distintas, por lo que discriminar por estas dos últimas circunstancias no lo es por la primera⁶⁴.

IV. EL DESPIDO DISCRIMINATORIO DE PERSONAS TRANS EN EL DERECHO ESPAÑOL

1. La tipificación legal de la identidad sexual y la expresión de género como motivos protegidos

En el vigente Derecho español, superada una fase en la que la legislación laboral ignoraba la cuestión trans como elemento que puede incidir en la relación laboral⁶⁵, la identidad sexual de las personas y su expresión de género aparecen legalmente configuradas como motivos prohibidos de discriminación⁶⁶. Primero se introdujeron de modo genérico por la Ley 15/2022 (art. 2.1)⁶⁷ y, posteriormente, la Ley 4/2023 los añadió a las

⁶⁴ S. COHEN, «Redefining What It Means to Discriminate...», *op. cit.*, p. 435.

⁶⁵ B. SUÁREZ CORUJO, «Derecho Laboral y LGTB», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 17 (2013), p. 14. *Vid.*, con carácter general, J. CABEZA PEREIRO y J. F. LOUSADA AROCHENA, *El derecho fundamental a la no discriminación por orientación sexual e identidad de género en la relación laboral*, Albacete, Bomarzo, 2014, y C. CHACARTEGUI JÁVEGA, *Discriminación y orientación sexual del trabajador*, Valladolid, Lex Nova, 2001.

⁶⁶ Soluciones anteriores ante la falta de tipicidad en Y. CANO GALÁN, «Discusión en torno a la aplicación del principio de igualdad a los transexuales», en AAVV, *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales. XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005, p. 431.

⁶⁷ Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. La Ley «toma como referencia el art. 14 de la Constitución y, junto a los seis moti-

leyes laborales: Estatuto de los Trabajadores [arts. 4.2.c) y 17.1.]⁶⁸; Ley de Empresas de Trabajo Temporal (art. 11.1)⁶⁹; Estatuto Básico del Empleado Público [art. 14.h) e i)]⁷⁰; Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud [art. 17.k)]⁷¹; Estatuto del Trabajo Autónomo [art. 3.a)]⁷² y configuró como infracciones laborales determinadas conductas en las concurren esas circunstancias [LISOS: arts. 8.12 (decisiones empresariales discriminatorias); 8.13.bis (acoso); 10.bis.2.d), y 16.1.c) (datos personales)]⁷³. Este conjunto normativo se ordena sobre el principio de autodeterminación de género o sexo «como una manifestación del derecho fundamental a la intimidad y a la vida privada y vinculado al libre desarrollo de la personalidad»⁷⁴. No puede olvidarse, por otra parte, que, desde 2011, el elemento identidad sexual aparece en el art. 96.1 LJS como uno de los que permiten aplicar la inversión de la carga de la prueba cuando se presentan indicios fundados de discriminación por tal motivo. Es claro, por tanto, que el despido de un trabajador trans por razones de identidad sexual o expresión de género será un despido nulo (art. 55.5 ET).

En páginas anteriores se ha expuesto que la configuración de la identidad sexual y la expresión de género como motivos protegidos por la normativa antidiscriminatoria ha sido polémica en el Derecho de la Unión

vos de discriminación recogidos en la normativa comunitaria (sexo, origen racial o étnico, discapacidad, edad, religión o creencias y orientación sexual), incorpora expresamente los de enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, identidad sexual, expresión de género, lengua y situación socioeconómica, por su especial relevancia social y mantiene la cláusula abierta que cierra el mencionado artículo» (apartado III del Preámbulo).

⁶⁸ DF 14.^a de la Ley 4/2023. Sin embargo, no se ha introducido la identidad sexual y la expresión de género en los arts. 4.2.e) y 54.2.g) ET al configurar el acoso. Paradójicamente la misma Ley 4/2023 (DF 16.^a) sí ha incorporado el acoso por razón de identidad sexual y expresión de género en el EBEP [art. 14.b)]. En cualquier caso, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 3.d) Ley 4/2023 que define el acoso discriminatorio por las causas de discriminación previstas en ella. *Vid.* G. FABREGAT MONFORT, *Compliance laboral en acoso y otras conductas contrarias a la libertad sexual e integridad moral*, Madrid, Francis Lefebvre, 2023, pp. 31-33.

⁶⁹ DF 3.^a de la Ley 4/2023.

⁷⁰ DF 16.^a de la Ley 4/2023.

⁷¹ DF 7.^a de la Ley 4/2023.

⁷² DF 9.^a de la Ley 4/2023.

⁷³ DF 6.^a de la Ley 4/2023.

⁷⁴ Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (expediente núm. 901/2022), apartado V.B). M. ARRÚE MENDIZÁBAL, «El derecho a la identidad sexual/género y a la libertad de expresión de género. Los avances en la protección sociolaboral de las personas trans», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 473 (2023), p. 140.

Europa y en el Derecho de los Estados Unidos, lo que se ha traducido en contradictorias soluciones judiciales a los despidos discriminatorios de las personas trans sobre las que, finalmente, las sentencias *Cornwall*, en el Derecho de la Unión Europea, y *Bostock*, en el Derecho de los Estados Unidos fijaron un criterio favorable a la admisión de la identidad sexual como elemento protegido dentro de la circunstancia sexo. Por esto puede resultar interesante ver cómo han respondido los tribunales españoles ante los despidos de personas trans motivados por su identidad sexual o expresión de género.

2. La situación anterior a las Leyes 15/2022 y 4/2023: la indiscutida alegación de discriminación por razón de sexo por trabajadoras transexuales despedidas

Hasta las recientes SSTC 67/2022, de 2 de junio y 81/2024, de 3 de junio, los casos judicializados de despidos de trabajadores trans motivados por su identidad sexual han escasos⁷⁵, tanto en número como en relevancia, pues no provocaron la intervención ni del Tribunal Supremo ni del Tribunal Constitucional. En la primera década del siglo los tribunales tuvieron ocasión de resolver dos impugnaciones de despidos en los que las trabajadoras alegaban discriminación por razón de sexo, al haber sido despedidas por su condición de transexuales. No consta en las sentencias argumentación especial para justificar la conexión entre el trato desfavorable por razón de la transexualidad y la prohibición de discriminación por razón de sexo, ni tampoco oposición empresarial a la abstracta subsunción de aquel en esta. Lo que se discute en estos casos es simplemente la prueba: si las trabajadoras habían alegado indicios fundados de discriminación que permitieran aplicar la inversión de la carga probatoria y exigir a los empresarios una justificación objetiva y razonable de sus decisiones.

En el asunto resuelto por la STSJ Cataluña de 19 de enero de 2006 (ECLI:ES: TSJCAT:2006:374), despido disciplinario de una trabajadora transexual, resultó probado que tras la operación de cambio de sexo y del conocimiento público de su condición de transexual, los directivos de

⁷⁵ Vid., por ejemplo, el titular del diario *El País* del 20 de marzo de 2007: «Despedida por transexual. Gina es la primera española que denuncia este tipo de discriminación», disponible en https://elpais.com/diario/2007/03/20/ultima/1174345201_850215.html#. Se refiere al caso de la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 18 de Barcelona, de 26 de marzo de 2007, a la que más adelante se hace referencia.

la empresa, una contratista de limpieza y mantenimiento, y de la empresa cliente de esta, habían comentado que la empleada perjudicaba la imagen empresarial. Además, las presidentas del comité de empresa declararon que tenían conocimiento de que se quería despedir a la trabajadora por tal motivo. Para el Tribunal estos hechos constituían indicios fundados de discriminación que permitían aplicar la inversión de la carga probatoria. El empresario debería haber acreditado una justificación objetiva y razonable de su decisión, lo que no hizo «habida cuenta de la total ausencia de prueba de las imputaciones de desobediencia contenidas en la carta de despido», que se declaró nulo.

Solo nueve días prestó servicios para la empresa, una residencia de ancianos, la trabajadora transexual que vio extinguido su contrato por desistimiento empresarial del periodo de prueba en el caso resuelto por la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 18 de Barcelona de 26 de marzo de 2007 (ECLI:ES:JSO:2007:9)⁷⁶. Había sido contratada tras superar una entrevista de trabajo en la que se identificó como mujer y aportó su *curriculum vitae* en el que constaba su participación en actividades vinculadas a grupos de transexuales, gays y lesbianas, y su DNI y documento de afiliación a la seguridad social donde aparecía como hombre, por lo que la empresa conocía su condición de transexual al contratarla. Al no haberse formalizarse por escrito el pacto de prueba el empresario reconoció la improcedencia del despido. El tribunal entendió que había indicios de discriminación. Fundamentalmente la reducidísima duración de la prestación de servicios, solo siete días laborables, por lo que parecía difícil que la empresa hubiera podido valorar la aptitud de la trabajadora, y el hecho de que no formalizara el contrato por escrito cuando lo habitual era hacerlo a los tres días de la incorporación de los trabajadores a la empresa. En el trasfondo aparecen otros hechos a los que la sentencia no dio especial importancia: que no se facilitara a la trabajadora ni uniforme de trabajo ni taquilla en los vestuarios (no resultaba anormal el retraso) y, otro, más significativo consistente en que la supervisora le mostró la zona de vestuario «y le manifestó que podía cambiarse en los lavabos» (¿no se le dio acceso a los vestuarios?, ¿eran todas las cuidadoras mujeres?). El Juzgado no consideró suficientes la defensa de la empresa para justificar su decisión:

⁷⁶ Sobre esta sentencia *vid.* el estudio de J. J. DE VAL ARNAL, «La argumentación razonable por la empresa en la extinción del contrato de trabajo de un transexual: el error en la persona; la defensa del trabajador: discriminación por razón de sexo. Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 18 de los de Barcelona, de 26 de marzo del 2007», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 10 (2007). BIB 2007\1234.

falta de adaptación de la trabajadora a los procedimientos y declaración de otra trabajadora y de la supervisora de por no tener experiencia no realizaba bien su trabajo e incluso trataba de forma brusca a los ancianos. Para el Juzgado, estas alegaciones empresariales resultaron insuficientes para despejar los indicios de discriminación a la vista de: *a)* que cuando fue contratada ya sabía la empresa que no tenía experiencia «y así lo manifestó la supervisora a las compañeras pidiéndoles expresamente que tuvieran paciencia con ella y que estuvieran con ella para enseñarle» y *b)* la reducida duración de la prestación de servicios que hacía difícil valorar la real aptitud de la trabajadora. El despido se declaró nulo.

Son solo dos sentencias que, en cualquier caso, ponen de relieve que ante la falta de mención expresa de la identidad sexual o de género como motivos protegidos, no se ha cuestionado su protección dentro del ámbito del art. 14 CE⁷⁷.

3. El telón de fondo: la protección constitucional de la transexualidad

La escasa elaboración que muestran las sentencias anteriormente citadas a la hora de configurar la identidad sexual como categoría protegida frente a actos discriminatorios, bien puede explicarse porque se pronunciaron dentro de un contexto normativo en el que es clara su protección constitucional. Así lo declararon, en asuntos no laborales, las SSTC 176/2008 y 99/2019 como se refiere a continuación.

3.1. *La transexualidad desde la perspectiva de la prohibición de discriminación: la condición de transexual «es indudablemente una circunstancia incluida en la cláusula cualquier otra condición o circunstancia personal o social» del art. 14 CE*

La prohibición constitucional de discriminación por la condición transexual de la persona se declaró claramente en la STC 176/2008, de 22 de diciembre. El litigio surge, en el contexto de una separación matrimonial, como consecuencia de la restricción judicial del régimen de visitas del padre a su hijo menor. El padre, que se vestía y maquillaba habitual-

⁷⁷ A. ELVIRA PERALES, «Transexualidad y derechos», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 17 (2013), p. 8.

mente como una mujer, se estaba sometiendo a un tratamiento hormonal y tenía la intención de completar el cambio de sexo mediante intervención quirúrgica, consideró que la restricción del régimen de visitas estaba motivada realmente por su condición de transexual femenino, lo que suponía «la vulneración de su derecho a la no discriminación por razón de la orientación sexual, reconocido en el art. 14 CE» (Antecedente 3). Con independencia de la imprecisa vinculación y confusión entre transexualidad y orientación sexual que aparece en la sentencia⁷⁸, lo importante es que se encuadra la transexualidad entre las circunstancias protegidas por el art. 14 CE dentro de su cláusula abierta de «cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Reiterando la conocida doctrina constitucional que distingue entre el primer y el segundo inciso del art. 14 CE (principio de igualdad/prohibición de discriminación), la STC 176/2008 declara que:

«No existe ningún motivo que lleve a excluir de la cobertura del principio de no discriminación contenido en el inciso segundo del art. 14 CE a una queja relativa a la negación o recorte indebido de derechos [...] a quien se define como transexual y alega haber sido discriminado, precisamente, a causa de dicha condición y del rechazo e incomprensión que produce en terceros su disforia de género» (FJ 4).

Para el Tribunal la transexualidad es una circunstancia que, pese a no aparecer expresamente enunciada en el art. 14 CE, comparte las notas distintivas propias de los factores odiosos de discriminación y puede incluirse en la cláusula abierta de «cualquier otra condición o circunstancia personal o social». A esa conclusión se llega por dos razones:

- La consideración excluyente y peyorativa que tradicionalmente se ha tenido de la transexualidad («la posición de desventaja social y, en esencia, de desigualdad y marginación sustancial que históricamente han sufrido los transexuales») por lo que tiene en común con las circunstancias específicas enunciadas en el art. 14 CE «el hecho de ser una diferencia históricamente arraigada y que ha situado a los transexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE, por los pro-

⁷⁸ O. SALAZAR BENÍTEZ «La identidad de género como derecho emergente», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 169 (2015), p. 80 y nota 9.

fundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra estas personas» (FJ 4).

- La normativa internacional sobre derechos fundamentales que debe servir de fuente interpretativa del art. 14 CE (art. 10.2 CE). A tal efecto señala que el art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia del TEDH, el art. 26 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, el art. 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el art. 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea incluyen como motivo protegido la «orientación sexual» (FJ 4). Aparece otra vez la confusión entre orientación e identidad sexual, sin que tenga mayores consecuencias a los efectos de entender protegida la transexualidad dentro del art. 14.1 CE.

3.2. *La transexualidad desde la perspectiva de la identidad de la persona: el derecho a decidir sobre la propia identidad*

Pasada una década, la STC 99/2019, de 18 de julio vuelve a enfrentarse al tema de la transexualidad, ahora desde una perspectiva distinta y más amplia. La ocasión la prestó la cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 1 de la Ley 3/2007, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, por entender que al no reconocer a los menores de edad el derecho a la modificación registral de su sexo y nombre se estaban vulnerando los arts. 15, 18.1 y 43.1 CE, en relación con el art. 10.1 CE. El planteamiento de la cuestión permite que el Tribunal aborde el problema de la transexualidad no desde el punto de vista defensivo de la persona trans que se ve discriminada (prohibición de discriminación), sino desde el aspecto positivo del contenido y titularidad del derecho a hacer efectiva la modificación registral del sexo, considerando a este como rasgo distintivo de la identidad de la persona y la toma de decisiones sobre el mismo enmarcado en el libre desarrollo de la personalidad garantizado por el art. 10.1 CE.

La identidad de una persona está formada por el conjunto de rasgos propios que le caracteriza frente a las demás⁷⁹. Dentro de ese conjunto

⁷⁹ P. BENAVENTE MOREDA, «Identidad y contexto inmediato de la persona (identidad personal, el nombre de la persona, identidad sexual y su protección)», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 17 (2013), p. 106.

se incluyen tanto los que forman la identidad física (nombre, sexo, altura, color de los ojos y del pelo, filiación, lugar y fecha de nacimiento, etc.) como su identidad intelectual o moral (cualidades, ideología, creencias, opiniones, pensamientos, etc.)⁸⁰; sus sentimientos, afectos y modos de comportarse. Incluye el conjunto de características, internas y externas, mediante las que cada persona se distingue de las demás, pues, en definitiva, «la identidad se configura como el derecho a ser uno mismo y diferente de los demás»⁸¹. La identidad no solo supone un conjunto de notas distintivas o rasgos dados, sino también la conciencia que la persona tiene de sí misma en atención a esos rasgos⁸². De la identidad de la persona forman parte su identidad sexual y de género⁸³. La identidad, por otra parte, es dinámica por cuanto esos rasgos o notas distintivas de la persona pueden cambiar durante la vida. Así se ha dicho que el derecho a la identidad tiene la finalidad de garantizar que las personas puedan desarrollar su vida «conforme a la percepción que ella tiene de sí misma y en atención a las cualidades, caracteres, sentimientos o rasgos que le son propios, así como garantizar *erga omnes* la correcta representación de la verdadera identidad de la persona»⁸⁴.

La CE no recoge expresamente un derecho fundamental a la identidad, pero, aquí la importancia de la STC 99/2019, la adopción de «decisiones con eficacia jurídica sobre su identidad» que es «una cualidad principal de la persona humana», en la que se inscriben aspectos como el nombre y el sexo, puede fundamentarse en la cláusula general de libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Para el Tribunal «establecer la propia identidad no es un acto más de la persona, sino una decisión vital, en el sentido que coloca al sujeto en posición de poder desenvolver su propia personalidad. Cualquiera que se vea obligado a vivir a la luz del Derecho conforme a una identidad distinta de la que le es propia sobrelleva un lastre que le condiciona de un modo muy notable en cuanto a la capacidad para con-

⁸⁰ A. BATUECAS CALETRÍO, «El Derecho a la identidad y la identidad digital», *Anuario de Derecho Civil*, t. LXXV, fasc. III (2022), pp. 933-937.

⁸¹ J. L. PIÑAR MAÑAS, «Identidad y persona en la sociedad digital», en T. DE LA QUADRA SALCEDO y J. L. PIÑAR MAÑAS (dir.), *Sociedad Digital y Derecho*, Madrid, BOE, 2018, p. 96.

⁸² M. C. GETE-ALONSO Y CALERA, «Identidad e identificación de la persona», en T. F. TORRES GARCÍA, F. J. INFANTE RUIZ, M. OTERO CRESPO y A. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (dir. y coord.), *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 4.

⁸³ A. BATUECAS CALETRÍO, «El Derecho a la identidad...», *op. cit.*, p. 936. M. C. GETE-ALONSO Y CALERA, «Identidad e identificación de la persona», *op. cit.*, pp. 9-14 y 19-26.

⁸⁴ A. BATUECAS CALETRÍO, «El Derecho a la identidad...», *op. cit.*, p. 938.

formar su personalidad característica y respecto a la posibilidad efectiva de entablar relaciones con otras personas» (FJ 4). Hay un «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» que ha sido «reconocido y afirmado por diversas instituciones de nuestro entorno jurídico, lo que muestra que sobre este vínculo existe un extendido consenso» (FJ 4). La identidad sexual aparece, así, como un bien constitucionalmente protegido⁸⁵.

4. El despido de personas trans ante el Tribunal Constitucional. La STC 67/2022, de 2 de junio: una construcción jurídica específica sobre las nociones de sexo y género

La STC 67/2022, de 2 de junio⁸⁶ constituye el primer pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre discriminación laboral por razón de identidad de género. Como se ha visto en las páginas anteriores, el Tribu-

⁸⁵ La STC 99/2019 se remite a la doctrina del TEDH que ha incluido dentro del derecho a la vida privada (art. 8 CEDH) la identidad sexual de las personas: «el concepto de “vida privada” incluye no solo la integridad física y mental de la persona, sino que también puede en ocasiones comprender aspectos de la identidad física y social del individuo. Elementos tales como la identidad de género, el nombre, la orientación sexual y la vida sexual caen dentro de la esfera personal protegida por el art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH). Esto ha conducido a reconocer, en el contexto de la aplicación de este principio a las personas transgénero, que ello implica un derecho a la autodeterminación, que la libertad de definir la propia identidad sexual es uno de los elementos esenciales más básicos y que el derecho de las personas transgénero a su desarrollo personal y a la seguridad física y moral está garantizado en el art. 8 (STEDH asunto *A. P. Garçon y Nicot contra Francia*, de 6 de abril de 2017)».

Por otra parte, el Tribunal también pone de relieve la conexión entre identidad e intimidad. La identidad se define en función de los rasgos que la persona quiere expresar como propios evitando otros que prefiere mantener reservados [J. L. PIÑAR MAÑAS, «Identidad y persona en la sociedad digital», *op. cit.*, pp. 97 y 98]. Para el Tribunal «la falta de equivalencia entre el sexo atribuido al nacer, que es el que accede originariamente al registro civil, y el que un individuo percibe como suyo es una de esas circunstancias particularmente relevantes que la persona tiene derecho a proteger del conocimiento ajeno. Ello se debe a que esa reserva constituye un medio eficaz de que aparezca como único y verdadero sexo el segundo de ellos —el percibido por el sujeto— y, en consecuencia, no trascienda al conocimiento público su condición de transexual».

⁸⁶ L. LÓPEZ CUMBRE, «Despido transgénero», disponible en <https://www.ga-p.com/publicaciones/despido-transgenero/>. J. P. MALDONADO MONTOYA, «Comentario a la STC 67/2022, de 2 de junio», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 262 (2023), y C. H. PRECIADO DOMENECH, «Discriminación por identidad sexual y derecho a la propia imagen», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 7 (2022).

nal ya había declarado en casos civiles que la identidad de género o sexual resulta protegida por el art. 14 CE (SSTC 176/2008 y 99/2019). Sin embargo, todavía no había llegado al Tribunal ninguna reclamación de carácter laboral fundada en la identidad de género, por lo que la STC 67/2022 aprovecha la ocasión para «sentar doctrina sobre un problema o faceta de un derecho fundamental [...] sobre el que esa doctrina es insuficiente» (FJ 2). Se trata, por tanto, de una sentencia fundamentalmente doctrinal, de la que se ha dicho que «recuerda a una tormenta de verano con mucho aparato eléctrico (en este caso, conceptual) pero sin lluvia», porque la empresa neutralizó los indicios de discriminación por identidad de género⁸⁷, y que su importancia «radica más en su vertiente objetiva-doctrinal, que en su vertiente tuitiva del derecho en el caso concreto»⁸⁸.

4.1. *El origen del litigio y la solución de los tribunales laborales*

El litigio surge con ocasión de la impugnación del desistimiento empresarial del periodo de prueba de la relación laboral, al considerarse motivado por la condición transgénero, indiscutida (FJ 2), de la persona trabajadora, que pide la calificación de la extinción del contrato como despido nulo.

La relación laboral, con pacto de prueba de seis meses, duró poco más de cuatro durante el año 2013. La persona trabajadora iba a trabajar vistiendo pantalón o falda indistintamente. Un día, al inicio de la relación, acudió al centro de trabajo con una prenda (no se determinó si pantalón corto o falda corta) que la directora de recursos humanos consideró inapropiada, por lo que le pidió que regresara a su casa y se vistiera correctamente. Al mes siguiente, en la reunión que mantuvo con el director general de la empresa y la directora de recursos humanos con objeto de gestionar el trato con los clientes, el director general le pidió que vistiera de forma más correcta, pero sin exigirle particularmente que llevara falda o pantalón. No se acreditó que en ocasión alguna se le prohibiese llevar falda (aunque alegó que «el director le dejó muy claro que no podía ir a trabajar con falda por ser un problema

⁸⁷ F. REY MARTÍNEZ, *Derecho antidiscriminatorio*, 2.^a ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2023, p. 395.

⁸⁸ C. H. PRECIADO DOMÈNECH, «Discriminación por identidad sexual y derecho a la propia imagen», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 7 (2022), p. 1. I. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, «Constitución e identidad de género», *Persona y Derecho*, núm. 2 (2023), p. 283: «no parece que una sentencia constitucional sea el lugar para hacer un tratado teórico, sobre todo cuando no influye en el fallo».

de imagen para la empresa»⁸⁹). Tampoco consta que después de la reunión hubiera incidencia ni reproche alguno por su modo de vestir, a pesar de que continuó yendo a trabajar vistiendo falda ocasionalmente.

El Juzgado de lo Social consideró que la persona trabajadora no había acreditado indicios de discriminación por razón de su vestimenta o de su identidad sexual. No obstante, estimó que, aunque los hubiera habido, la empresa había aportado motivos objetivos para la extinción basados en el insatisfactorio desempeño laboral del trabajador. Por el contrario, la sentencia de duplicación⁹⁰ apreció que sí concurrían indicios fundados de discriminación porque: *a*) bastaba que, como sucedía en el caso, las alegaciones de la persona trabajadora resultaran plausibles y razonables, sin necesidad de prueba al respecto⁹¹, y *b*) al pertenecer la persona trabajadora a un «colectivo protegido» (LGTBI) podía presumirse la discriminación. No obstante, estimó que el empresario había aportado una justificación de su decisión por motivos objetivos y razonables ajenos a un móvil discriminatorio. Unos referidos a necesidades empresariales (afectación del puesto de trabajo por un programa de reorganización empresarial), y otros a defectos de cumplimiento de la persona trabajadora (impuntualidad y falta de satisfacción con su desempeño laboral), destacando la aceptación empresarial del uso de la falda que en ningún momento se prohibió.

4.2. *El recurso de amparo y el contenido de la sentencia constitucional*

La persona trabajadora interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales por considerar que habían vulnerado sus derechos a la

⁸⁹ «En la demanda inicial, quien ahora recurre en amparo describe una situación concreta en la que, debido a una visita del director general de la empresa se le pidió que regresara a su casa y se pusiera un pantalón en lugar de la falda que vestía, episodio al que habría seguido una conversación con el director general en el que se habría discutido sobre los derechos de las personas transgénero. En el mismo escrito de demanda se asegura que el despedido [sic] fue orden directa del director general de la compañía y que el demandante entiende que tal despido es nulo al obedecer “exclusivamente a mi condición de transgénero”» [Antecedente 2.e)].

⁹⁰ STSJ Madrid de 24 de julio de 2018 (ECLI:ES:TSJM:2018:8925).

⁹¹ Fueron las siguientes: «1.ª) Con motivo de la visita del director general, cuyo centro operativo está en Canadá, se le pidió que volviese a su domicilio para cambiarse la falda que vestía por un pantalón. 2.ª) El director le dejó muy claro que no podía ir a trabajar con falda por ser un problema de imagen para la empresa. 3.ª) El día de su despido la jefa de recursos humanos le comentó que había intentado convencer al director para que no le despidiera y no lo logró. 4.ª) Aduce que la causa del despido es su condición de transgénero».

identidad sexual y a la propia imagen. El Tribunal, adelantemos el fallo, desestima el recurso de amparo. El contenido de la sentencia puede estructurarse en dos grandes partes. Una, primera (FFJJ 3, 4 y 5), destinada a fijar la doctrina aplicable, resultado de las respuestas a tres grandes preguntas: 1) ¿cuál es el motivo, factor o causa de discriminación presente en el caso? (FJ 3); 2) ¿se encuentra incluida esa causa de discriminación entre las prohibidas por el art. 14 CE? (FJ 4); 3) ¿resulta aplicable a la discriminación por esa causa la regla de la inversión de la carga de la prueba? (FJ 5). Otra, segunda (FJ 6), en la que se aplica la doctrina al supuesto planteado.

4.3. *La fijación de doctrina constitucional sobre la identidad de género*

a) La identidad de género es la «circunstancia personal determinante de la eventual discriminación»

Sexo, género, orientación sexual, identidad de género, persona trans y expresión de género son los conceptos utilizados por la sentencia para definir el factor causante de la discriminación laboral denunciada. Afirma el Tribunal que para determinar «en presencia de qué causa de discriminación estamos» hay que «partir de la distinción clara entre las nociones de sexo y género» (FJ 3), «de una aclaración conceptual previa que distinga entre discriminación por razón de sexo, discriminación por razón de identidad de género y discriminación vinculada a la expresión de género» (FJ 2), pues el problema planteado «tiene que ver con la definición y construcción constitucional de sexo y género como categorías jurídicas diversas» (FJ 2). De este modo el Tribunal dota de «contenido jurisprudencial» a «determinados conceptos que, hasta el momento, no habían sido tratados adecuadamente» (FJ 2). Esta aproximación de la sentencia al problema no deja de plantear algunas cuestiones:

- Parece que, al igual que algunas normas incluyen en sus primeros artículos la definición de los términos utilizados, la sentencia quiere partir de unas nociones claras sobre los conceptos fundamentales para resolver el problema planteado. Sin embargo, la función de las definiciones en uno y otro caso son muy distintas. El legislador dispone de una amplia libertad, como parte de su potestad legislativa, para dotar de contenido los términos que utiliza, sin embargo, los tribunales deben determinar el sentido de los términos emplea-

dos por las normas aplicables al caso, de acuerdo con los métodos interpretativos admitidos, por lo que su esfera de libertad es mucho menor que la del legislador.

- Estos términos, excepto el de sexo, no aparecen en la Constitución y la sentencia no precisa con exactitud la norma o normas infraconstitucionales en las que se utilizan. ¿Qué sentido tiene dotarlos de contenido jurisprudencial constitucional? ¿Se «constitucionalizan» determinadas acepciones en perjuicio de otras? Si las definiciones del Tribunal Constitucional no coinciden con las de las normas que los emplean: ¿cuáles prevalecerán?⁹²
- No puede olvidarse, como reconoce el propio Tribunal, «el estado de indefinición actual de muchos de los conceptos asociados al estudio de la identidad de género» y «la falta de consenso técnico y jurídico» sobre ellos [FJ 3.c)]. En este marco: ¿qué papel cumple el Tribunal Constitucional?
- ¿Cómo se justifica tomar como punto de partida lo que debería ser conclusión del razonamiento?, pues para la sentencia hay que «partir de la distinción clara entre las nociones de sexo y género» (FJ 3).
- ¿Qué método de interpretación utiliza el Tribunal para llegar a las definiciones fijadas? ¿En qué fuentes bebe?

En fin, son muchas las cuestiones que plantea la sentencia y que llevarían más allá de lo necesario para el objeto de estas páginas que, recuérdese es el del despido de las personas trans. Por otra parte, las definiciones perfiladas tanto de sexo⁹³ y género⁹⁴ [FJ 3.a)], como de orientación

⁹² M. PÉREZ-MONEO [«No es solo un asunto de faldas: la protección de la expresión de género», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 51 (2023), p. 608] se refiere a la confusión resultante en tales casos.

⁹³ «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».

⁹⁴ «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,

sexual⁹⁵ e identidad de género⁹⁶ [FJ 3.b)] y persona trans [FJ 3.c)]⁹⁷ se mueven dentro de lo que habitualmente puede encontrarse en la literatura sobre el tema: sexo como realidad biológica y el género como su construcción social y cultural; sin entrar, parece, a resolver polémicas cargadas de ideología⁹⁸ sobre si sexo y género son aspectos complementarios o excluyentes⁹⁹, que serían ajenas a la función de la jurisdicción constitucional: «sexo y género no son mutuamente excluyentes, pero tampoco sinónimos» [FJ 3.a)].

Junto a las definiciones de estos elementos, interesa la calificación que de ellos hace y las consecuencias que de dicha calificación se pueden derivar:

- Sexo y género, dice la sentencia, no pueden ser definidos «en sentido estricto como derechos», lo cual resulta elemental, «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» [FJ 3.a)]. Sexo y género son rasgos (condición o estado, pero no estado civil¹⁰⁰) que junto con otros, definen la identidad de la persona, a

aparición externa, imagen y expectativas sociales asociadas a uno u otro género. Mientras que el sexo se vincula a la concurrencia de una serie de caracteres físicos objetivamente identificables o medibles, los caracteres asociados al género son relativos y coyunturales y pueden variar de una sociedad a otra y de uno a otro tiempo histórico».

⁹⁵ «Preferencia por establecer relaciones afectivas con personas de uno u otro sexo».

⁹⁶ «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».

⁹⁷ «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 omnicomprendensiva 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».

⁹⁸ P. DE LORA, *El laberinto del género. Sexo, identidad y feminismo*, Madrid, Alianza Editorial, 2021.

⁹⁹ A. APARISI, «Ideología de género: de la naturaleza a la cultura», *Persona y Derecho*, vol. 61 (2019), pp. 170-171.

¹⁰⁰ Como señala M. C. GETE-ALONSO Y CALERA [«La Ley 4/2023 para la igualdad real

la persona misma, y esta dispone de libertad, con fundamento último en la cláusula general de libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), para adoptar diferentes opciones sexuales y de género. Más allá de eso parece que el Tribunal no llega a formular expresamente la existencia de un derecho constitucional a la autodeterminación de género, ni un derecho a la identidad¹⁰¹.

- Orientación sexual e identidad de género son también condiciones personales (¿no estados?) y además, dice la sentencia, «elementos vinculados fundamentalmente con el derecho a desarrollar una determinada vida privada y familiar (art. 8 CEDH)», remitiéndose a la jurisprudencia del TEDH que atribuye al concepto de «vida privada» una definición amplia, que incluye «el derecho a la integridad física y psicológica de una persona», incluyendo en esa noción de integridad su vida sexual y su orientación sexual y la identidad de género de las personas trans [FJ 3.b)]. Dada la proximidad entre el derecho a la vida privada reconocido en el art. 8 CEDH y el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) podría plantearse si la identidad de género sería también una faceta del derecho a la intimidad, pero tampoco sobre esta cuestión la sentencia hace un pronunciamiento expreso.

Tras el esfuerzo conceptual el Tribunal llega a la conclusión de que la «circunstancia personal determinante de la eventual discriminación» [FJ 3.b)] es la identidad de género. La persona trabajadora no mantuvo su identidad de género dentro del ámbito de su intimidad, sino que la expresó en un determinado modo de vestir, con lo que aparece un nuevo concepto, el de expresión de género [FJ 3.d)], que, «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 estética¹⁰²», forma parte

y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. Cambios conceptuales y de configuración de las situaciones personales», *La Ley Derecho de Familia*, núm. 38 (2023), p. 10] a partir de la CE «el sexo dejó de ser estado civil para pasar a ser una condición de la persona tenida en cuenta jurídicamente».

¹⁰¹ *Vid.*, sobre esta cuestión y con anterioridad a la STC 67/2022, M. A. PRESNO LINEIRA, *Libre desarrollo de la personalidad y derechos fundamentales*, Madrid, Marcial Pons, 2022, pp. 129-137, donde trata la cuestión de si «¿Hay un “derecho a la autodeterminación de género” vinculado al libre desarrollo de la personalidad?». También O. SALAZAR BENÍTEZ, «La identidad de género como derecho emergente», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 169 (2015).

¹⁰² La sentencia cita la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Conse-

integrante del derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) [FJ 3.d)]. Se trata de un importante pronunciamiento del Tribunal Constitucional que confirma lo que algunos autores venían advirtiendo¹⁰³: que el derecho a la propia imagen presenta dos aspectos. Uno, el llamado aspecto gráfico, en virtud del cual su titular tiene la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico, lo que conlleva el derecho a determinar la información gráfica que puede ser captada o tener difusión pública y el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado¹⁰⁴. Otro, estético, que supone «el derecho a definir, a determinar, a configurar y a modificar libremente la propia apariencia exterior»¹⁰⁵, la *vis positiva* del derecho a la propia imagen como derecho «a conformar con libertad la apariencia física personal»¹⁰⁶, incluyendo la expresión de género de su titular.

b) El art. 14 CE prohíbe «los tratamientos discriminatorios cuyo factor determinante aparece fundado en la identidad de género»

Una vez identificado el factor discriminatorio, la identidad de género expresada en el modo de vestir, la sentencia analiza si esa causa de discriminación se encuentra dentro del ámbito de aplicación del art. 14. Tras recordar la conocida distinción entre el inciso primero (cláusula general de igualdad o derecho a la igualdad de trato) y el segundo (prohibición de discriminación o derecho a la no discriminación) del art. 14 CE¹⁰⁷, la sentencia concluye que «la identidad de género es una circunstancia que tiene que ver con el libre desarrollo de la personalidad, íntimamente vinculada

jo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. Sin embargo, como constata M. PÉREZ-MONEO («No es solo un asunto de faldas...», *op. cit.*, p. 606), en esa Directiva «no aparece la definición ofrecida por el Tribunal Constitucional».

¹⁰³ Vid. las referencias pertinentes en A. CÁMARA BOTÍA, «La libertad de vestir del trabajador», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 6 (2013), apartado VII.1.B).

¹⁰⁴ F. P. BLASCO GASCÓ, *Patrimonialidad y personalidad de la imagen. El derecho a la propia imagen*, Barcelona, Bosch, 2008, p. 68.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 70.

¹⁰⁶ F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, «Sobre el derecho a la propia imagen», *Poder Judicial*, núm. 10 (1988), p. 78. F. P. BLASCO GASCÓ, *Patrimonialidad y personalidad de la imagen...*, *op. cit.*, pp. 70-71.

¹⁰⁷ Últimamente, J. SUAY RINCÓN, «Justicia constitucional y principio de igualdad: un examen de la última jurisprudencia constitucional (2017-2021)», *IgualdadES*, núm. 6 (2022), pp. 11-44.

al respeto de la dignidad humana (art. 10.1 CE), y este rasgo de la identidad, cuando no se ajusta a parámetros hetero-normativos clásicos, es decir, allí donde identidad de género y sexo de la persona no son absolutamente coincidentes, puede hacer al individuo acreedor de una posición de desventaja social históricamente arraigada de las que prohíbe el art. 14 CE», por lo que «como ha sucedido con el resto de los motivos expresamente prohibidos por el art. 14 CE también debe declararse la ilegitimidad constitucional de los tratamientos discriminatorios cuyo factor determinante aparece fundado en la identidad de género» (FJ 4).

La afirmación de la sentencia no resulta novedosa. En este sentido la propia sentencia constitucional se remite a la STC 176/2008, recordando que sus consideraciones sobre las personas transexuales «son, obviamente, aplicables a las personas trans». También refuerza su argumentación con remisión a la doctrina del TEDH¹⁰⁸ y del TJUE de la que, paradójicamente, no se cita el asunto *Cornwall*, sobre despido de una persona transexual, pero sí dos posteriores sobre seguridad social¹⁰⁹.

- c) La jurisprudencia constitucional sobre vulneración del art. 14 CE en el marco de las relaciones laborales y reparto de la carga de la prueba en estos supuestos resulta aplicable a las discriminaciones por causa de identidad de género

Una vez aclarado 1) que el factor de discriminación presente en el caso es la identidad de género y 2) que la identidad de género es una de las causas de discriminación prohibidas por el art. 14, se plantea 3) si resulta aplicable a la discriminación por identidad de género en las relaciones laborales la regla de la inversión de la carga de la prueba. La pregunta podría calificarse de «retórica», a la vista de que resulta sobradamente conocida toda la doctrina constitucional sobre aplicación de la prohibición de discriminación y derechos fundamentales en el contrato de trabajo y que, en el orden legal, el art. 96.1 LJS incluye la identidad sexual como una de las circunstancias que permite aplicar la inversión de la carga de la prueba cuando se presentan indicios de discriminación por tal motivo¹¹⁰.

¹⁰⁸ STEDH 12 de mayo de 2015, asunto *Identoba y otros c. Georgia*, ECLI:CE:ECHR:2015:0512JUD007323512, manifiesta con total claridad que «la prohibición de la discriminación en virtud del art. 14 de la Convención cubre debidamente las cuestiones relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género» (§ 96).

¹⁰⁹ *Vid. supra*, apartado 2.3 de este trabajo.

¹¹⁰ Por eso no se entiende la necesidad hay de traer a colación en este punto la traspo-

4.4. La aplicación de la doctrina al caso planteado

Terminada la que hemos llamado parte doctrinal de la sentencia con la conclusión de que los derechos fundamentales cuestionados son la prohibición de discriminación en el ámbito laboral por razón de identidad género (*ex art. 14 CE*), y el derecho a la propia imagen (*art. 18.1 CE*) en su vertiente del derecho a la expresión de género, el Tribunal aplica la doctrina fijada, examinando si se daban los requisitos necesarios para aplicar la regla de la inversión de la carga de la prueba y, en su caso, si el empresario aportó una justificación suficiente de su decisión.

En relación con la aplicación de la inversión de la carga de la prueba [FJ 6.a)] pueden hacerse dos acotaciones.

- La primera, de carácter general: la sentencia en comentario excluye «la tesis de la inversión de la carga de la prueba por la mera alegación de la pertenencia a un colectivo discriminado», que vendría a dotarle de una protección objetiva y automática. Por el contrario, la presentación de «un indicio de prueba y su alegación es esencial para activar la inversión de las obligaciones probatorias» [FJ 6.a)]. Como dirá la STC 81/2024 «la mera alegación de la vulneración constitucional o una retórica invocación del factor protegido no constituyen indicio de discriminación, sino que es necesario un hecho o conjunto de hechos que permita deducir la posibilidad de lesión» [FJ 3.b)].
- La segunda, de carácter particular: la persona trabajadora aportó indicios fundados de discriminación por razón de identidad de género. El conflicto exteriorizado sobre el modo de vestir resultaba indicio suficiente de una eventual discriminación por identidad de género. Como la sentencia de suplicación así lo apreció puede decirse que «aplicó adecuadamente el art. 14 CE, entendiendo comprendida en este precepto la condición de identidad de género alegada por la persona recurrente, y activando la redistribución de la carga probatoria» [FJ 6.a)].

sición de las Directivas 2006/54/CE y 2000/78/CE para afirmar que «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» (FJ 5).

Por último, el Tribunal examina si el empresario neutralizó los indicios de discriminación aportando una justificación objetiva y razonable de su decisión [FJ 6.b)]. Así fue: «el cese de la persona recurrente no puede calificarse de nulo por discriminatorio dado que, habiendo aportado indicios racionales de discriminación por motivo de identidad de género, la empresa demandada los ha rebatido adecuadamente, y el acervo probatorio del que se han servido los juzgadores de instancia [...] pone de manifiesto que la causa del despido no fue la identidad de género de la persona recurrente en amparo, ni la expresión externa de esa identidad de género» [FJ 6.b)].

La discriminación por razón de identidad de género (art. 14 CE) se excluye por hechos probados como que el trabajador acudiera al trabajo vistiendo falda o pantalón indistintamente sin plantearse incidente alguno (salvo el día de la disputa sobre la extensión de la prenda que no se determinó si era falda o pantalón), y que en la reunión con los directivos de la empresa sobre corrección en el trato con los clientes no se tratara de la expresión de género de la persona recurrente. Tampoco se acreditó la existencia de un panorama general discriminatorio por razones de género, ni de identidad sexual ni análogas, ni la existencia de prohibiciones expresas o la adopción de un código de vestimenta en el trabajo. La identidad de género de la persona reclamante no supuso obstáculo para su contratación, y no hubo correlación temporal entre el conflicto sobre vestimenta y la decisión empresarial. Además, también se acreditaron otras causas que pudieron haber justificado el desistimiento del periodo de prueba (reorganización interna y falta de satisfacción con el desempeño de la persona recurrente). En definitiva, se presentó «una justificación empresarial, si bien somera, sobre la decisión de cesar el contrato en periodo de prueba, que no puede ser tachada de irracional o desproporcionada» [FJ 6.b)].

Igualmente se excluye la vulneración del derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) en su vertiente del derecho a la expresión de género a través de su indumentaria y en el marco de proyección del art. 14 CE, al no quedar acreditada la imposición por el empresario de limitaciones en el modo de vestir que supusieran vulneración de la expresión de género de las personas trabajadoras de la empresa [FJ 6.b)].

La sentencia concluye rechazando «que hayan concurrido en este caso la lesión tanto del art. 14 CE, en su vertiente de la interdicción de discriminación de las personas por razón de su identidad de género, como del derecho a la propia imagen del art. 18.1 CE, en su vertiente del derecho a la expresión de género en condiciones de igualdad y sin posibilidad de sufrir discriminación por las causas contenidas en el art. 14 CE».

5. La reiteración de la doctrina constitucional sobre identidad de género por la STC 81/2024, de 3 de junio

La STC 81/2024, de 3 de junio ha reiterado la doctrina fijada por la STC 67/2022. La trabajadora que reclama en amparo, empleada laboral interina de la Comunidad Autónoma, prestaba servicios como encargada de control y atención al público en el Museo Arqueológico de Córdoba desde el año 2007. Diez años después, en 2017, la Comunidad Autónoma le comunicó la extinción de su contrato por cobertura reglamentaria del puesto de trabajo que desempeñaba. La trabajadora, que durante esos años había desarrollado un proceso de reasignación de género a mujer transexual, considera que la extinción de su contrato estuvo motivada por su identidad de género y solicita la calificación del cese como despido nulo. Tres episodios sucedidos durante la relación laboral permitían exteriorizar la eventual discriminación: *a)* el retraso en la tramitación de una solicitud de adecuación de su puesto de trabajo mediante la adquisición de una silla ergonómica, tras una operación de columna y el reconocimiento de una discapacidad del 36 por 100; *b)* que desde que empezó el proceso de transición de género se limitaran sus funciones a la expedición de billetes de entrada, no permitiéndole estar en el patio controlando y ayudando a los visitantes como antes había hecho esporádicamente, y *c)* las dificultades que le puso la directora del museo cuando reclamó ser tratada conforme a la identidad de género reconocida como mujer. El Juzgado de lo Social desestimó la nulidad del despido, declarándolo improcedente¹¹¹. En suplicación, el Tribunal Superior de Justicia confirmó la inexistencia de nulidad y, además, rechazó la improcedencia del despido¹¹².

La STC 81/2024 no aporta ninguna novedad doctrinal, se remite a la STC 67/2022 y proyecta sobre este caso la doctrina allí fijada, analizando si concurrían indicios de discriminación y si el empresario justificó objetivamente su decisión neutralizando el panorama discriminatorio.

La sentencia considera que las dificultades que puso la directora del museo para tratar a la trabajadora conforme a la identidad de género reconocida como mujer, generando una cierta conflictividad, sirven como indicio de discriminación¹¹³. Por el contrario, se excluyen como indicios el

¹¹¹ Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Córdoba, de 31 de julio de 2018 (proc. núm. 867/2017).

¹¹² STSJ Andalucía, de 24 de junio de 2020 (ECLI:ES:TSJAND:2020:6668).

¹¹³ «La circunstancia de tener que acudir a la Delegación Territorial de la que depen-

retraso en la tramitación de una solicitud de adecuación de su puesto de trabajo, que se efectuó mucho antes de manifestar su cambio de identidad, y la retirada de las tareas de visitas guiadas y talleres que «no formaban parte del contenido del puesto ocupado por la demandante en amparo y solo de modo puntual y en casos de falta de personal los había realizado» y «en todo caso serían indicios de discriminación en la relación laboral pero no en su extinción».

Limitados los indicios de discriminación al episodio conflictivo con la directora del Museo, el Tribunal descarta que la extinción de la relación tuviera en él su causa. Por una parte, la directora del Museo era ajena a la convocatoria y resolución del concurso de traslados que desembocó en la cobertura de la plaza desempeñada hasta entonces por la recurrente en amparo. Por otra, la extinción de la relación laboral tuvo su origen en la resolución del concurso de traslados convocado por la Comunidad Autónoma, que afectó a las plazas vacantes de la administración autonómica en cumplimiento de las previsiones del convenio colectivo del personal laboral al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma aprobado años antes¹¹⁴.

* * *

Terminado el recorrido normativo y jurisprudencial efectuado sobre los despidos discriminatorios de personas trans pueden retenerse algunas grandes ideas: *i)* en el Derecho español en ningún momento se ha cuestio-

de la directora a fin de doblegar la inicial resistencia de esta a que la trabajadora fuera tratada conforme a su nueva identidad de género, pudiera ser considerada inicialmente como un indicio o sospecha de que la extinción de su relación laboral pudo tener su origen en el desencuentro ocasionado por el ejercicio del derecho de la demandante de amparo a reclamar el reconocimiento de su identidad de género» [FJ 4.a)].

¹¹⁴ Ya vigentes las Leyes 15/2022 y 4/2023, y con posterioridad a la STC 67/2022, los tribunales laborales han vuelto a conocer del despido de una persona transexual. El trabajador, hombre transexual, extranjero refugiado en España por su condición de género, que prestó servicios en la empresa durante unos dos meses y medio, fue despedido mientras se encontraba convaleciente tras la operación de reasignación de sexo. Impugnó el despido solicitando su nulidad por vulneración, en lo que aquí interesa, del «derecho fundamental a la identidad de género y sexual». Tanto la sentencia de instancia [Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Valladolid de 30 de marzo de 2023 (ECLI:ES:JSO:2023:2070)], como la de suplicación [STSJ Castilla y León (Valladolid) de 22 de marzo de 2024 (ECLI:ES:TSJCL:2024:1283)], excluyeron la existencia de discriminación por razón de identidad de género al no acreditar el trabajador indicios de existencia de discriminación, pues ni siquiera se pudo acreditar que el empresario conociera la condición trans del trabajador.

nado la protección de las personas trans despedidas por razón de su identidad sexual o de género, a diferencia de otros ordenamientos en los que ha resultado trabajosa la consideración discriminatoria de estas decisiones empresariales; *ii*) la identidad sexual o de género se encuentra legalmente tipificada y constituye como uno de los motivos protegidos por el art. 14 CE; *iii*) además, se contempla como un bien constitucionalmente protegido, enlazado con el principio de libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), y *iv*) en fin, se exterioriza en la expresión de género que constituye una de las facetas del derecho fundamental a la propia imagen (art. 18.1 CE).

A partir de estas bases, y más allá del tema particular del despido discriminatorio, también se pueden señalar algunos aspectos que quedan pendientes, como la definición constitucional de la identidad sexual o de género como un derecho fundamental específico y, sobre todo, las limitaciones lícitas que puede sufrir en el entorno de la empresa al exteriorizarse como expresión de género. Por otra parte, es muy probable que, en no poco tiempo, los tribunales laborales tengan que enfrentarse, con mayor frecuencia, a casos en los que esté en juego el derecho a la configuración de la apariencia externa del trabajador, reconocido por el Tribunal Constitucional como aspecto integrante del derecho fundamental a la propia imagen, ya se presenten vinculados a la identidad sexual o de género o a otros derechos fundamentales, como la libertad religiosa, o a la nuda voluntad del trabajador. Estamos, podría decirse, en el punto de partida o en los momentos iniciales de una fecunda línea de aplicación y estudio del Derecho del Trabajo, cuyos pasos seguirán iluminados por la obra imperecedera de Alonso Olea.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, R., «Sexo, drogas y rock & roll... en Luxemburgo», *InDret*, núm. 4 (2011).
- ALONSO OLEA, M., «La configuración de los sindicatos norteamericanos», *Revista de Estudios Políticos*, núms. 70 y 71 (1953).
- «El despido de un transexual», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 74 (1997).
- «El despido de un transexual (a propósito de la sentencia comunitaria de 30 de abril de 1996)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 87 (1998).
- ALONSO OLEA, M., y TORTUERO PLAZA, J. L., *Instituciones de Seguridad Social*, 18.^a ed., Madrid, Civitas, 2002.

- ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M.^a E., *Derecho del Trabajo*, 21.^a ed., Madrid, Civitas, 2003.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I., «Constitución e identidad de género», *Persona y Derecho*, núm. 2 (2023).
- APARISI, A., «Ideología de género: de la naturaleza a la cultura», *Persona y Derecho*, vol. 61 (2019).
- ARRÚE MENDIZÁBAL, M., «El derecho a la identidad sexual/género y a la libertad de expresión de género. Los avances en la protección sociolaboral de las personas trans», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 473 (2023).
- BATUECAS CALETRÍO, A., «El Derecho a la identidad y la identidad digital», *Anuario de Derecho Civil*, t. LXXV, fasc. III (2022).
- BELDA PÉREZ-PEDRERO, E., «Transexualidad y Derechos Fundamentales: protección integral sin la utilización del factor sexo como diferencia», *Cuadernos de Derecho público*, núm. 21 (2004).
- BENAVENTE MOREDA, P., «Identidad y contexto inmediato de la persona (identidad personal, el nombre de la persona, identidad sexual y su protección)», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 17 (2013).
- BLASCO GASCÓ, F. P., *Patrimonialidad y personalidad de la imagen. El derecho a la propia imagen*, Barcelona, Bosch, 2008.
- BUSTOS MORENO, Y. B., «La legitimación de los menores de edad a los efectos del reconocimiento legal de su identidad de género. Estado de la cuestión tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 36 (2020).
- CABEZA PEREIRO, J., y LOUSADA AROCHENA, J. F., *El derecho fundamental a la no discriminación por orientación sexual e identidad de género en la relación laboral*, Albacete, Bomarzo, 2014.
- CÁMARA BOTÍA, A., «La libertad de vestir del trabajador», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 6 (2013).
- CANO GALÁN, Y., «Discusión en torno a la aplicación del principio de igualdad a los transexuales», en AAVV, *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales. XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005.
- «Igualdad y no discriminación por razón de género, orientación sexual e identidad sexual en el Derecho de la Unión Europea», en M.^a E. CASAS BAAMONDE (dir.), *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Madrid, BOE, 2023.
- CASAS BAAMONDE, M.^a E., «Igualdad y no discriminación de las mujeres por sexo y género: el lenguaje de los derechos», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 22 (2018).
- CHACARTEGUI JÁVEGA, C., *Discriminación y orientación sexual del trabajador*, Valladolid, Lex Nova, 2001.

- COHEN, S., «Redefining What It Means to Discriminate Because of Sex: Bostock's Equal Protection Implications», *Columbia Law Review*, vol. 122, núm. 407 (2022).
- DE LORA, P., *El laberinto del género. Sexo, identidad y feminismo*, Madrid, Alianza Editorial, 2021.
- DE VAL ARNAL, J. J., «La argumentación razonable por la empresa en la extinción del contrato de trabajo de un transexual: el error en la persona; la defensa del trabajador: discriminación por razón de sexo. Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 18 de los de Barcelona de 26 de marzo del 2007», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 10 (2007).
- DÍAZ LAFUENTE, J., «La protección de los derechos fundamentales frente a la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 17 (2013).
- ELVIRA PERALES, A., «Transexualidad y derechos», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 17 (2013).
- FABREGAT MONFORT, G., *Compliance laboral en acoso y otras conductas contrarias a la libertad sexual e integridad moral*, Madrid, Francis Lefebvre, 2023.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «In Memoriam: Manuel Alonso Olea», *Revista de Administración Pública*, núm. 160 (2003).
- GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., «Identidad e identificación de la persona», en T. F. TORRES GARCÍA, F. J. INFANTE RUIZ, M. OTERO CRESPO y A. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (dir. y coord.), *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, disponible en <https://institucional.us.es/binsex/wp-content/uploads/Documents/Doctrina/Espa%C3%B1ol/GETE-Identidad-e-identificacio%CC%81n-de-la-persona.pdf>, por donde se cita.
- «La Ley 4/2023 para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. Cambios conceptuales y de configuración de las situaciones personales», *La Ley Derecho de Familia*, núm. 38 (2023).
- GUASTINI, R., y SARDO, A., «Bostock: un caso de discriminación laboral», *Revista Cubana de Derecho*, núm. 2 (2021).
- LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 2.^a ed., trad. esp. de M. Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 2001.
- LÓPEZ CUMBRE, L., «Despido transgénero», disponible en <https://www.ga-p.com/publicaciones/despido-transgenero/>.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., «La interpretación de los *statutes* en la experiencia jurídica de los Estados Unidos (A propósito de *A Matter of Interpretation* de A. Scalia y otros)», *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 51 (2022).
- MALDONADO MONTOYA, J. P., «Comentario a la STC 67/2022, de 2 de junio», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 262 (2023).
- Manual de legislación europea contra la discriminación*, Luxemburgo, Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Consejo de Europa, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2019.

- MARTÍN ALMEJÚN, J., «Derechos LGBTQ+ en Estados Unidos: la narrativa de la Corte Suprema de Justicia en materia de igualdad y no discriminación», *Lecturas y Ensayos*, núm. 105 (2020).
- MARTÍN VALVERDE, A., «Lectura y relectura de la *Introducción al Derecho del Trabajo* del profesor Alonso Olea», en A. MONTOYA MELGAR (coord.), *Semblanza del Profesor Manuel Alonso Olea*, Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2016.
- MONTOYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J. M., y SEMPERE NAVARRO, A. V., *Instituciones de Derecho Social Europeo*, Madrid, Tecnos, 1988.
- MONTOYA MELGAR, A., «Manuel Alonso Olea, maestro del Derecho», en A. MONTOYA MELGAR (coord.), *Semblanza del Profesor Manuel Alonso Olea*, Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2016.
- «Sobre Derecho y Trabajo en la obra de Manuel Alonso Olea», en A. MONTOYA MELGAR (coord.), *Semblanza del Profesor Manuel Alonso Olea*, Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2016.
- «Introducción a la tercera edición» de M. ALONSO OLEA, *Alienación. Historia de una palabra*, Madrid, CEPC, 2019.
- MORALES ORTEGA, J. M., «Nuevos fenómenos discriminatorios: homosexualidad y transexualidad», *Relaciones Laborales*, núm. 18 (1999).
- NUEVO LÓPEZ, P., «Interpretación constitucional y Derecho Antidiscriminatorio. A propósito del caso *Bostock* y el futuro del originalismo», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 24 (2020).
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., «Sobre el derecho a la propia imagen», *Poder Judicial*, núm. 10 (1988).
- «La interpretación de la Constitución», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 169 (2014).
- PÉREZ-MONEO, M., «No es solo un asunto de faldas: la protección de la expresión de género», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 51 (2023).
- PIÑAR MAÑAS, J. L., «Identidad y persona en la sociedad digital», en T. DE LA QUADRA SALCEDO y J. L. PIÑAR MAÑAS (dir.), *Sociedad Digital y Derecho*, Madrid, BOE, 2018.
- PRECIADO DOMÈNECH, C. H., «Discriminación por identidad sexual y derecho a la propia imagen», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 7 (2022).
- PRESNO LINERA, M. A., *Libre desarrollo de la personalidad y derechos fundamentales*, Madrid, Marcial Pons, 2022.
- REQUENA MONTES, O., *Derechos laborales de las personas trans*, pp. 27-29, disponible en <https://www.uv.es/seminaridret/sesiones2020/trans/ponenciaRequena.pdf>.
- REY MARTÍNEZ, F., *Derecho antidiscriminatorio*, 2.^a ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2023.
- RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J., «El textualismo», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 44 (2021).

- RODRÍGUEZ-ZAPATA, J., «Investidura del Profesor Manuel Alonso Olea como Doctor “*honoris causa*” por la Universidad de Gotinga, en el CCL aniversario de la fundación de la Universidad Georgia Augusta», *Revista de Administración Pública*, núm. 114 (1987).
- RUBIO LÓPEZ, J. I., «Un barco pirata por aguas de Scalia: trabajo y sexo; texto e interpretación. A propósito de *Bostock v. County of Clayton*», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 54 (2020).
- SÁEZ LARA, C., «Orientación e identidad sexual en las relaciones de trabajo», *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, núm. 5 (2022).
- SALAZAR BENÍTEZ, O., «La identidad de género como derecho emergente», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 169 (2015).
- SALVADOR CODERCH, P., «Causalidad y responsabilidad», *InDret*, núm. 1 (2006).
- SALVADOR CODERCH, P. *et al.*, *Derecho de Daños. Análisis, aplicación e instrumentos comparados*, 12.^a ed., Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, 2023.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., «El principio de no discriminación sexual en el Derecho Social Comunitario: ¿avance sustancial del Tratado de Ámsterdam?», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 24-II (1999), *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en homenaje al profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*.
- SUÁREZ CORUJO, B., «Derecho Laboral y LGTB», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 17 (2013).
- SUAY RINCÓN, J., «Justicia constitucional y principio de igualdad: un examen de la última jurisprudencia constitucional (2017-2021)», *IgualdadES*, núm. 6 (2022).
- VÍDAL GALLARDO, M., «El derecho a la identidad sexual como manifestación del derecho a la identidad personal», *Laicidad y libertades: escritos jurídicos*, núm. 3 (2003).