

Crónica de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre igualdad (año 2022)

Chronicle of the spanish constitutional court case on equality rights (year 2022)

RICARDO PEDRO RON LATAS

Profesor Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidade da Coruña
Magistrado Suplente
Sala de lo Social del TSJ Galicia

doi: 10.20318/femeris.2023.7789

El año 2022 la jurisprudencia constitucional sobre igualdad de trato y no discriminación puede reducirse a la doctrina contenida en hasta media docena de resoluciones que se ocupan de únicamente dos aspectos concretos de nuestro precepto constitucional más emblemático. La primera de esas resoluciones (luego seguida por varias de ellas en el mismo sentido) se refiere al derecho a la no discriminación por razón de circunstancia personal, como es la discapacidad, reconocido en el art. 14 CE.

Se trata de la sentencia 5/2022, de fecha 24 de enero de 2022, en la que lo que debía discutirse era, en esencia, si denegar el reconocimiento de la situación de gran invalidez derivada de contingencia común a un beneficiario porque, en el momento de la solicitud, se encontraba en situación de jubilación anticipada por razón de discapacidad, supone un supuesto de discriminación por razón de discapacidad. En esta ocasión, los tribunales ordinarios decidieron que esta situación supone un nuevo límite de edad que, en supuestos como el que nos ocupa, se convierte en la edad ordinaria de jubilación, por lo que no procede reconocer la incapacidad permanente de quien ya está en situación de jubilación anticipada.

El argumentario utilizado por las resoluciones que han dado lugar al amparo se apoyaba en el art. 195.1 de la Ley General de la Seguridad Social, que impide el acceso a la situación protegida de incapacidad permanente a aquellos beneficiarios que, en la fecha del hecho causante, tengan la edad prevista para causar derecho a la pensión de jubilación del sistema de Seguridad Social de acuerdo con lo dispuesto en el art. 205 de esta misma norma, pues si ya se está jubilado no cabe la incapacidad permanente. En esta ocasión el recurrente en amparo había accedido a la jubilación anticipada por la vía excepcional del art. 206 de la Ley General de la Seguridad Social, con una edad rebajada por tener un grado de discapacidad igual o superior al 65 por 100, o lo que es igual, el acceso voluntario a jubilación anticipada por discapacidad, aplicando coeficientes reductores. Y sobre la base de estos parámetros, los tribunales inferiores entendieron que lo razonable es fijar como tope

para pedir la incapacidad permanente esa edad ordinaria, pero reducida también en aquellos mismos percentiles de días que se consideraron para acceder a la jubilación por razón de discapacidad, lo que justifica la denegación de la prestación de incapacidad permanente.

Por su parte, el Tribunal Constitucional entendió que en estas ocasiones se vulnera el derecho a la no discriminación por razón de discapacidad. La primera razón para ello se encuentra en el marco normativo internacional (la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, el art. 14 CEDH y los arts. 21 y 26 CDFUE) e interno (los arts. 49 y 50, en relación con los arts. 9.2 y 10.1, todos de la CE, a los que se une, en el plano de la legalidad ordinaria, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social), ya que el fundamento de ese conjunto de instrumentos normativos es por un lado, garantizar la igualdad real y efectiva de las personas con discapacidad en todos los órdenes de la vida, de forma compatible con su situación; y por otro, la lucha contra cualquier forma de discriminación. Por ello, el objetivo de asegurar el más pleno disfrute de los derechos en igualdad de condiciones con el resto de los ciudadanos ha de conllevar, en determinados supuestos, la adopción de “medidas de acción positiva”, noción esta última a la que responde la regulación de la jubilación anticipada por razón de discapacidad. Sin embargo, la interpretación realizada por los órganos judiciales produce la paradoja de que la medida de acción positiva establecida para el acceso a una determinada situación se convierte, al mismo tiempo, en una discriminación negativa en relación con las otras personas que se encuentran en esa situación, por lo cual, dejaría de ser adecuada para la finalidad pretendida.

Además de todo ello, resulta que el legislador, en el ejercicio legítimo de su libertad de configuración del sistema, no ha establecido otro requisito que el de una determinada edad para acceder a la prestación de incapacidad permanente por remisión al art. 205.1 a) de la Ley General de la Seguridad Social, de forma que no impide su acceso desde una situación de jubilación anticipada, ni distingue entre las causas o presupuestos de ese tipo de jubilación para acceder a la incapacidad permanente. Tampoco ha establecido cautela o modulación alguna para el cálculo de la edad a estos efectos, como sí ha hecho en otros supuestos. Por lo tanto, si la ley no hace distinción alguna en esta materia, el establecimiento de una diferencia de trato para los supuestos de jubilación anticipada por razón de discapacidad podría suponer una discriminación proscrita por el principio general reconocido en el art. 14, segundo inciso, CE.

La segunda de las resoluciones del Tribunal Constitucional mencionadas resulta especialmente relevante. Aunque se trata de un tema ya clásico en la doctrina laboral, aborda un supuesto particular de discriminación, que hoy en día presenta el interés derivado de la publicación de normativa al respecto. Ese tema ya clásico no es otro que el desistimiento empresarial durante el período de prueba, en esta ocasión relativo al despido de una persona transgénero.

En esta ocasión, los hechos relevantes son los siguientes: 1) La persona demandante de amparo fue contratada con un período de prueba de seis meses; 2) a lo largo de los algo más de cuatro meses en que se mantuvo la relación laboral, acudía a su centro de traba-

jo vistiendo unos días pantalón y otros días falda; 3) en una determinada ocasión había acudido a trabajar con una ropa (un pantalón corto o una falda corta) que la directora de recursos humanos consideró inapropiada, razón por la que le pidió que regresara a su casa y se vistiera correctamente; 4) posteriormente mantuvo una entrevista con el director general de la empresa y con la directora de recursos humanos, en donde se trataron cuestiones de corrección en las relaciones con los clientes y, en el curso de la misma, el director general le pidió a quien recurre en amparo que vistiera de forma más correcta, pero sin exigirle que llevase falda o pantalón; y 5) poco antes del transcurso de los meses de prueba, la empresa contratante dio por finalizada la relación laboral, alegando la “no superación del período de prueba pactado”.

La jurisprudencia ordinaria, sin embargo, entendió la extinción contractual ajustada a Derecho, razón por la cual la persona recurrió en amparo, en el entendimiento de que la decisión empresarial de cesar el contrato en el período de prueba se basó en una actuación discriminatoria, relacionada con su identidad sexual y expresada en el desencuentro entre recurrente y empleadora en relación con su forma de vestir en determinadas circunstancias.

A la vista de ello, no es de extrañar que el propio Tribunal Constitucional manifieste que “La cuestión planteada en este recurso de amparo tiene especial trascendencia constitucional ... porque da ocasión al Tribunal Constitucional para sentar doctrina sobre un problema o faceta de un derecho fundamental..., sobre el que esa doctrina es insuficiente. Si bien la cuestión de la discriminación en el ámbito laboral por las razones prohibidas en el art. 14 CE ha sido tratada en un buen número de pronunciamientos de este tribunal ... esta es la primera ocasión en que se plantea una denuncia de discriminación laboral por razón de la identidad de género de quien recurre en amparo, de modo que la sentencia que resuelva el recurso debe definir si este elemento característico de las personas se integra o no dentro de las categorías sospechosas de ser discriminatorias que recoge el art. 14 CE, con cuál de ellas se identifica adecuadamente, en caso de hacerlo con alguna”.

Así las cosas, para nuestro alto tribunal la premisa inicial no es otra que identificar qué situación o condición personal está en la base del denunciado como trato discriminatorio, y para formular esta identificación es necesario partir 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. Y a partir de esa identificación es preciso definir si queda cubierta o no la realidad en cuestión por la cláusula antidiscriminatoria del art. 14 CE, para proceder, sucesivamente, a examinar si alcanzan a esta categoría las garantías asociadas a la preservación del principio de igualdad en el seno de las relaciones privadas, siendo clave en este punto de la reflexión la aplicación del principio de inversión de la carga probatoria.

Y eso es justamente lo que se hace a lo largo de la sentencia, distinguiendo entre las nociones de sexo y género, señalando como condiciones personales la orientación sexual y la identidad de género, y dentro de la diversidad de identificaciones personales que engloba la noción de identidad de género, se acude 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.

Por esa razón, la sentencia no duda en concluir que la persona recurrente en amparo, según su propia identificación, es una persona trans, de modo que la discriminación que denuncia es una discriminación por razón de su identidad de género, circunstancia personal alegada para invocar la interdicción de discriminación y la demanda de trato igual. Más concretamente se trataría de una hipotética discriminación basada en su expresión de género, entendida esta, según se define en la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, como el modo en que una persona expresa su género, en el contexto de las expectativas sociales, por ejemplo, en relación con el modo de vestir, el uso de uno u otro nombre o pronombre, el comportamiento, la voz o la estética. Para finalizar asegurando que la expresión de género, en los términos descritos, se vincula estrechamente al derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE), como lo hacen la imagen física en términos generales, la voz o el nombre de las personas.

En esta ocasión, pues, la jurisprudencia constitucional sobre la vulneración del art. 14 CE en el marco de las relaciones laborales y el reparto de la carga de la prueba en estos supuestos, puede ser aplicada cuando la causa sospechosa de haber provocado una actuación discriminatoria por parte del empleador tenga que ver con la identidad de género del trabajador, proyectando a este ámbito la doctrina sobre flexibilización de la carga de la prueba de la discriminación. Lo que a su vez trae como necesaria consecuencia que el supuesto de hecho debe analizarse a la luz de la interdicción de discriminación en el ámbito laboral por razón de identidad género (ex art. 14 CE), que supone la aplicación del principio de inversión de la carga probatoria, en tanto exista una prueba indiciaria que sostenga la denuncia.

Pese a ello, el alto tribunal concluyó que 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, y que este tribunal no debe revisar para modificarlos, a riesgo de exceder los márgenes de actuación determinados por el art. 44.1 b) LOTC, 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.