

XV
2022

Anuario de la
Facultad de Derecho

UAH

UNIVERSIDAD DE ALCALÁ

**ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE
LA UNIVERSIDAD DE ALCALÁ
VOL. XV-2022**

ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE ALCALÁ

CONSEJO DE REDACCIÓN

PRESIDENTA

M.^a Isabel Garrido Gómez (*Universidad de Alcalá*)

DIRECTOR

Miguel Rodríguez Blanco (*Universidad de Alcalá*)

SUBDIRECTORA

Isabel Cano Ruiz (*Universidad de Alcalá*)

COORDINADOR DE EDICIÓN

José-Zamyr Vega Gutiérrez (*Universidad de Alcalá*)

SECRETARIO ACADÉMICO

José Antonio del Olmo del Olmo (*Universidad de Alcalá*)

VOCALES

Fernando Díaz Vales (*Universidad de Alcalá*)

M.^a Pilar Ladrón Tabuena (*Universidad de Alcalá*)

María Macías Jara (*Universidad de Alcalá*)

Montserrat Guzmán Peces (*Universidad de Alcalá*)

COMITÉ ASESOR

Eugenia Ariano Deho (*Universidad San Marcos de Lima*), Philippe Auvergnon (*Universidad de Burdeos*), José Manuel Calderón Ortega (*Universidad de Alcalá*), Carmen Chinchilla Marín (*Universidad de Alcalá*), Luis Javier Cortés Domínguez (*Universidad de Alcalá*), Eva Desdentado Daroca (*Universidad de Alcalá*), Guillermo Escobar Roca (*Universidad de Alcalá*), José María Espinar Vicente (*Universidad de Alcalá*), Alfonso García-Moncó Martínez (*Universidad de Alcalá*), Carlos García Valdés (*Universidad de Alcalá*), M. Isabel Garrido Gómez (*Universidad de Alcalá*), José Luis Gil y Gil (*Universidad de Alcalá*), Juana M. Gil Ruiz (*Universidad de Granada*), Emiliano González Díez (*Universidad de Burgos*), Juan Carlos González Hernández (*Universidad de Alcalá*), Santiago Hierro Anibarro (*Universidad de Alcalá*), Miriam M. Ivanega (*Universidad de Buenos Aires*), Carlos Jiménez Piernas (*Universidad de Alcalá*), Michael Lang (*Universidad de Viena*), José Eduardo López Ahumada (*Universidad de Alcalá*), Diego-Manuel Luzón Peña (*Universidad de Alcalá*), María Marcos González (*Universidad de Alcalá*), Isabel Martínez Jiménez (*Universidad Autónoma de Barcelona*), Carolina Martínez Moreno (*Universidad de Oviedo*), Luis Martínez Vázquez de Castro (*Universidad Jaume I*), Isaac Merino Jara (*Universidad del País Vasco*), Esteban Mestre Delgado (*Universidad de Alcalá*), Juan Francisco Mestre Delgado (*Universidad de Alcalá*), Carlos Molina del Pozo (*Universidad de Alcalá*), Emma Montanos Ferrín (*Universidad de A Coruña*), Malina Novkirishcka-Stoyanova (*Universidad de Sofía*), Juan Ignacio Peinado Gracia (*Universidad de Málaga*),

Nazareth Pérez de Castro (*Universidad de Alcalá*), Miguel Rodríguez Blanco (*Universidad de Alcalá*), Teresa Rodríguez Montañés (*Universidad de Alcalá*), Miguel Sánchez Morón (*Universidad de Alcalá*), Vittorio Santoro (*Universidad de Siena*), Silvia del Saz Cordero (*UNED*), Balázs Schanda (*Universidad Católica de Budapest Pázmány Péter*), Achim Seifert (*Universidad de Jena*).

CONSEJO EDITORIAL

Avelina Alonso de Escamilla (*Universidad CEU San Pablo*), Kai Ambos (*Universidad Georg-August de Göttingen*), Mercé Barceló Serramalera (*Universidad Autónoma de Barcelona*), Raúl Canosa Usera (*Universidad Complutense de Madrid*), Jesús M. Casal Hernández (*Universidad Católica Andrés Bello*), Raffaele Caterina (*Universidad de Turín*), Alberto Ricardo Dalla Via (*Universidad de Buenos Aires*), Sionaidh Douglas-Scott (*Universidad de Oxford*), Francisco J. Eguiguren Praeli (*Pontificia Universidad Católica del Perú*), Antonio Fernández de Buján y Fernández (*Universidad Autónoma de Madrid*), José Carlos Fernández Rozas (*Universidad Complutense*), Javier García Roca (*Universidad Complutense*), Enrique Gimbernat Ordeig (*Universidad Complutense*), Mónica Guzmán Zapater (*UNED*), María Ángeles Parra Lucán (*Universidad de Zaragoza*), Claudio M. Radaelli (*Universidad de Exeter*), Pablo Ruiz Tagle (*Universidad de Chile*), Agustín Squella Narducci (*Universidad de Valparaíso*), Ángeles Solanes Corella (*Universidad de Valencia*), Rik Torfs (*Universidad Católica de Lovaina*), Marco Ventura (*Universidad de Siena*), Javier de Vicente Remesal (*Universidad de Vigo*).

SUSCRIPCIÓN

Facultad de Derecho.
C/ Libreros 27. 28801 Alcalá de Henares (Madrid)

Para la suscripción, adquisición de ejemplares o colaboración con el Anuario, consultar las Instrucciones para los autores y la Hoja de pedido/suscripción.

ISSN: 1888-3214

Depósito legal: M-3.445-1992

El Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá es una publicación de periodicidad anual que se publica en el primer trimestre de cada año. El Anuario se encuentra indexado en las bases de datos ACNP, CIRC, COPAC, CSIC, DIALNET, DICE, DULCINEA, EBSCO, IN-RECJ, ISOC, JSTOR, Directorio y Catálogo LATINDEX, MIAR, OCLC WorldCat, RESH, SUDOC, vLEX y ZDB.

ÍNDICE

I. ESTUDIOS

- Antecedentes de la Corte Penal Internacional (CPI):
el largo camino hacia el Estatuto de Roma págs. 3-23
por *Cecilia Cuervo Nieto*
- Simbología islámica masculina y libertad religiosa..... págs. 25-52
por *Ángel López-Sidro López*
- El nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, luces en sus
principios, sombras en su aplicación orgánica..... págs. 53-82
por *Sergio Manuel Rivera Camacho*
- Consecuencias de la globalización en el derecho y en la
administración de justicia págs. 83-109
por *Alejandro Rodríguez Roca*
- Presente y futuro de la mediación en el proceso penal
de adultos págs. 111-128
por *Carmen Rodríguez Rubio*

II. NOTAS

- Burkini, laicidad francesa y derecho de libertad religiosa:
cuestiones controvertidas págs. 131-146
por *José Luis Chapado Martín*
- La imposición sobre el juego: de la regulación a la
internalización de las externalidades págs. 147-172
por *María Crespo Garrido*
- Sexo y género: de la tradicional intercambiabilidad de los
términos a la necesaria precisión conceptual de la
STC 67/2022 de 2 de junio págs. 173-195
por *Paz Fernández-Rivera*
- Educación y cambio climático. Nuevo marco normativo..... págs. 197-210
por *Ximena Lazo Vitoria - Erica Ferreira Teles -
Aitana Sánchez Fernández*
- Análisis de algunos principios facilitadores del arbitraje págs. 211-228
por *María Inmaculada Rodríguez Roblero*
- Derechos fundamentales transnacionales: ¿efecto horizontal?.. págs. 229-256
por *Gunther Teubner*
- Prevención de riesgos laborales desde una perspectiva de
género..... págs. 257-279
por *Teresa Lastres Gómez*

III. RECENSIONES	págs. 283-313
IV. RESEÑAS Y ACTIVIDADES ACADÉMICAS	
— Foro de debate.....	págs. 317-322
por <i>José Manuel Del Valle - César Pradillo Fernández (compiladores)</i>	
— Jornadas Romanísticas Solidarias por La Palma, en homenaje al Profesor Antonio Fernández de Buján y Fernández con motivo de su investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad de La Laguna y de sus cuarenta años de magisterio.....	págs. 323-325
por <i>Juan Antonio Bueno Delgado - M.^a Etefvina de las Casas León</i>	
— VI Jornadas sobre cuestiones actuales de igualdad de género: “la desigualdad en tiempos de crisis”	págs. 327-328
por <i>Yolanda Fernández Vivas</i>	
— Segundo seminario de investigación: “la Carta Social Europea y la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales: su impacto en España” (PGC2018-094527-B-100) ...	págs. 329-332
por <i>Sara Turturro Pérez de los Cobos</i>	
— Seminario del programa de doctorado en Derecho cuestiones actuales de las ciencias jurídicas.....	págs. 333-335
por <i>Erica Ferreira Teles</i>	
V. ACTOS ACADÉMICOS	págs. 339-343
VI. INFORMACIÓN DE PUBLICACIONES	págs. 347-348
VII. INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES	págs. 351-353

**SEXO Y GÉNERO:
DE LA TRADICIONAL INTERCAMBIABILIDAD
DE LOS TÉRMINOS A LA NECESARIA PRECISIÓN
CONCEPTUAL DE LA STC 67/2022 DE 2 DE JUNIO**

***SEX AND GENDER:
FROM THE TRADITIONAL INTERCHANGEABILITY
OF THE TERMS TO THE NECESSARY CONCEPTUAL PRECISION
OF STC 67/2022 OF 2 JUNE***

PAZ FERNÁNDEZ-RIVERA

Universidad de Oviedo¹

Recibido: 24/09/2022

Aceptado: 24/10/2022

DOI: 10.14679/1961

Resumen: la sentencia pone de manifiesto la necesidad de uniformidad y coherencia en la conceptualización de identidad de género, expresión de género e identidad sexual. La indefinición y la imprecisión técnica, así como el tratamiento de sexo y género como términos sinónimos son tratados en la resolución, que revisa los conceptos en el ámbito del propio Tribunal Constitucional (en adelante TC), examinando la normativa europea y la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), que deviene imprescindible para resolver el conflicto planteado. Ello se analiza a la luz del Proyecto de ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para las garantías de los derechos de las personas LGTBI.

Palabras clave: transgénero, realidad trans, transexualidad, identidad de género, identidad sexual, expresión de género, sexo, género.

Abstract: *The ruling highlights the need for uniformity and coherence in the conceptualisation of gender identity, gender expression and sexual identity. The lack of definition and technical imprecision, as well as the treatment of sex and gender as synonymous terms are dealt with in the ruling, which reviews the concepts within the scope of the TC itself, examining European regulations and the interpretation of the ECtHR, which is essential for resolving the conflict raised. This is analysed in the light of the Bill for the real and effective equality of trans people and for the guarantees of the rights of LGTBI people.*

Keywords: *transgender, trans reality, transsexuality, gender identity, sexual identity, gender expression, sex, gender.*

¹ El presente trabajo se adscribe al Proyecto PID2021-123452OB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER, UE, en los términos del artículo 37 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (BOE n.º 131, 2-VI-2011).

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: *ITER* PROCESAL DE LA CONTROVERSIAS. 1.1. La desestimación de la primera y segunda instancia. La confusión terminológica. 1.2. La inadmisión del recurso de Casación. 2. LA NOMENCLATURA EN LOS ESCRITOS SUSTANCIADOS ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 3. DELIMITACIÓN TERMINOLÓGICA DEL PRONUNCIAMIENTO CONSTITUCIONAL. 3.1. La tradicional intercambiabilidad de los términos sexo/género. Primeros atisbos de distinción. 3.2. Sexo y género como términos diferentes no excluyentes, y como condiciones personales vinculados al derecho a la vida privada. 3.3. Análisis de otras condiciones personales: la orientación sexual y la identidad de género vinculados a la vida privada y familiar. 3.4. Reflejo terminológico en la legislación española. 4. LA IDENTIDAD DE GÉNERO Y LA REALIDAD TRANS. 4.1. Delimitación conceptual en la STC 67/2022 de 2 de junio y en el Proyecto de ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para las garantías de los derechos de las personas LGTBI. 4.2. Expresión de género y derecho a la imagen. Proyección terminológica en la resolución del supuesto enjuiciado. 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN: *ITER* PROCESAL DE LA CONTROVERSIAS

1.1. La desestimación de la primera y segunda instancia. La confusión terminológica

Se examina en este artículo la resolución del TC de 2 de junio de 2022, a propósito de una persona trans que ejerce su derecho de amparo al haber sido desestimadas sus pretensiones de tutela de su derecho fundamental a la propia imagen, vulneración de la prohibición de discriminación por identidad sexual e indemnización de daños y perjuicios.

Dicha resolución acota y resuelve varias de las cuestiones que hoy en día se suscitan a propósito de los derechos inherentes a las personas trans y que se reconducen a la necesidad de una terminología uniforme para delimitar el ámbito de aplicación, así como la clara identificación, como términos jurídicos, de identidad sexual, expresión de género e identidad de género.

Para una mejor comprensión, se debe contextualizar el *iter* procesal del que trae causa la resolución del TC. La parte actora, Serge Christian M. Scevenels, titulada en ingeniería aéreo-espacial, presenta ante el Juzgado de lo Social núm. 2 de Madrid demanda frente a la empresa belga *Rhea System, S.A.* Ambos habían suscrito un contrato de trabajo en España, para prestación de servicios, que se regiría por la legislación laboral española, y estaría sujeto a un período de prueba de seis meses.

La actora, según se desprende del escrito rector de los autos, durante el citado período acudió a su puesto de trabajo vistiendo unos días pantalón y otros días falda, siendo advertida por la entonces directora de recursos humanos de lo inapropiado de portar esa última prenda, pidiéndole que se vistiera con lo que se consideraba indumentaria correcta y regresara a su puesto trabajo, advertencia que la actora no tuvo en consideración. A raíz de este episodio, Serge mantuvo una entrevista con el director general de la empresa y con la responsable de recursos humanos, que giró en torno a las cuestiones que bajo la denominación de corrección en el trato con los clientes especificaba la forma de vestir, sin concretar exigencia alguna sobre el uso

del pantalón o de la falda. Tras esa conversación la demandante siguió usando ocasionalmente la falda. Transcurrido el período de prueba, *Rhea System, S.A.* dio por finalizada la relación laboral, alegando la “no superación del período de prueba pactado”, abonando como medida graciable, una gratificación junto con la liquidación.

Disconforme con la resolución contractual la demandante pretende se declare nulidad del despido y su consiguiente readmisión. Sostiene como base fundamental, que sus derechos fueron vulnerados al no permitirle vestir con falda, anudando el despido a su condición de transgénero.

En primera instancia, el Juzgado de lo Social núm. 2 de los de Madrid, en su resolución 72/2014 de fecha 3 de febrero, desestimó la demanda al considerar que ni siquiera de modo indiciario podían acreditarse las quejas de la actora. La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de enero de 2015², estimó el recurso de suplicación anulando la resolución de primer grado, y devolvió los autos al Juzgado para que practicara como diligencia final la prueba testifical de la directora de recursos humanos que ejercía como tal en la fase de contratación. Practicada la prueba, el órgano unipersonal dictó sentencia desestimatoria de las pretensiones de la actora.

Los razonamientos de la sentencia de primera instancia se apoyaron fundamentalmente en lo siguiente:

En primer lugar, descartó la forma de vestir como motivo de resolución contractual, toda vez que el episodio relacionado con su indumentaria tuvo lugar en febrero y el cese acaeció en mayo, resultando que, durante ese período, la actora continuó vistiendo falda ocasionalmente y no consta se le hiciera reproche alguno.

En segundo lugar, la empresa fundamentó el cese en la falta de satisfacción de la empresa con el trabajo desempeñado por Serge, motivo ajeno al derecho que se decía lesionado sobre su identidad de género. Aun reconociendo la sentencia la amplia libertad de rescisión del contrato en periodo de prueba, no admite la vulneración de derechos fundamentales, ni siquiera indiciariamente, ya que no consta instrucción alguna en la que se establecieran órdenes o prohibiciones sobre la indumentaria, ni criterios específicos de uniformidad sobre la forma de vestir al acudir al centro de trabajo.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia (en adelante STSJ) de Madrid de 24 de julio de 2018³ conoce del recurso de suplicación interpuesto por Serge, reconduciéndose el debate a determinar si la imposición de un tipo de vestimenta implicaba un trato discriminatorio vulnerando su derecho a la igualdad y a la *libertad sexual*, o si por el contrario el cese laboral se habría producido por motivos ajenos a la discriminación por razón de sexo. Y resuelve de la siguiente manera:

En primer lugar, invoca la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de

² STSJ, Social sección 3 del 20 de enero de 2015 (ROJ: STSJ M 191/2015 – ECLI:ES:TSJM:2015:191).

³ STSJ, Social sección 3 del 24 de julio de 2018 (ROJ: STSJ M 8925/2018 – ECLI:ES:TSJM:2018:8925).

trato en el empleo y la ocupación⁴, que protege, junto a otros colectivos susceptibles de ser marginados o discriminados, a las personas gais, lesbianas, bisexuales y transexuales. Hace referencia expresa a la regla procedimental del art. 10 relativa a la inversión de la carga de la prueba en el supuesto de que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación. Dos son las notas características que debe revestir lo alegado por la persona que invoca la inversión: discriminación plausible y razonable. Frente a ello, el empresario debe desvirtuar con una justificación que ha de ser real, objetiva y proporcional.

En segundo lugar, el órgano judicial se apoya en los números 12 y 29 de los Principios de Yogyakarta⁵, relativo al derecho al trabajo. Concretamente el Considerando 12 prohibía en toda la Comunidad de cualquier discriminación directa o indirecta por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual; y el 29 insistía en desarrollar los medios de protección jurídica adecuada para las personas que hayan sido objeto de discriminación basada en la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual. Y para hacer más efectiva esa protección, se instaba a los Estados miembros a facultar a las asociaciones o personas jurídicas para que pudieran iniciar procedimientos en nombre de cualquier víctima o en su apoyo, sin perjuicio de la normativa nacional. Así mismo, también hacía referencia a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, que en sus arts. 13,15,17 y 21 facultaba a la Unión Europea para aprobar leyes de lucha contra la discriminación por motivos de orientación sexual, y en los conceptos de discriminación positiva y negativa de los grupos entre los que se halla el colectivo LGTBI, aludiendo a las dificultades para acceder y mantener el empleo⁶.

Con base en todo ello, a juicio del TSJ, las alegaciones de la actora eran suficientes para determinar unos indicios, plausibles y razonables, que permitían la inversión de la carga de la prueba, si bien realizada ésta concluía que la empresa había justificado su decisión extintiva sobre la base objetiva real y proporcional de la reorganización y la falta de satisfacción, elementos ajenos a cualquier atisbo de discriminación. Señala dicha resolución que la empresa consintió que Serge usara falda, por lo que debe descartarse que hubiere existido discriminación y que su condición de transgénero hayan sido la causa de su cese en periodo de prueba. El trabajador, afirma el tribunal, no se había adaptado bien a la estrategia de la compañía ni a las exigencias del trabajo en equipo, no estaba satisfecha con la labor de la parte demandante en tareas como ejecución de redes, y que hubo problemas de impuntualidad al no respetar éste los horarios establecidos, desestimándose en definitiva el recurso.

⁴ DOCE núm. 303, de 2 de diciembre de 2000. DOUE-L-2000-82357 (10) *El Consejo adoptó, el 29 de junio de 2000, la Directiva 2000/43/CE (6) relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, que garantiza ya una protección contra dichas discriminaciones en el ámbito del empleo y la ocupación.*

⁵ Comisión Internacional de Juristas (ICJ). Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, marzo 2007, disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/48244e9f2.html>.

⁶ Diario Oficial de la Unión Europea C 83/389, 30.3.2010.

1.2. La inadmisión del recurso de Casación

La actora interpuso recurso de Casación que no fue admitido a trámite por Auto del Tribunal Supremo (ATS) de 11 de julio de 2018⁷, toda vez que la sentencia de referencia no entraba en contradicción con la sentencia impugnada. En el Auto se razona la inexistencia de contradicción entre las resoluciones comparadas, teniendo en cuenta que no existía identidad ni en los hechos que constaban probados, ni en las pretensiones de las partes, ni en los debates planteados y resueltos por ambas sentencias. Eran, por tanto, controversias diferentes: la litigiosa trataba sobre la discriminación por razón de orientación o identidad sexual, mientras que la de referencia incidía en la violación del derecho fundamental a la propia imagen. En esta última, el conflicto venía dado por la negativa de la empleada de ir maquillada, manteniendo la empresa que “el maquillaje discreto” era una exigencia recogida en la normativa interna conocida por las trabajadoras, concluyendo la resolución de referencia que la actuación de la empresa, imponiéndole tales exigencias, constituía sin duda una clara lesión del derecho fundamental de la trabajadora a su propia imagen establecido en el art.18 CE, pues suponía una seria intromisión, totalmente injustificada, en su libertad para mostrar su imagen física personal⁸.

Resulta necesario hacer esta breve referencia a la resolución del alto tribunal por cuanto que, al delimitar las diferencias de las controversias de las sentencias comparadas, la que es objeto de estudio, reconduce el debate a la discriminación por razón “de orientación identidad sexual”, mientras que, en la referencial, la controversia gravita sobre la existencia de violación del derecho fundamental a la propia imagen.

2. LA NOMENCLATURA EN LOS ESCRITOS SUSTANCIADOS ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La actora presenta recurso de Amparo. En su tesis, el despido respondía a un ataque contra sus derechos y libertades, concretamente su identidad sexual y su propia imagen, que expresaba a través de la vestimenta con la que acudía al trabajo, y que al ser una persona transgénero y, por tanto, parte del colectivo LGTBI+, ello, le integraba en una minoría discriminada. Como minoría, esa forma de visibilizarse era “una extensión propia del derecho al libre desarrollo de la personalidad y a no sufrir discriminación por el hecho de ser diferente a la mayoría”. La sociedad actual está en una fase de clara expansión, protección y comprensión de las minorías. Entiende Serge que la condición de transgénero se había examinado en la instancia con poca profundidad sin atender a su conexión con las minorías y con los derechos universales.

Invoca por tanto la vulneración de los arts. 9.3, 14 y 18.1 CE, en unión con los arts. 14 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los

⁷ ATS, Social sección 1 del 11 de julio de 2019 (ROJ: ATS 9381/2019–ECLI:ES:TS:2019:9381A).

⁸ STSJ, Social sección 2 del 03 de junio de 2015 (ROJ: STSJ M 7170/2015 – ECLI:ES:TSJM:2015:7170).

Derechos Humanos y de las Libertades y 1, 3, 7, 19 y 29 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁹. Considera en definitiva que, en la decisión de *Rhea System*, S.A, de no continuación del contrato, subyacía el dato de una imagen de Serge como transgénero que no era la deseada por la empresa.

En orden a la posición de Ministerio Fiscal (en adelante MF), a diferencia de su posicionamiento en sede de recurso de Casación, en el que pidió la desestimación del recurso, interesó la estimación del amparo, con base en la denunciada vulneración del art. 14 CE, centrándose en la prohibición de discriminación, que implica un juicio de irracionalidad de la diferenciación. Recuerda, a propósito del citado precepto, las SSTC 41/2006, de 13 de febrero, que en su Fundamento Jurídico 3 incluyó la orientación sexual dentro de la cláusula genérica del precepto, enunciada como “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”¹⁰; y la 176/2008, de 22 de diciembre, que en su Fundamento Jurídico 4, hizo lo propio con la condición de la persona transexual¹¹.

⁹ BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

¹⁰ En su FJ 3º in fine señalaba: “En definitiva, los tratos desfavorables por razón de la orientación homosexual, también los que se produzcan en el trabajo, constituyen una discriminación proscrita por el artículo 14 CE, a la luz de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la propia Constitución. Bajo esas circunstancias, extendiendo a estos terrenos la doctrina constitucional sentada en relación con otros motivos de discriminación –distintos en su causa, pero coincidentes en la protección constitucional que precisan–, concluiremos que en el ámbito de las relaciones laborales la prohibición de discriminación por orientación homosexual alcanzará tanto a decisiones causales como el despido, como a decisiones empresariales ad nutum. Y es que la paridad que impone el segundo inciso del artículo 14 CE en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, comprendido el supuesto extintivo, implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones en el empleo, sea cual sea su orientación sexual”. BOE núm. 64, de 16 de marzo de 2006.

¹¹ En su FJ 4º señalaba: “...Desde esa perspectiva, 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 –en este caso familiares– 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. En relación con lo anterior, es de destacar que la condición de transexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el art. 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indudablemente una circunstancia incluida en la cláusula «cualquier otra condición o circunstancia personal o social» a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación. Conclusión a la que se llega a partir, por un lado, de la constatación de que la transexualidad comparte con el resto de los supuestos mencionados en el art. 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente arraigada y que ha situado a los transexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra estas personas; y, por otro, del examen de la normativa que, ex art. 10.2 CE, debe servir de fuente interpretativa del art. 14 CE.

En efecto, en cuanto a lo primero, es notoria la posición de desventaja social y, en esencia, de desigualdad y marginación sustancial que históricamente han sufrido los transexuales. En cuanto a lo segundo, puede citarse a modo de ejemplo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al analizar el alcance del art. 14 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH), ha destacado que la orientación sexual es una noción que se contempla, sin duda, en dicho artículo, señalando que la lista que contiene el precepto tiene un carácter indicativo y no limitativo...”. BOE núm. 21, de 24 de enero de 2009.

Las personas transexuales, señala el MF integran un colectivo en posición desventajosa y contraria a la dignidad humana que proclama el art. 10.1 CE, por los profundos prejuicios arraigados tanto normativa como socialmente contra ellas. Insiste en que la orientación sexual del colectivo LGTBI, tal y como se recoge la citada resolución de 2008, se configura junto con el resto de los supuestos mencionados en el art. 14 CE como una diferencia históricamente arraigada, que sitúa a las personas transgénero, en una posición claramente contraria a la dignidad humana. El conflicto de Serge con la empresa por su vestimenta y la reunión posterior que trató sobre lo correcto o no de portar falda en el trabajo, vulneró su derecho a la no discriminación por causa de su orientación sexual o identidad de género.

El TC hace una interesante reflexión sobre la terminología usada por la recurrente en Amparo y por el MF para proceder posteriormente al análisis global de su imprecisión. En la demanda de instancia se autodefinía como persona transgénero y en la demanda de amparo hace referencia en algunos de sus pasajes a la identidad sexual y en otros a la identidad de género. Igualmente se observa que en el caso del Ministerio Público se hace referencia de modo indistinto a las personas transexuales, al colectivo transgénero y menciona la orientación sexual.

La empresa demandad se defendió dando por probados unos hechos distintos a los que se presentaban en la demanda de amparo, a los solos efectos de obtener una nueva revisión de estos. Entiende incorrecto y forzado el recurso de Amparo. Si la cuestión suscitada, a propósito del uso de una vestimenta como expresión del derecho al desarrollo de una propia imagen, en abstracto, es merecedora de la máxima tutela judicial como posible discriminación indirecta, en el caso enjuiciado, no concurrió ninguna vulneración de derechos fundamentales, tal y como ya se habían pronunciado los órganos judiciales de la instancia.

3. DELIMITACIÓN TERMINOLÓGICA DEL PRONUNCIAMIENTO CONSTITUCIONAL

La sentencia examinada desestima el amparo de Serge. Considera el tribunal que la fundamentación de las resoluciones de las que trae causa no es arbitraria, y los razonamientos contenidos en ellas son lógicos y han tenido en cuenta el contenido esencial del derecho a la no discriminación del art. 14 CE y, en particular, de la relacionada con el colectivo LGTBI.

Lo realmente relevante a los efectos de este estudio viene dado por el interés del TC en la necesaria delimitación de unos conceptos y una terminología que afectaba a la realidad trans y que hasta ese momento no se había realizado con profundidad, y que considera necesario acometer. Si el TC afirmaba que existía una doctrina sobre el derecho fundamental a no padecer discriminación que se deriva de las previsiones del art.14 CE, observaba la inexistencia de doctrina que afectaba a la definición del estatuto jurídico de las personas titulares de derechos fundamentales en la concreta definición y construcción constitucional de sexo/género como categorías jurídicas diversas.

3.1. La tradicional intercambiabilidad de los términos sexo/género. Primeros atisbos de distinción

Así, en primer lugar, reconoce que la premisa basilar de la que debe partir, y resulta fundamental para el conocimiento de la realidad trans es la ausencia de una construcción jurídica específica sobre los conceptos de sexo y género, dándose lo que denomina el TC la “tradicional intercambiabilidad de los términos”.

Ello hacía una clara referencia al uso indistinto de sexo y género en las resoluciones, teniéndolos por sinónimos. El TC ponía de ejemplo varias de sus sentencias. En concreto la STC 159/2016, de 22 de septiembre suponía un claro ejemplo de ello. En dicha resolución la palabra sexo se mencionaba 37 veces bajo las expresiones “razón de sexo”; “factores de riesgo según el sexo y en función del sexo”; mientras que la palabra género se repetía hasta 71 veces, con expresiones más diversas tales como: “perspectiva de género”; “políticas de género”; “mainstreaming de género”; “transversalidad de género”; “igualdad de género”; “igualdad efectiva de género”; “igualdad y género”; “impacto de género y violencia de género”.

La importancia del análisis de ese uso indistinto residía precisamente en lo que era objeto de recurso, que pretendía la declaración de inconstitucionalidad de diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 17/2015, de 21 de julio, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Competencias sobre legislación laboral: nulidad de los preceptos legales autonómicos relativos a la prevención del acoso sexual en las empresas, planes de igualdad en las empresas, responsables sindicales de igualdad, presencia de mujeres y hombres en la negociación colectiva, incorporación de la perspectiva de género en los expedientes de regulación de empleo y prevención de riesgos laborales¹².

Esa identificación terminológica sexo/género tenía igualmente su manifestación en la legislación, no sólo la estatal sino también la autonómica, y en la concreta normativa sobre igualdad entre hombres y mujeres, que se desarrolló de modo exhaustivo¹³ desde mediados de la primera década del siglo XXI con la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Dicho texto legal contiene la palabra género en 124 ocasiones con expresiones como “violencia de género” o “género masculino y femenino”; y la palabra sexo en 4, en locuciones como “desigualdades de sexo”; “razón de sexo”; “desagregados por sexo”¹⁴.

Sin embargo, en la última década, dos circunstancias fundamentales han puesto de manifiesto la necesidad de precisar los conceptos de sexo y de género, y analizar los efectos en el ámbito jurídico de dicha distinción:

¹² STC núm. 159/2016 de 22 de septiembre. BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2016.

¹³ Decimos de modo exhaustivo porque en el último tercio del siglo XX se había atisbado una debilidad del concepto jurídico de sexo en las legislaciones y en las STS sobre la rectificación registral de la mención del sexo. En este sentido vid FERNÁNDEZ-RIVERA GONZÁLEZ, P., *Género, disforia y alteridad. Espacios de inclusión y exclusión del derecho romano al derecho vigente*, Universidad de Oviedo, pp. 43-58.

¹⁴ BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004.

- a) El desarrollo de la normativa sobre igualdad de trato en sentido amplio, junto con la teoría sobre la igualdad entre hombres y mujeres y sobre las discriminaciones interseccionales, que se ven en constante evolución.
- b) El reconocimiento de los derechos a la propia orientación sexual y a la identidad de género como dimensiones del pleno desarrollo de la personalidad.

Esa evolución normativa tuvo su reflejo en alguna de las resoluciones del TC, que no ignoró esa nueva perspectiva y esa “cierta conciencia de esa distinción”, como así se recoge la STC de 14 de mayo de 2008, que, a propósito de la Cuestión de inconstitucionalidad 5939-2005, planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia, que cuestionaba el artículo 153.1 del Código penal, redactado por la Ley Orgánica 1/2004, por vulneración de los principios de igualdad y de culpabilidad, señalaba que:

“El término género que titula la Ley y que se utiliza en su articulado y se pretende comunicar, no se trata una discriminación por razón de sexo. No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino –una vez más importa resaltarlo– el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología. Se trata de la sanción mayor de hechos más graves, que el legislador considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad”¹⁵.

Resulta necesario en este escenario hacer siquiera una breve referencia a la STC 176/2008 de 22 de diciembre en la que, resolviendo un supuesto de modificación del régimen de visitas, que cuestiona la parte demandante en amparo, alegando que la restricción obedeció a su transexualidad, hace referencia a “nueva condición sexual, nueva orientación sexual”, sin ninguna mención al concepto género¹⁶.

La distinción sexo/género, tímidamente apuntada en la citada resolución de 2008 no se desarrolló como parece se aventuraba con esa nueva conciencia de distinción, y así se refleja en la STC 99/2019, de 18 de julio¹⁷. En este supuesto, el Tribunal se pronunciaba sobre el derecho de los menores trans a modificar en el Registro la mención del sexo con el que habían sido inscritos al nacer y que no se correspondía con el sexo con el que se identificaban. En realidad dicha sentencia recoge 126 referencias al término sexo, con expresiones tales como “cambio de sexo”; “sexo

¹⁵ Fundamento jurídico 9 c) STC 59/2008, de 14 de mayo, BOE núm. 135, de 4 de junio de 2008.

¹⁶ No está de más recordar que la propia resolución, en su resumen rubricaba literalmente “Supuesta vulneración del derecho a no ser discriminado por razón de la orientación sexual: restricción temporal de los derechos de visita de un padre transexual que no se debe a su condición, sino que se justifica con pruebas periciales psicológicas sobre riesgos relevantes para su hijo menor de edad”. BOE núm. 21, de 24 de enero de 2009.

¹⁷ BOE núm. 192, de 12 de agosto de 2019.

reclamado”; “disforia de sexo”; “sexo legal”; “sexo aparente, sexo psicológico y el registral”; “mención registral del sexo”; “sexo gonadal”; “sexo cerebral y cromosómico”; “sexo morfológico y el cerebral o el psicológico”; “sexo percibido por el sujeto y sexo registrado”; y 44 referencias de la palabra género en expresiones tales como “identidad de género”; “disforia de género”; “reconocimiento jurídico de género”; “autodeterminación de género”; “vivencia interna del género”; “transgénero”; “identidad de género sentido”; “identidad sexual y de género”; “cambio de nombre y de género”; “orientación sexual e identidad de género”.

En definitiva, la resolución que es objeto de análisis concluía que la STC de 2019 asumía que el sexo atribuido originariamente a una persona al nacer y el percibido como propio, podían en ocasiones ser distintos, si bien al referirse a este último, habla indistintamente del sexo sentido, del género sentido y de la identidad de género sentida como propia.

Pero teniendo una oportunidad única para clarificar y formular una noción clara de sexo y género que se proyectaran y definieran, en el ejercicio del derecho al libre desarrollo de su personalidad, no se produjo esa necesaria claridad terminológica. Es más, en el análisis del procedimiento del que trae causa la STC de 2019, tanto en los escritos de las partes como las resoluciones de instancia, las mismas adolecían de una falta de identificación conceptual, y siendo como era el foro adecuado e idóneo para resolver tan importante cuestión, la misma no se resolvió¹⁸. Sentada pues esa indefinición, el TC observa otra ausencia: la de una doctrina propia sobre el derecho a la expresión de género, vinculado con el derecho a la propia imagen y al libre desarrollo de la personalidad.

3.2. Sexo y género como términos diferentes no excluyentes y como condiciones personales vinculados al derecho a la vida privada

La indefinición y la ausencia de doctrina propia llevan al tribunal a elaborar una que estructura en lo siguiente: previa aclaración conceptual de los términos sexo y género, su consideración jurídica como condiciones o elementos diversos del ser humano y de su derecho a su vida privada.

En primer lugar, considera imprescindible aclarar, como cuestión previa, los conceptos de discriminación por razón de sexo, discriminación por razón de identidad de género y discriminación vinculada a la expresión de género. Y ello pasa por diferenciar las nociones de sexo y género.

Sobre la noción sexo, mantiene que el mismo, permite identificar a las personas como seres vivos femeninos, masculinos o intersexuales, Establece que el sexo viene

¹⁸ Sobre la tramitación del procedimiento, la demanda y contestación, sentencia de primer grado; recursos impugnación; Sentencias de la Audiencia Provincial de Huesca, Auto de planteamiento y Sentencia del TS, vid FERNÁNDEZ-RIVERA GONZÁLEZ, P., “Asintomía registral y derechos fundamentales de menores trans: la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019 de 18 de julio” en *30 Aniversario de la convención sobre los derechos del Niño: logros y retos desde una perspectiva multidisciplinar*, coord./ Beatriz Vázquez Rodríguez, Dykinson, 2020, pp. 219-239.

dado por una serie, –que clasifica como *compleja*–, de características morfológicas, hormonales y genéticas (primarias y secundarias), que se asocian a determinadas potencialidades físicas que la resolución asevera define al ser humano y que, salvo situaciones que califica de *estadísticamente excepcionales de las personas intersexuales*, construyen una clasificación binaria, y en ocasiones terciaria de la especie humana¹⁹.

La noción género se conecta a las características biológicas, pero no se identifica plenamente con dichas realidades, y ello por cuanto que género define la identidad social de una persona con base en: a) los rasgos de la personalidad; b) las construcciones sociales, educativas y culturales de los roles masculino y femeninos; y c) las actitudes, comportamientos y valores, que incluyen normas, apariencia externa, imagen e incluso expectativas sociales. Señala que esa apariencia externa se asocia a hombres y mujeres, diferenciándolos.

Tras esta exhaustiva descripción de lo que se identifica como género y sexo establece dos conclusiones necesarias para acometer el estudio y aplicación en el ámbito jurídico:

La primera, delimita el campo conceptual de ambos términos. Los caracteres que se anudan al sexo son físicos y objetivamente identificables o medibles. Los del género son relativos y coyunturales y variables atendiendo a los tiempos históricos y a la evolución de las sociedades.

La segunda erradica la tradicional visión de los términos sexo y género: no son sinónimos ni se excluyen mutuamente. Se debe asumir la diferencia existente entre ambos, pues ello resulta crucial para el tratamiento normativo y por supuesto, para los efectos jurídicos de la diferencia, siempre presidido por el respeto a la seguridad jurídica.

Corroborar esa distinción el contenido del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul de 2011), que en su artículo 4.3 contempla sexo y género como características diversas del ser humano. Concretamente señala:

“La aplicación por las Partes de las disposiciones del presente Convenio, en particular las medidas para proteger los derechos de las víctimas, deberá asegurarse sin discriminación alguna, basada en particular en el sexo, el género, la raza, el color, la lengua, la religión, las opiniones políticas o cualquier otra opinión, el origen nacional o social, la pertenencia a una minoría nacional, la fortuna, el nacimiento, la orientación sexual, la identidad de género, la edad, el estado de salud, la discapacidad, el estado civil, el estatuto de emigrante o de refugiado, o cualquier otra situación”.

¹⁹ La resolución insiste en que no hace una descripción exhaustiva, pero sí que hace una referencia expresa a los genitales internos y externos, la estructura hormonal y la estructura cromosómica, como características primarias; y a la masa muscular, la distribución del vello y la estatura, como secundarias.

Ahora bien, con independencia del alcance normativo que se da a esas dos nociones, el TC concluye que no pueden ser concebidas como derechos –se asegura de señalar literalmente como “derechos en sentido estricto”–, sino como condiciones o estados que anuda al ejercicio de los derechos fundamentales y tienen su incidencia en dicho ejercicio. Sexo y género, como condiciones, se constituyen como uno más de los elementos identitarios del ser humano que definen y conforman el derecho a la autodeterminación personal o el desarrollo de la plena identidad personal con pleno respeto a la dignidad humana, tal y como se infiere del artículo 10 CE²⁰.

3.3. Análisis de otras condiciones personales: la orientación sexual y la identidad de género vinculados a la vida privada y familiar

No olvida el TC otras condiciones personales, que precisan igualmente ser definidas, a saber, la orientación sexual y la identidad de género: la primera se define como la preferencia de establecer relaciones afectivas con personas de uno u otro sexo, mientras que la segunda hace referencia a la identificación de una persona con unos caracteres definitorios del género. Dichos caracteres pueden coincidir o no con el sexo que se les atribuye desde su nacimiento con base en unos caracteres biológicos que se observan predominantes.

Orientación sexual e identidad de género son por tanto condiciones personales perfectamente delimitadas, que el constitucional considera elementos vinculados fundamentalmente con el derecho a desarrollar una determinada vida privada y familiar, en la definición contenida en el art. 8 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH) y desarrollada por una consolidada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

Resulta de suma importancia delimitar el concepto de vida privada para después poder definir a los efectos que aquí interesan, uno de esos dos elementos personales que configuran el desarrollo personal del individuo

²⁰ Sobre el concepto género en el siglo XX y su evolución, para una mejor comprensión del análisis de la sentencia comentada, vid los estudios de DE BEAUVOIR, en *El Segundo Sexo*, trad. de Alicia Martorell, Madrid, 1998; el estudio e interpretación de los argumentos de aquella por BUTLER en *El género en disputa: el feminismo y la subversión de la identidad*, Barcelona, 2007, y los planteamientos de JULIANO CORREGIDO, en “La construcción social de las jerarquías de género”, *Asparkia. Investigación Feminista*, (19),2008, pp 19-28. que se posiciona en la idea de desbiologizar las identidades de género del mismo modo que se desmantelaron en su momento los viejos conceptos de pertenencia inequívoca a un grupo racial ya que, en su tesis, las razas mismas eran construcciones culturales, debía llegar el momento de cuestionar el sistema binario y las construcciones de género ligadas a él. Asimismo en relación con la integración del concepto género y su acotación lingüística en nuestra legislación vid Ley 30/2003 sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabora el gobierno (BOE núm. 246, de 14 de octubre de 2003), que se hace eco de los contenidos discutidos en La Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer que tuvo lugar en Pekín (Beijing) en 1995; y El informe de la RAE de 17 de mayo de 2004 sobre la denominación género en el Proyecto de ley integral contra la violencia de Género en el que se afirmaba que la palabra género en español no significaba sexo.

¿Qué implica el derecho a la vida privada? La respuesta, señala el TC, se halla en esa consolidada jurisprudencia del TEDH que, en la interpretación del art. 8 CEDH, hace referencia al derecho a la integridad física y psicológica de una persona, incluyendo en esa noción de integridad los siguientes estados y condiciones que pasamos a sintetizar y que se infieren de las resoluciones del TEDH que se reseñan:

- a) su vida sexual y su orientación sexual, que se recoge en las SSTEDH de 22 de octubre de 1981, asunto *Dudgeon c. Reino Unido*, ap. 41²¹; de 26 de marzo de 1985, asunto *X e Y c. Países Bajos*, ap. 22, que declara que la vida privada cubre la integridad física y moral de la persona y comprende la vida sexual; de 22 de abril de 1993, asunto *Modinos c. Chipre*, ap. 24, y de 26 de octubre de 1988, asunto *Norris c. Irlanda*, ap. 38, cuyos peticionarios eran personas homosexuales que habían mantenido relaciones con adultos.
- b) algunos aspectos de la identidad física y social de la persona como se reconoce en la sentencia de 10 de marzo de 2015, asunto *Y.Y. c. Turquía*, ap. 56, en el que se establece contraria al art. 8 la exigencia de la legislación turca de no contar con capacidad reproductiva para realizar la cirugía de cambio de sexo.
- c) algunos aspectos de la identidad de género de las personas trans. Así se observa en las SSTEDH de 11 de julio de 2002, asunto *Christine Goodwin c. Reino Unido* aps. 71-93, en el que se reconoció que la ausencia de reconocimiento legal por el Estado del cambio de sexo a Goodwin violó su derecho a la privacidad; en el mismo sentido asunto *Grant c. Reino Unido*, aps. 39-44 de 23 de mayo de 2006; de 12 de junio de 2003, asunto *Van Küick c. Alemania*, ap. 69, en el que se reconoció que calificar de necesarios los gastos desembolsados por una persona transgénero en su transición, a los efectos de ser reintegrados por la Administración alemana violaba los derechos a un proceso justo y el derecho a su privacidad; de 6 de abril de 2017, asunto *A.P. Garçon y Nicot c. Francia*, ap. 72 y 139, en el que se reconoció que Francia había violado el art. 8 en los casos de dos de las tres recurrentes

²¹ La legislación que penaliza los actos homosexuales consentidos entre adultos es contraria al art. 8. Ap.41. *The Court sees no reason to differ from the views of the Commission: the maintenance in force of the impugned legislation constitutes a continuing interference with the applicant's right to respect for his private life (which includes his sexual life) within the meaning of Article 8 par. 1 (art. 8-1). In the personal circumstances of the applicant, the very existence of this legislation continuously and directly affects his private life (see, mutatis mutandis, the Marckx judgment of 13 June 1979, Series A no. 31, p. 13, par. 27): either he respects the law and refrains from engaging—even in private with consenting male partners—in prohibited sexual acts to which he is disposed by reason of his homosexual tendencies, or he commits such acts and thereby becomes liable to criminal prosecution.* Otras resoluciones del TEDH en el mismo sentido, que no recoge la STC, serían los siguientes: asunto *B. c. Francia*, ap. 63; asunto *Burghartz c. Suiza*, ap. 24; y asunto *Orlandi y otros c. Italia*, ap. 143. En otra serie de asuntos, el Tribunal ha declarado que la prohibición de emplear personas homosexuales en el ejército constituía una violación del derecho al respeto de la vida privada protegido por el art. 8 como se observa en los asuntos *Lustig-Prean y Beckett c. Reino Unido*; *Smith y Grady c. Reino Unido*; *Perkins y R. c. Reino Unido*; y *Beck y otros c. Reino Unido*.

respecto a la obligación de demostrar, aparte de lo que denomina *desorden de identidad*, los cambios irreversibles para proceder a la modificación registral; y en el mismo sentido la de 8 de enero de 2009, asunto *Schlumpf c. Suiza*, ap. 100.

- d) al desarrollo personal y a la seguridad física y moral de las personas transgénero que se encuentran en las resoluciones del TEDH, ya referidos: asuntos *Van Kück c. Alemania*, 2003, ap. 69; *Schlumpf c. Suiza*, 2009.

En todo caso se ha de señalar que, del contenido de los razonamientos contenidos en sus resoluciones el TEDH se colige de forma clara que: a) la idea de que vida privada es un término amplio que no puede definirse de forma exhaustiva; b) el art. 8 protege el derecho al desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior, y c) que la noción de autonomía personal es un principio importante que subyace a la interpretación de las garantías del citado art²².

Una vez identificados esas dos condiciones y cómo las mismas se integran en la esfera personal y privada del individuo, el TC se detiene en la identidad de género y en el posicionamiento del Estado. Como norma general, los Estados gozan de un cierto margen de apreciación cuando se trata de cumplir las obligaciones positivas que vienen impuestas por el art. 8. Ahora bien, cuando se trata de un elemento importante de la identificación de la persona, el margen de apreciación concedido al Estado será limitado, como así se puso de manifiesto en el asunto ya citado de *Christine Goodwin c. Reino Unido*, pudiendo ampliarse en las siguientes situaciones: a) cuando no haya consenso en los Estados miembros del Consejo de Europa acerca de la importancia del interés que está en juego o en cuanto a los mejores medios para protegerlo por ejemplo en la sentencia de 22 de abril de 1997, asunto *X, Y y Z c. Reino Unido*, ap. 44; b) cuando exista conflicto entre intereses privados y públicos contrapuestos como así ocurrió en la sentencia de 26 de febrero de 2002, asunto *Fretté c. Francia*, ap. 41.

3.4. Reflejo terminológico en la legislación española

Hasta ahora se ha examinado el desarrollo de la resolución del TC en orden a clarificar la terminología y la delimitación conceptual necesaria para un tratamiento jurídico del asunto. Y para ello analiza la normativa comunitaria y la interpretación de esta por el TEDH, para posteriormente realizar un análisis de la normativa española haciendo referencia al uso indistinto entre identidad de género e identidad sexual.

²² Sobre el derecho a la vida privada de las personas transexuales, vid CERVILLA GARZÓN, M.D., “La transexualidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos apuntes sobre una evolución”, *Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 30, 2021, pp. 21-44; CABRERO GILBAJA, E., “La orientación sexual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de derecho político*, núm. 91, Madrid, 2014, pp. 303-340.

En los estudios que hemos realizado sobre las legislaciones autonómicas y las Proposiciones de ley y Anteproyectos de Ley se observa una falta de uniformidad a la hora de definir el ámbito de aplicación de los derechos LGTBI. Sin ánimo de ser exhaustivo y a modo de ejemplo, destacamos la pluralidad de denominaciones en las leyes autonómicas que hablan de “orientación sexual e identidad de género; identidad y expresión de género; orientación e identidad sexual; orientación sexual, expresión e identidad de género; transexuales; transgénero; término trans; persona transfemenina; persona transmasculina; hombre trans; mujer trans; persona trans: transexuales, transgénero, travestis, identidades y expresiones de género no binarias, queer, así como a quienes definen su género como «otro» o describen su identidad en sus propias palabras...”²³, hasta las Proposiciones de Ley que ya desde 1999 mencionaban “orientación sexual, identidad o expresión de género y características sexuales; transidentidades e intersexualidad; realidad transgénero: travestis, cross dressers, queers, gender queers, drag queen, drag King y agénero; género sentido; libre autodeterminación de la identidad sexual y a la expresión de género; los conceptos de cissexual y cisgénero; persona trans y realidad trans; autodefinición de cuerpo; derecho a la libre identidad y expresión de género sentido; autodeterminación de género...”²⁴.

²³ Ley 9/2019, de 27 de junio, de modificación de la Ley 14/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales del País Vasco; Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía; Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia de Cataluña; Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales en Galicia; Ley 12/2015, de 8 de abril, de Igualdad Social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de Políticas Públicas contra la Discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura; Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra LGTBIfobia y la Discriminación por razón de Orientación e Identidad Sexual y Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid; Ley 8/2016, de 27 de mayo, de Igualdad Social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de Políticas Públicas contra la Discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; Ley 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales y para la LGTBI fobia de Islas Baleares; Ley 8/2017, de 7 de abril integral del reconocimiento del derecho a la Identidad y a la Expresión de Género en la Comunidad Valenciana; Ley Foral 8/2017, de 19 de junio, para la igualdad social de las personas LGTBI+ de la Comunidad Foral de Navarra; Ley 4/2018, de 19 de abril, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad Autónoma de Aragón y Ley 18/2018, de 20 de diciembre, de Igualdad y Protección Integral contra la Discriminación por razón de orientación sexual, expresión e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Aragón; y Ley 8/2020 de 11 de noviembre de Garantía de Derechos de las Personas Lesbianas, Gais, Trans, Transgénero, Bisexuales e Intersexuales y por Razón de Orientación Sexual e Identidad de Género de Cantabria; Ley 2/2021, de 7 de junio, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales.

²⁴ Proposición de Ley sobre el derecho a la identidad sexual de 22 de julio de 1999. Proposición de ley 622/000017. (BOCG del Senado, VI legislatura, serie III A, número 17 de 27 de julio de 1999); Proposición de la ley 622/000006. BOCG del Senado, VII Legislatura, Serie

Ello corrobora lo sentado por el TC en orden a señalar que algunas disposiciones legales opten por el término identidad sexual, y otras, como la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, acuda a la identidad de género, que al parecer del tribunal parecen más ajustadas a las definiciones sobre sexo y género expuestas previamente y sobre las que se construye una doctrina conceptual para la resolución del conflicto planteado²⁵. Y en esa doctrina, así planteada y desarrollada deben examinarse, a juicio del Tribunal, los conceptos que de modo reiterado se contienen en la normativa reseñada: identidad de género, expresión de género y realidad trans.

4. LA IDENTIDAD DE GÉNERO Y LA REALIDAD TRANS

4.1. Delimitación conceptual en la STC y en el Proyecto de ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI

La identidad de género engloba multitud de identificaciones personales. Dentro de las mismas se hace referencia a la expresión trans como denominación omni-comprendensiva de todas aquellas identidades de género que ponen de manifiesto una discrepancia entre ésta y el sexo de la persona. Esta denominación genérica engloba:

III A, número. 8(a) de 21 de diciembre de 2000. Proyecto de Ley 121/000089 de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, (BOCG 9 de junio de 2006 Serie A: 9 de junio de 2006 Núm. 89-1). Proposición de Ley 122/000072 para la reforma de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, para permitir la rectificación registral de la mención relativa al sexo y nombre de los menores transexuales y/o trans, para modificar exigencias establecidas en el artículo 4 respecto al registro del cambio de sexo, y para posibilitar medidas para mejorar la integración de las personas extranjeras residentes en España. (BOCG, Serie de 3 de marzo de 2017, núm.121-1); Proposición de Ley 122/000097 contra la discriminación por orientación sexual, identidad o expresión de género y características sexuales, y de igualdad social de lesbianas, gais bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales. (BOCG Serie B de 2 de mayo de 2017, núm.122-1). Proposición de Ley 122/000191 sobre la protección jurídica de las personas trans y el derecho a la libre determinación de la identidad sexual y expresión de género. (BOCG Serie B de 2 de marzo de 2018 Núm. 220-1); Proposición de Ley 122/000104 Orgánica de igualdad social de las personas lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, de protección de la realidad trans y de no discriminación por razón de orientación sexual, identidad o expresión de género o características sexuales. (BOCG Serie B, de 4 de diciembre de 2020, Núm132).

²⁵ Sin embargo, hay autores que consideran que resulta menos confuso hablar de derecho a la identidad sexual, vid SALAZAR BENITEZ, O., ¿Existe un derecho a la identidad sexual? en *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá XIV (2021)* pp.71-102. Literalmente lo justifica “...en cuanto que los géneros, entendidos como construcción social y cultural que parten de una asimetría jerárquica entre hombres y mujeres, deberían ser abolidos y no confirmados a través de procesos que obligan al individuo a ubicarse en uno de ellos. De ahí que entienda que hablar de identidad de género pueda ayudar perversamente a mantener un discurso que en vez de acabar con la jerarquía masculino/femenino, contribuya a mantenerla. En este sentido, creo que identidad sexual o autodeterminación sexual evita la confusión y establece un vínculo más estrecho y evidente entre la autodeterminación individual y el propio cuerpo”.

- a) las situaciones en que se produce una modificación del aspecto del cuerpo o de funciones fisiológicas por medios médicos o quirúrgicos.
- b) las situaciones en que se produce una modificación registral o un reconocimiento público de esa identidad.
- c) 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.

El TC es conocedor del riesgo que implica, en su tesis, asumir un concepto tan genérico, que conduce a una imprecisión técnica al incluir diversas situaciones señalando específicamente transexuales hombres y mujeres, personas no binarias, travestis, queer, personas de género fluido, asexuales, polysexuales, quienes definen su género como “otro”, que además considera que no son fruto del consenso técnico y jurídico. Pero el tribunal, en su natural función de enjuiciamiento del conflicto suscitado, aun a sabiendas del estado de indefinición actual, consciente de que los términos que emplea no coinciden plenamente con la conceptualización contenida en las SSTC 176/2008, de 22 de diciembre, y 99/2019, de 18 de julio, hace uso de ellos para resolver.

Conviene detenerse en la definición que se acota en el Proyecto de Ley para la Igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. De entrada, la propia Exposición de Motivos acota el término y señala literalmente: “En lo relativo a las personas transexuales (en adelante, personas trans)”, y así se repite en todo el articulado del Proyecto de Ley²⁶.

Se define la persona trans como “persona cuya identidad sexual no se corresponde con el sexo asignado al nacer”. Responde al principio de auto-definición, optando por un modelo de reconocimiento legal de la identidad de género, que regula un procedimiento de rectificación registral no condicionada, ni a la exhibición de informe médico o psicológico relativo a la disconformidad con el sexo inscrito tras el nacimiento, ni a la modificación de la apariencia o función corporal, que como se ha dicho se conecta con la despatologización consignada en la CIE-11. Ahora bien, como se analiza en el Dictamen del Consejo de Estado, convive con ese concepto amplio, la definición más restringida de persona transexual, cuya diferencia no debe

²⁶ El término *personas trans* se reseña 82 veces y el *de transexualidad* en 2 ocasiones y precisamente aparece como término erradicado a propósito de su eliminación en la Clasificación Internacional de Enfermedades de la Organización Mundial de la Salud, en su undécima revisión (CIE-11), de 2018, del capítulo sobre trastornos mentales y del comportamiento, trasladándola al de condiciones relativas a la salud sexual, lo que literalmente señala “supone el aval a la despatologización de las personas trans”. Y cuando hace referencia a la STC de 2019 sobre la situación estable de transexualidad como criterio aplicable a los menores trans.

ser conceptual, sino que está orientada, dentro de la nueva categoría creada en la CIE-11 exclusivamente a facilitar el acceso de las personas tras a los tratamientos médicos o quirúrgicos, si así lo requiriere, pudiendo ser la protección dispensada a la persona transexual más intensa²⁷.

Y tras esas aclaraciones conceptuales se plantea el debate. La parte recurrente, Serge, se identifica como persona trans, denunciando una discriminación concreta por razón de dicha identidad de género: su expresión de género, entendida como el modo en que una persona expresa su género, en el contexto de las expectativas sociales, que se observan en el modo de vestir, el uso de uno u otro nombre o pronombre, el comportamiento, la voz o la estética²⁸.

4.2. Expresión de género y derecho a la imagen. Proyección terminológica en la resolución del supuesto enjuiciado

En esa dimensión, la expresión de género se vincula estrechamente al derecho a la propia imagen que prescribe el art. 18.1 CE. Junto con la idea general de la imagen física que se anuda a atributos inmediatos como la voz o el nombre de las personas, que se recoge en diferentes resoluciones²⁹, debe abordarse la cualidad física como imagen externa de cada individuo que permiten identificarlo.

El TC supera la consideración tradicional y configura la propia imagen como un derecho de la personalidad, que integra la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, que se hace reconocible frente a los demás, así como el control sobre su captación y reproducción³⁰. En ese escenario, la expresión de género forma parte integrante del derecho a la propia imagen. Y esa invocación del derecho a expresar, a través de la apariencia física y la vestimenta, la identidad de género está presente desde la interposición de la demanda de Serge, y es esa circunstancia la que se anuda a la discriminación del empleador, siendo este vínculo el que permite descartar el óbice procesal manifestado por el Ministerio Pú-

²⁷ El Dictamen del Consejo del Estado hace referencia al Informe del Ministerio de Ciencia e Innovación, que define a las personas transexuales como aquellas que los servicios de salud, frente a las personas consideradas trans o no binarias que entiende “no lo necesitan”, pp.43 y 44.

²⁸ Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. DOUE núm. 315, de 14 de noviembre de 2012.

²⁹ La STC 117/1994, de 25 de abril, en su Fundamento jurídico 3º hace alusión a la voz y al nombre como cualidades “definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona” BOE núm. 129. Suplemento, de 31 mayo 1994. Sobre el derecho al nombre y apellidos, vid SSTC 167/2013, de 7 de octubre en su Fundamento Jurídico 5) BOE núm. 267, de 7 de noviembre de 2013, y 178/2020, de 14 de diciembre, (Fundamento Jurídico 2) BOE núm. 22, de 26 de enero de 2021.

³⁰ En ese sentido vid Fundamento Jurídico 3 de STC 158/2009, de 25 de junio; y SSTEDH de 28 de octubre de 2014, *asunto Gough c. Reino Unido*; y de 1 de julio de 2014, *asunto S. A.S. c. Francia*.

blico en relación con la invocación del derecho a la propia imagen del art. 18.1 CE, contenido en la demanda de amparo. Sentado lo anterior la pregunta inmediata se reconduce a la siguiente: ¿Da el art. 14 CE cobertura a las expresiones de género del colectivo trans? El objeto de debate, por tanto, se circunscribe a determinar si el cese contractual supuso o no un trato discriminatorio por alguna de las circunstancias prohibidas en el art. 14 CE.

A la vista de la descripción conceptual reseñada, la identidad de género es una circunstancia, condición o estado que tiene que ver con el libre desarrollo de la personalidad, íntimamente vinculada al respeto de la dignidad humana³¹, “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.

El tribunal razona que la condición de transexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el art. 14 CE, está indudablemente incluida en la cláusula abierta cualquier otra condición o circunstancia personal o social, a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación. Ha sido la transexualidad una diferencia históricamente arraigada que ha situado a los transexuales, en una posición de desventaja, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra estas personas, y que sitúan la condición del transexual como contraria a la dignidad del art.10 CE. Señala expresamente el TC que ello resulta aplicable y trasladable a las personas trans, con el alcance conceptual ya reseñado con anterioridad, que además había sido igualmente interpretada por el TEDH en su interpretación del art. 14 CEDH y su Protocolo núm. 12.

Así se observa en las SSTEDH de 16 de julio de 2014 ap. 109, asunto *Hämäläinen c. Finlandia*, en el que la parte peticionaria consideraba violado su derecho a la vida privada y familiar cuando su reconocimiento de género implicaba la transformación de su matrimonio en una sociedad registrada, señalando el tribunal que procede la aplicación del art 14 a los arts 8 y 12; de 12 de mayo de 2015 ap. 96, asunto *Identoba y otros c. Georgia*, en el que se manifiesta con toda claridad que la prohibición de la discriminación en virtud del artículo 14 de la Convención cubre en la forma y el fondo debido las cuestiones relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género.

Junto al TEDH, también el TJUE en algunos pronunciamientos, asume que esta circunstancia queda protegida, siquiera al menos parcialmente, por las distintas Directivas de igualdad de sexo aprobadas, y así, la sentencia del TJUE de 27 de abril de 2006, *Sarah Margaret Richards c. Secretary of State for Work and Pensions*, asunto C-423/04, respecto de la Directiva 79/7 CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hom-

³¹ En la interpretación del art.10 de la CE desarrollado por ARROYO GIL, A., “Intersexualidad: Una aproximación jurídica”, en *Matia Portilla, F.J / Elvira Perales, A. / Arroyo Gil, A. (dirs.), La protección de los derechos fundamentales de las personas LGTBI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 437-488.

bres y mujeres en materia de seguridad social, a propósito de la negativa a reconocer una pensión de jubilación a la edad de 60 años a un transexual que se ha sometido a una operación quirúrgica de cambio de sexo masculino a sexo femenino, declara: que el art. 4, apartado 1, de la citada Directiva, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una legislación que no reconozca la pensión de jubilación, por no haber alcanzado aún la edad de 65 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 60 años si se hubiera considerado mujer al amparo derecho nacional; y de 7 de enero de 2004, *K.B. c. National Health Service Pensions Agency y Secretary of State for Health*, asunto C-117/01, en relación con el art. 141 CE –Directiva 75/117/CEE– Igualdad de trato entre hombres y mujeres, a propósito de la exclusión de un transexual del disfrute de una pensión reservada al cónyuge supérstite declarando que declara el art. 141 CE se opone, en principio, a una legislación contraria al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, al impedir que una pareja cumpla el requisito del matrimonio, imprescindible para que uno de ellos pueda disfrutar de un elemento de la retribución del otro³².

Por tanto, como ha sucedido con el resto de los motivos expresamente prohibidos por el art. 14 CE, también debe declararse la ilegitimidad constitucional de los tratamientos discriminatorios cuyo factor determinante aparece fundado en la identidad de género.

Sentado lo anterior el hecho de acudir al trabajo con falda debe analizarse a la luz de la interdicción de discriminación en el ámbito laboral por razón de identidad género que supone la aplicación del principio de inversión de la carga probatoria, siempre y cuando existan indicios de que la característica o condición concurrente en la persona que se alega como motivo que provocó la discriminación, ha sido el detonante causal. En este trance el tribunal sí consideró que existía un indicio del conflicto entre las partes que se produjo en el seno de las relaciones laborales y que estaba relacionado con la apariencia de la persona empleada, que se cohonestaba como una forma de expresión de género, vinculada al libre desarrollo de la personalidad en relación con la identidad de género y aplicada la inversión de la carga de la prueba en esos términos, resuelve en la misma línea que las resoluciones de instancia, por cuanto no ha quedado probado que existiera un conflicto o prohibición expresa de portar falda, o de portar pantalón, indistintamente, con lo que no parece que la empresa hubiera establecido límites a la expresión de género de *Serge* que hayan lesionado el art. 14 CE, en su vertiente de la interdicción de discriminación de las

³² El art. 19 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, y el art. 21 de la Carta de derechos Fundamentales de la Unión Europea no hacen referencia expresa a la identidad de género, si bien contiene una Disposición general contra la discriminación que contiene la orientación sexual en la lista de motivos prohibidos para justificar la diferencia de trato. El Propio TC señala expresamente que “hasta la fecha, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no ha integrado la identidad de género en las causas sospechosas de discriminación del art. 21 CDFUE”; STJUE, Comunitaria sección 1 del 27 de abril de 2006 (ROJ: PTJUE 65/2006 – ECLI:EU:C:2006:256).

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 género³³.

5. CONCLUSIONES

1. La sentencia ha tenido una oportunidad única para, en el ejercicio de sus funciones, construir una doctrina uniforme y coherente sobre la nomenclatura de la realidad trans, y lo hace, a mi juicio acertadamente, partiendo del abandono de la tradicional intercambiabilidad de los términos sexo y género.

2. La idea de sexo y género como términos no sinónimos, diferentes, pero no excluyentes constituye la base fundamental para el desarrollo de otros conceptos como orientación sexual identidad de género y expresión de género. Sus definiciones se incardinan en el mundo de las condiciones o estados y no se conciben como derechos en sentido estricto.

Ello ha de ponerse en relación con el art 10 CE, derecho fundamental y que será la piedra angular de esas condiciones y estados tratando a las personas como un fin en sí mismas y considerándolas legitimadas para tomar decisiones de modo autónomo sobre su propia vida.

3. En ese escenario y observando la hoja de ruta de la Sentencia y la del Proyecto de Ley se concluye que ambas tienen como finalidad común la claridad en los conceptos, si bien la sentencia lo hace desde su función y construye una doctrina, y el Proyecto desde la regulación de su ámbito de aplicación.

Pero siendo ese su objetivo común, se observa una marcada y sutil diferencia. En el Proyecto no aparece el concepto identidad de género y allí donde la sentencia se refería a identidad de género, el Proyecto habla de identidad sexual. Concretamente siempre aparece en la locución “materia de orientación e identidad sexual, expresión de género y características sexuales”, si bien cuando la define el texto legal como “vivencia interna e individual del sexo tal y como cada persona la siente y autodefine, pudiendo o no corresponder con el sexo asignado al nacer”, se refiere e identifica con el concepto de identidad de género asumido en los textos internacionales.

4. La CIE-11 ha hecho que la transexualidad como patología desaparezca, pero no se abandona el termino persona transexual, si bien se conecta únicamente en relación con las necesidades que médicas que pueda tener. Se acota, acertadamente, un concepto restringido, desvinculándose de la terminología médica arraigada en las legislaciones sobre esta realidad desde principios del siglo XX.

5. La definición de persona trans en la sentencia se desarrolla con las observaciones y una velada crítica sobre su amplitud. El Proyecto lo acota sin reparos. En la

³³ Sobre el análisis del pronunciamiento constitucional en la concreta inversión de la carga de la prueba y la desestimación del amparo, vid TUSET DEL PINO, P., “La discriminación por razón de sexo, por razón de identidad de género y la vinculada a la expresión de género con ocasión de la vestimenta laboral. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 67/2022, de 2 de junio”, *Diario La Ley*, n.º 10128, septiembre, 2022, pp. 10-14.

sentencia la realidad trans recogía la realidad no binaria de las personas, que son las grandes olvidadas en el Proyecto, que no en el Anteproyecto presentado por el Ministerio de Igualdad en febrero de 2021 y que recuerdan los Dictámenes del Consejo de Estado el del Consejo General del Poder Judicial y el del Consejo Económico y Social.

Se concluye con una reflexión y una humilde propuesta. Las instituciones están al servicio de las personas y no las personas al servicio de las instituciones. En un breve tiempo comenzará el debate sobre el Proyecto en las Cámaras. La frase muchas veces pronunciada por el que fue Magistrado de la Sala 1ª del TS José Antonio Seijas Quintana, “Salud el respeto y la seguridad jurídica” cobra sentido en el estudio de la realidad trans. Sería deseable que ese debate volviera sus ojos a otros Estados que ya han aprobado leyes sobre la autodeterminación de género, y observara no solo su evolución en el seno de sus sociedades, sino los debates previos a su promulgación, concretamente en torno a la construcción de la teoría de género/sexo. Y por supuesto, la imprescindible interpretación de sus tribunales.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO GIL, A., “Intersexualidad: Una aproximación jurídica”, en *Matia Portilla, FJ / Elvira Perales, A. / Arroyo Gil, A. (dirs.), La protección de los derechos fundamentales de las personas LGTBI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- BUTLER, J., *El género en disputa: el feminismo y la subversión de la identidad*, Barcelona, 2007.
- CABRERO GILBAJA, E., “La orientación sexual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de derecho político*, núm. 91, Madrid, 2014.
- CERVILLA GARZÓN, M.D., “La transexualidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos apuntes sobre una evolución”, *Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 30, 2021.
- DE BEAUVOIR, S., *El Segundo Sexo*, trad. de Alicia Martorell, Madrid, 1998.
- FERNÁNDEZ-RIVERA GONZÁLEZ, P., “Asintonía registral y derechos fundamentales de menores trans: la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019 de 18 de julio” en *30 Aniversario de la convención sobre los derechos del Niño: logros y retos desde una perspectiva multidisciplinar*, coord./ Beatriz Vázquez Rodríguez, Dykinson, 2020.
- JULIANO CORREGIDO, M.D., “La construcción social de las jerarquías de género”, *Asparkia. Investigació Feminista*, (19), 2008.
- SALAZAR BENITEZ, O., ¿Existe un derecho a la identidad sexual? en *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá*, XIV (2021).
- TUSET DEL PINO, P., “La discriminación por razón de sexo, por razón de identidad de género y la vinculada a la expresión de género con ocasión de la vestimenta laboral. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 67/2022, de 2 de junio”, *Diario La Ley*, núm. 10128, septiembre, 2022.

Otros documentos

Dictamen del Consejo General Poder Judicial

<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-Anteproyecto-de-Ley-para-la-igualdad-real-y-efectiva-de-las-personas-trans-y-para-la-garantia-de-los-derechos-de-las-personas-LGTBI>

Dictamen del Consejo Económico y Social

<https://www.ces.es/documents/10180/5275470/Dic012022.pdf>

Dictamen del Consejo General del Poder Judicial

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2022-901>

Memoria del impacto normativo

<https://www.igualdad.gob.es/servicios/participacion/audienciapublica/Documents/MAIN%20Ley%20Trans+LGTBI.pdf>