CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. GIUSEPPE TESAURO

presentadas el 14 de diciembre de 1995 *

1. Una vez más se pide al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la interpretación de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo [1] (en lo sucesivo, «Directiva»).

Lo que resulta novedoso, y desde luego no carente de importancia, es el hecho de que un transexual intente ampararse en la Directiva. Como consecuencia, las cuestiones planteadas por el Industrial Tribunal, Truro, dirigen la atención del Tribunal de Justicia hacia la transexualidad desde el punto de vista de la prohibición de toda discriminación por razón de sexo: ¿puede ampararse en la Directiva un transexual que ha sido despedido a causa de su transexualidad, en particular, cuando se ha sometido a una operación de cambio de sexo?

Normativa aplicable, hechos y cuestiones prejudiciales

2. Según el apartado 1 del artículo 1, el objeto de la Directiva es «la aplicación, en los Estados miembros, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, incluida la promoción, y a la formación profesional, así como a las condiciones de trabajo y, en las condiciones previstas en el apartado 2, a la Seguridad Social. Este principio se llamará en lo sucesivo "principio de igualdad de trato"».

Después, el apartado 1 del artículo 2 de la Directiva establece que «[la aplicación del] principio de igualdad de trato en el sentido de las disposiciones siguientes, supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar». La aplicación de este principio afecta, en especial, a «las condiciones de acceso, incluidos los criterios de selección, a los empleos o puestos de trabajo» (apartado 1 del artículo 3) y a las «condiciones de trabajo, comprendidas las condiciones de despido» (apartado 1 del artículo 5).

3. La normativa nacional aplicable es la Sex Discrimination Act 1975, que define —y prohíbe— como discriminación directa por razón de sexo el tratar a una mujer de forma menos favorable que a un hombre por razón de su sexo, [letra a) del artículo 1]. Prevé además que las disposiciones en materia de discriminación de la mujer por razón de sexo deben interpretarse en el sentido de que se aplican por igual a los hombres, sin perjuicio

* Lengua original: italiano.

1 — DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70.

de las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad (artículo 2). Por último, tras definir al «hombre» como toda persona del sexo masculino de cualquier edad y a la «mujer» como toda persona del sexo femenino de cualquier edad, la Sex Discrimination Act prevé que una comparación entre casos de personas de distinto sexo o estado matrimonial «debe hacerse si las circunstancias que concurren en uno de los casos son idénticas, o no esencialmente diferentes, a las del otro» (artículo 5).

Sin embargo, no existe una disposición específica que regule la situación de los transexuales, ni siquiera después de haberse sometido a una operación de cambio de sexo. [2] Al contrario de lo que prevén los ordenamientos jurídicos de algunos Estados, en el Reino Unido, la persona conserva toda su vida el sexo, masculino o femenino, con el que nace. Por consiguiente, es imposible modificar en el registro civil el sexo inicialmente atribuido a la persona.

4. Abordaré ahora el asunto que nos ocupa, relativo al despido de un transexual a causa de un cambio de sexo; para ser más explícito, la persona afectada manifestó su intención de someterse a una operación quirúrgica con el fin de cambiar su sexo biológico (masculino) para adecuarlo a su identidad sexual (femenina). Me referiré a esta persona, a la que llamaré P. por razones obvias de confidencialidad, como mujer; y señalo que lo hago así con independencia no sólo de su sexo original (masculino), tal como consta en su acta de nacimiento, sino también del momento en que se produjo el cambio efectivo de su sexo físico a consecuencia de la última operación quirúrgica.

5. En abril de 1991, P. fue contratada como administradora de un centro docente dependiente a la sazón del Cornwall County Council (en lo sucesivo, «Council»), autoridad administrativa competente de la zona. Un año después, P. comunicó a S., Director y jefe ejecutivo del centro, su intención de someterse a una operación de cambio de sexo. Al principio, S. se mostró comprensivo y tolerante, y tranquilizó a P. respecto de su situación en el centro, pero posteriormente su actitud cambió. De acuerdo con la reconstrucción de los hechos llevada a cabo por el órgano jurisdiccional nacional, el cambio de actitud de S. respondía esencialmente a la oposición del órgano rector, el cual en un

2 — Este es el momento oportuno para aclarar que en el Reino Unido no se exige ninguna formalidad legal para someterse a una operación quirúrgica de cambio de sexo y que el National Health Service cubre todos los gastos. Añadiré que con arreglo a la normativa del Reino Unido, cualquier persona puede cambiar su nombre y utilizar el nuevo sin ninguna restricción ni formalidad, de manera que un transexual no tiene dificultades para cambiar su nombre y usar el nuevo en documentos como el permiso de conducir, el pasaporte, la documentación de su vehículo, y en los documentos tributarios y de la Seguridad Social. Para tener una visión completa de la situación y de los derechos de los transexuales en el Reino Unido, véase Bradley: «Transsexualisme — L'idéologie, les principes juridiques et la culture politique», en *Transsexualisme, médecine et droit*, Actes du XXIII[e] colloque de droit européen, Vrije Universiteit Amsterdam, 14-16 de abril de 1995, pp. 63 y ss.

momento dado propuso que P. continuara trabajando para el centro en calidad de autónoma.

Entretanto, en el verano de 1992, P. sufrió una primera operación relacionada con su cambio de sexo, motivo por el cual disfrutó de un período de baja por enfermedad. En dicho período, S. y el órgano rector decidieron despedirla, concediéndole un preaviso de tres meses que expiraba el 31 de diciembre de 1992. En esa misma época, se pidió a P. que terminara para dicha fecha una serie de trabajos que estaba preparando. Cuando P. les informó de que se reincorporaría a su puesto de trabajo vestida de mujer, se le respondió que no era necesario que se desplazara al centro y que completara los trabajos a ella encomendados en su propio domicilio. El contrato de trabajo de P. con el centro finalizó en la fecha fijada sin que la demandante se hubiera reincorporado a su puesto.

6. P. se sometió a la última operación de cambio de sexo el 23 de diciembre de 1992, es decir, antes de que tuviera lugar el despido pero después de que se le comunicara el preaviso de despido el 15 de septiembre de 1992. El 13 de marzo de 1993, P. presentó demanda ante el Industrial Tribunal, Truro, en la que alegaba discriminación por razón de sexo. Tanto S. como el Cornwall County Council alegaron que la causa del despido de P. era la amortización de su puesto de trabajo.

El Industrial Tribunal declaró que, si bien era cierta la necesidad de amortizar su puesto de trabajo, la auténtica razón del despido fue la objeción de S. y del Council a la intención de P. de someterse a una operación de cambio de sexo.

Así pues, el punto de partida para el Tribunal de Justicia —en la medida en que el Industrial Tribunal así lo ha declarado— es que P. fue despedida única y exclusivamente debido al cambio de sexo, cambio que había anunciado y que se le practicó más tarde, antes de que se produjera el despido.

7. El Industrial Tribunal considera que la normativa inglesa no aporta una solución válida en el presente caso [3] y, en particular, que con arreglo a la Sex Discrimination Act no existe discriminación contra P. No obstante, el Industrial Tribunal opina que la Directiva comunitaria relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres permite una interpretación más amplia que cubriría también la discriminación contra los transexuales, en la medida en que se refiere a la

3 — El Tribunal nacional destaca, en particular, que el cese en el empleo no puede analizarse como si fuera un despido improcedente, dado que a estos efectos en el Reino Unido una persona debe haber sido contratada un mínimo de dos años. En el momento de su despido, P. sólo había trabajado durante veinte meses en el centro docente de que se trata.

discriminación por «razón de sexo». Precisamente desde este punto de vista el Industrial Tribunal plantea al Tribunal de Justicia:

«1) En relación con la finalidad de la Directiva 76/207/CEE que, según su artículo 1, es la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, etc., ¿constituye una infracción de la Directiva el despido de un transexual a causa de un cambio de sexo?

2) ¿Prohíbe el artículo 3 de la Directiva, que se refiere a la discriminación por razón de sexo, tratar a un empleado en función de su transexualidad?»

Ley y transexualidad

8. En primer lugar, ¿qué es la transexualidad? Nada más lejos de mi intención que aventurarme en una materia que requiere conocimientos y especialización tan diferentes. Creo que es preferible recordar la definición contenida en una Recomendación del Consejo del Europa que establece que «transexualidad es un síndrome que se caracteriza por la existencia de una doble personalidad, una física y otra psicológica, y por una convicción tan profunda de pertenecer al otro sexo que la persona transexual se ve impelida a pedir que se le practique la correspondiente "transformación" corporal». [4]

La demandante ha presentado un gran número de artículos especializados que sostienen que las causas de este fenómeno deben atribuirse a disfunciones biológicas que ya están presentes al nacer, o también a trastornos psicológicos relacionados con el entorno. No obstante, el efecto es el mismo: el sexo biológico y la identidad sexual no coinciden. [5] No obstante, me limitaré a destacar por ahora el hecho de que los estudios relacionados con la transexualidad han producido resultados de gran interés, cuando menos han tirado por tierra viejos tabúes y prejuicios totalmente desprovistos de fundamento, desviando la atención de la dimensión *moral* de la cuestión, que es absolutamente simplista y en ocasiones engañosa, a sus aspectos estrictamente médicos y científicos.

9. Lo que deseo destacar es que el fenómeno de la transexualidad, si bien no reviste una

4 — Recomendación 1117, de 29 de septiembre de 1989, «sobre la condición de los transexuales», en la cual se pide también al Consejo de Ministros que legisle sobre esta materia.

5 — Para un estudio más profundo de estas cuestiones, véase Reed: «Aspects psychiatriques et psychologiques du transsexualisme» y Gooren: «Aspects biologiques du transsexualisme et leur importance pour la réglementation en ce domaine», ambos publicados en *Transsexualisme, médecine et droit*, antes citado, pp. 25 y ss., y pp. 123 y ss., respectivamente.

importancia significativa en términos estadísticos, [6] es hoy una realidad que ha sido discutida en distintos ámbitos, no sólo científicos sino también legales, en particular, desde el punto de vista de los derechos humanos fundamentales. [7] Por consiguiente, la ley se enfrenta con dicha realidad —y está condenada a tropezarse con ella de manera creciente. Es inevitable. En la sociedad en que vivimos, las costumbres y la moral están cambiando rápidamente, se garantiza a los ciudadanos una protección de sus libertades cada vez más amplia y profunda y los estudios jurídicos y sociales asumen de forma creciente los valores actuales —y precisamente por esa razón, reales— por un principio de eficacia, por consiguiente sería injustificable rechazar de plano el problema de la transexualidad —el cual, como es lógico, puede seguir estudiándose desde el punto de vista moral de forma totalmente independiente— o simplemente condenarlo y considerarlo contrario a Derecho.

A mi juicio, la ley no puede aislarse de la sociedad tal cual es, y debe adaptarse a ella lo antes posible. De lo contrario, corre el peligro de imponer criterios desfasados y de adoptar un papel estático. En la medida en que la ley pretende regular relaciones sociales, debe, por el contrario, adecuarse a los cambios que se producen en la sociedad, y, por tanto, debe ser capaz de regular situaciones nuevas generadas por el cambio social y los avances de la ciencia. Desde este punto de vista, no cabe duda de que, a efectos del presente asunto, el supuesto principio de la inmutabilidad del estado civil se ha visto superado por los acontecimientos. Esto es así desde el momento en que ya no es real que una persona no pueda cambiar de sexo a efectos burocráticos y administrativos, aunque sólo sea por los avances científicos operados en el terreno del cambio de sexo.

10. Un rápido vistazo a la situación existente en los diversos Estados miembros de la Comunidad revela una clara tendencia, en especial, desde principios de los años ochenta, a un reconocimiento de la transexualidad cada vez mayor, tanto por parte de la legislación como de la jurisprudencia. Este reconocimiento se refleja, en primer lugar, en el hecho de que los cambios de sexo son aceptados, en el sentido específico de que hoy, casi todos los Estados permiten la cirugía destinada a tal fin, si bien regulada de formas diferentes. [8] En segundo lugar, las diligencias para llevar a cabo legalmente una operación de cambio de sexo suelen ir acompañadas de la autorización, sujeta asimismo a distintas regulaciones, para rectificar el sexo consignado en el registro civil, con todas sus consecuencias.

Algunos Estados han dado una respuesta legal a la cuestión de la transexualidad

6 — Según las cifras presentadas por la demandante, en Europa 1 de cada 30.000 hombres y 1 de cada 100.000 mujeres desea someterse a una operación de cambio de sexo.

7 — Este es el caso, por ejemplo, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, cuyos debates culminaron con la adopción de la Recomendación 1117, antes mencionada, relativa a la condición de los transexuales.

8 — En este punto, es oportuno repetir que, en el Reino Unido, donde todavía no es posible modificar el sexo atribuido en el acta de nacimiento del registro civil, no sólo se permite la cirugía destinada al cambio de sexo sin exigir ninguna formalidad, sino que además está cubierta por el National Health Service en su totalidad.

mediante la adopción de una normativa especial. En lo que se refiere a los Estados miembros de la Comunidad, así lo han hecho Suecia, [9] la República Federal de Alemania, [10] Italia [11] y los Países Bajos. [12] Las Leyes de que se trata autorizan a los transexuales a rectificar sus actas de nacimiento mediante la inclusión de una referencia a su nueva identidad sexual, y, en consecuencia, tienen derecho a casarse, a adoptar niños y a percibir derechos de pensión con arreglo a su *nueva* identidad sexual.

El hecho de que los otros Estados miembros no tengan leyes especiales en la materia no significa que la situación de los transexuales sea ignorada. De hecho, en determinados Estados, la legalidad de las operaciones practicadas en transexuales y del cambio que se ocasiona en su estado civil se basa en leyes que en sí mismas nada tienen que ver con la cuestión de la transexualidad. [13] En gran parte de los otros Estados el problema, en cambio, es resuelto por los tribunales caso por caso, [14] o incluso, de forma mucho más sencilla, a nivel administrativo. [15]

11. Además, la cuestión de la transexualidad ha sido abordada por la Comisión y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde un doble aspecto: la violación del derecho al respeto de su vida privada [artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH)] y del derecho a casarse con arreglo a las leyes (CEDH, artículo 12).

El camino fue abierto por una decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos, que, en 1979, decidió por unanimidad que la negativa del Estado belga a adoptar medidas que permitieran a los Encargados del Registro civil reflejar legalmente los cambios de sexo constituía una violación del derecho al respeto de la vida privada consagrado en el apartado 1 del artículo 8 del Convenio. [16]

9 — Ley de 21 de abril de 1972 (SFS 1972, p. 119). Véase la traducción francesa en la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1976, pp. 295 y ss.

10 — Ley de 10 de septiembre de 1980 (BGBl. 1980 I, pp. 1654 y ss.). Importa destacar que esta ley contempla tanto la denominada «solución menor», que consiste en la autorización para cambiar de nombre, como la denominada «solución mayor», que regula la cirugía de cambio de sexo.

11 — Ley nº 164 de 14 de abril de 1982 (GURI nº 106, de 19 de abril de 1982, pp. 2879 y ss.). En este sentido, hay que aclarar que, en la sentencia nº 161, de 24 de mayo de 1985, el Tribunal Constitucional italiano desestimó la alegación de que las normas en materia de cambio de sexo eran inconstitucionales (*Foro it.*, I, 1985, col. 2162 y ss.).

12 — Ley de 24 de abril de 1985 (*Staatsblad* 1985, pp. 243 y ss.).

13 — Así ocurre, por ejemplo, en Dinamarca, donde la Ley de 11 de mayo de 1935 (sic!) sobre castración voluntaria es aplicada por analogía. Las personas autorizadas a someterse a una operación quirúrgica en virtud de dicha Ley ostentan automáticamente el derecho de rectificar su estado civil.

14 — Este es el caso de Francia, Bélgica, España, Portugal, Luxemburgo y Grecia (si bien, hasta el momento presente, en Grecia, sólo los hermafroditas pueden rectificar su estado civil).

15 — Este es el caso de Austria, donde desde 1981 es práctica consolidada que el Encargado del Registro Civil añada una nota relativa al cambio de sexo en el acta de nacimiento con la única condición de que la persona interesada haya sufrido una intervención quirúrgica que debe acreditarse mediante la presentación de un informe redactado por un médico especialista del Instituto Médico forense de la Universidad de Viena.

16 — D. Van Oosterwijck/Bélgica (Demanda nº 7654/76), Informe de la Comisión de 1 de marzo de 1979, publicado en *Rapport européen sur les droits de l'homme*, 1981, pp. 557 y ss.

12. El enfoque del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando se le pidió un pronunciamiento sobre una presunta violación de los artículos 8 y 12 del CEDH por parte del Reino Unido, fue distinto. En el asunto Rees, el Tribunal declaró que «debe dejarse al Estado demandado libertad para determinar en qué medida puede acoger las reivindicaciones de los transexuales. No obstante, el Tribunal es consciente de la seriedad de los problemas que afectan a estas personas y de su sufrimiento. El Convenio debe interpretarse y aplicarse siempre a la luz de las circunstancias que concurran [...] Las medidas legales apropiadas deben ser objeto de revisión constante en función, especialmente, del desarrollo científico y social.» [17] Esta misma solución fue adoptada posteriormente en el asunto Cossey. [18]

En cambio, en un asunto posterior, B./Francia, el Tribunal de Estrasburgo falló en contra de Francia alegando que el que el demandante, que en 1972 se había sometido a una operación para convertirse en mujer también desde el punto de vista sexual, no pudiera adoptar un nombre femenino o modificar su estado civil, constituía una violación del apartado 1 del artículo 8 del CEDH. [19] Para llegar a esta conclusión —y distinguir el asunto B./Francia de los asuntos Rees y Cossey— [20] el Tribunal Europeo explicó que las actitudes han cambiado, la ciencia ha progresado y cada vez se atribuye mayor importancia al problema de la transexualidad.

13. De este examen se deduce claramente que en la actualidad se considera legal la cirugía destinada al cambio de sexo, incluso en aquellos países en los que todavía no se permite la correspondiente modificación del estado civil. Este simple hecho significa que, como consecuencia del progreso científico y social que se está produciendo en este terreno, el Derecho presta cada vez más atención a la transexualidad, mediante la regulación de aquellos aspectos que pueden tener importantes repercusiones en las relaciones sociales. Como se ha visto anteriormente, esto es corroborado por el hecho de que en la mayoría de los sistemas nacionales se autoriza la modificación del estado civil, bien en virtud de leyes especiales bien por los tribunales caso por caso.

Sigue en pie la cuestión de si pueden tener protección legal aquellas personas que se han sometido a un cambio de sexo o están atravesando esa fase cuando, única y específicamente por esta razón, son discriminadas o, en todo caso, tratadas de forma menos favorable en el ámbito laboral, incluso, en su caso, como en el presente asunto, mediante el despido.

17 — Rees/Reino Unido (2/1985/88/135), sentencia de 17 de octubre de 1986, apartado 47, Serie A, nº 106.

18 — Cossey/Reino Unido (16/1989/176/232), sentencia de 27 de septiembre de 1990, apartado 42, Serie A, nº 184.

19 — B./Francia (57/1990/248/319), sentencia de 25 de marzo de 1992, apartado 63, Serie A, nº 232-C.

20 — En particular, resultó que en Francia, al contrario que en el Reino Unido, el acta de nacimiento del Registro Civil puede rectificarse sin dificultad. Véase, a este respecto, la nota 2 *supra*.

Respuestas a las cuestiones

14. El órgano jurisdiccional nacional plantea al Tribunal de Justicia si, a la luz del objeto de la Directiva, expresado en su artículo 1, el despido de un transexual motivado por un cambio de sexo constituye una discriminación prohibida por la Directiva, y, en términos más generales, si el apartado 1 del artículo 3 debe interpretarse en el sentido de que comprende en su ámbito de aplicación la discriminación contra los transexuales en lo relativo a las condiciones de trabajo.

El órgano *a quo* parte de la premisa de que la Directiva, en particular el apartado 1 del artículo 3, cuando establece que no habrá «discriminación por razón de sexo», [21] no significa, o al menos no necesariamente, que sólo puede existir discriminación entre hombres y mujeres, sino que debe interpretarse en el sentido de que es igualmente aplicable a la discriminación contra los transexuales.

15. En primer lugar, destacaré que las disposiciones que deben aplicarse en el caso de autos son el apartado 1 del artículo 2, que establece la prohibición general de toda discriminación por razón de sexo, y el apartado 1 del artículo 5 de la Directiva, el cual prohíbe más en concreto la prohibición de toda discriminación por razón de sexo en lo que se refiere a las condiciones de despido. Por consiguiente, la cuestión planteada debe reformularse en este sentido.

Dicho esto, resulta necesario en todo caso determinar si el despido de un transexual debido a un cambio de sexo está comprendido en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario y, más en concreto, de la Directiva relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres.

16. Si bien es cierto que la Directiva prohíbe toda discriminación por razón de sexo, no lo es menos que la redacción del principio de igualdad de trato que ésta consagra se refiere a la tradicional dicotomía hombre/mujer.

Para averiguar si la Directiva puede interpretarse, como sugiere el Industrial Tribunal, en el sentido de que también es aplicable a la discriminación contra los transexuales, procede en todo caso determinar, en primer lugar, si el tratar de forma menos favorable a los transexuales constituye una discriminación por razón de sexo. En consecuencia, habrá que decidir si la expresión «discriminación por razón de sexo» abarca exclusivamente la discriminación entre hombres y mujeres o, en general, cualquier trato menos favorable relacionado con el sexo.

21 — Junto al apartado 1 del artículo 3, el apartado 1 del artículo 2 reza también en el mismo sentido en términos generales.

17. Comenzaré por recordar la tesis, cada vez más admitida en los círculos médicos y científicos, según la cual hay que dejar atrás la clasificación tradicional y reconocer que, junto a la dicotomía hombre/mujer, existe una serie de características, de comportamientos y de papeles compartidos por hombres y mujeres, de manera que el sexo *en sí* debería ser considerado como un *continuum*. Es evidente que, desde este punto de vista, no sería correcto seguir considerando ilegales únicamente los actos de discriminación por razón de sexo referidos a hombres y mujeres en el sentido clásico de dichos términos, y negar protección a aquellas personas que también reciben un trato menos favorable precisamente a causa de su sexo y/o identidad sexual.

El argumento que acabo de exponer, si bien es sugerente, exige una redefinición del sexo que merece una consideración más profunda en medios especializados; por lo tanto, no es ésta la vía que propongo al Tribunal de Justicia. Soy plenamente consciente de que desde tiempo inmemorial, el sexo de una persona ha sido simplemente comprobado, sin necesidad de una definición legal. El Derecho repele la ambigüedad y, por supuesto, es más sencillo pensar en términos de Adán y Eva.

Dicho esto, considero desfasado mantener que el Derecho debería amparar a una mujer que ha sufrido una discriminación frente a un hombre, o viceversa, y negar tal protección a aquellos que son *discriminados*, también por razón de sexo, sólo porque no están comprendidos en la clasificación tradicional hombre/mujer.

18. Esta objeción se da demasiado por sentada y en el presente recurso se ha aducido varias veces que no concurre el factor de discriminación por razón de sexo ya que las «mujeres transexuales» no reciben un trato diferente de los «hombres transexuales». En pocas palabras, ambos reciben un trato menos favorable, por lo tanto, no puede existir discriminación. Un examen de la jurisprudencia nacional pertinente confirma este punto de vista, [22] si bien existen algunas excepciones. [23]

22 — Me referiré, en primer lugar, a la sentencia White/British Sugar Corporation (1977 IRLR, p. 121), en la que un Industrial Tribunal del Reino Unido decidió que la Sex Discrimination Act no se aplicaba en el caso del despido de una mujer transexual que no se había sometido a una operación de cambio de sexo pero que había afirmado ser un hombre cuando obtuvo el empleo. Existen numerosas sentencias de tribunales de los Estados Unidos en la materia. Casi todas defienden la legalidad del despido de transexuales, basándose en que no cabe apreciar discriminación por razón de sexo (véanse, a modo de ejemplo, Grossman/Bernards Township Board of Education, 11 FEP Cases 1196, 1975; Kirkpatrick/Seligman and Latz, 636 F 2d 1047, 1981; Sommers/Budget Marketing, 667 F 2d 748, 1982; y Ulane/Eastern Airlines, 35 FEP Cases 1348, 1984). Holloway/Arthur Anderson & Co. (566 F 2d 659, 1977), merece una mención especial; se trata de un asunto idéntico al de autos, en el cual se declaró la legalidad del despido de un transexual por iniciar el tratamiento para convertirse en mujer.

23 — Véase, al efecto, la sentencia dictada en primera instancia en el asunto Ulane/Eastern Airlines (35 FEP Cases 1332, 1984), en la que el tribunal juzgó que el despido de un empleado por razón de su transexualidad era equivalente a un despido por razón de sexo. Otra excepción digna de mención es la sentencia dictada en el asunto Richards/United States Tennis Association (93 misc. 2d 713, 400 N. Y. S. 2d 267, 1977), referida a un jugador de tenis que, tras someterse a una operación para convertirse en mujer (también) físicamente, intentó participar en un torneo de damas. A pesar de la oposición de la asociación de tenis, que defendía que Richards jugaría con ventaja al conservar su estructura muscular masculina, el Tribunal Supremo del Estado de Nueva York le permitió participar en el Open para Damas de Estados Unidos de 1977 (para completar el cuadro, añadiré que Richards perdió en la primera fase eliminatoria contra Virginia Wade por 6-1, 6-4).

No comparto este punto de vista. Es bien cierto que aun cuando P. se hubiera encontrado en la situación opuesta, es decir, si se hubiera sometido a un cambio de sexo femenino al masculino, podría haber sido despedida en cualquier caso. No obstante, un hecho es cierto: P. no habría sido despedida si hubiera conservado el sexo masculino.

Por lo tanto, ¿cómo puede alegarse que no existió discriminación por razón de sexo? ¿Cómo puede negarse que la causa de la discriminación fue precisa y únicamente el sexo? En mi opinión, cuando un transexual recibe un trato menos favorable en relación con (o mejor, a causa de) un cambio de sexo, existe discriminación basada en el sexo o, si se prefiere, por razón de sexo.

19. Sobre esta cuestión, me limitaré a recordar que la prohibición de toda discriminación por razón de sexo es un aspecto del principio de igualdad, principio que exige no tener en cuenta factores discriminatorios, en especial el sexo, la raza, la lengua y la religión. Lo importante es que, en tales situaciones, las personas sean tratadas en pie de igualdad.

Por consiguiente, el principio de igualdad prohíbe tratar a las personas de forma desigual basándose en determinados factores diferenciadores como, por ejemplo, el sexo. Esto significa que no puede ni debe atribuirse importancia al sexo como tal, no dejando que éste influya de forma alguna en el trato dispensado, por ejemplo, a los trabajadores. Esta es la argumentación en que basé mis conclusiones en el asunto Kalanke, [24] en las cuales, recuerdo haber manifestado mi oposición a las cuotas reservadas a mujeres en el empleo y la promoción, pues considero que el principio de no discriminación por razón de sexo permite exclusivamente aquellas excepciones que, por perseguir una igualdad *material*, están justificadas por la finalidad de garantizar la igualdad real entre las personas.

El presente caso exige, al menos, una aplicación rigurosa del principio de igualdad de forma que ninguna connotación relacionada con el sexo y/o con la identidad sexual pueda influir de cualquier modo. Además, sería muy difícil justificar su importancia, y en todo caso no se ha alegado que el cambio de sexo de la persona de que se trata afectara negativamente a su capacidad y al papel desempeñado por ésta.

20. Debo añadir que, a los efectos del presente caso, el sexo de una persona tiene

24 — Sentencia de 17 de octubre de 1995, C-450/93 (Rec. p. I-3051).

importancia como convención, como parámetro social. La discriminación que con frecuencia sufren las mujeres no responde, como es lógico, a sus características físicas, sino más bien a su papel, a la imagen que la sociedad tiene de ellas. Por consiguiente, la razón de este trato menos favorable es el papel social que se atribuye a las mujeres y no sus características físicas. Debe reconocerse igualmente que el trato menos favorable que sufren los transexuales suele estar ligado a una imagen negativa, a un juicio moral que no guarda relación alguna con su capacidad en la esfera profesional.

Tal situación es aún menos aceptable si se tienen en cuenta los cambios sociales y avances científicos producidos en los últimos años en este terreno. Si bien es cierto, como he dicho antes, que el fenómeno de la transexualidad no reviste una importancia significativa en términos estadísticos, no lo es menos que, precisamente por esa razón, es de vital importancia que se les conceda una protección por mínima que sea. Desde esta perspectiva, mantener que el trato menos favorable recibido por P. no era atribuible al sexo porque la razón era su cambio de sexo o porque en tal supuesto no cabe hablar de discriminación entre los dos sexos, constituiría una interpretación formalista y una traición a la verdadera esencia de ese principio fundamental e inalienable que es el principio de igualdad.

21. Queda por determinar si una Directiva que, según su propia redacción, pretende suprimir toda discriminación entre hombres y mujeres, puede cubrir el trato menos favorable a los transexuales. En otras palabras, ante la falta de una legislación específica que contemple expresamente a los transexuales, ¿debe concluirse que los transexuales están desprovistos de toda protección legal cuando son objeto de discriminación?

A este respecto reviste cierto interés una sentencia del Tribunal Constitucional alemán. Este tribunal reconoció —ante la inexistencia de legislación aplicable— el derecho de los transexuales a modificar su estado civil. La sentencia declara: «Por motivos de seguridad jurídica, el legislador debería regular las cuestiones relativas al estado civil vinculadas a un cambio de sexo y sus efectos. Pero mientras no se adopte dicha legislación, incumbe a los tribunales aplicar el principio de igualdad entre hombres y mujeres hasta que entre en vigor una normativa que les trate en pie de igualdad». [25]

22. En primer lugar, es indiscutible que los transexuales no constituyen un tercer sexo. En consecuencia, por principio, debe considerárseles amparados por la Directiva, en

25 — Bundesverfassungsgericht, 11 de octubre de 1978, en NJW 1979, pp. 595 y ss.

atención asimismo al reconocimiento de su derecho a una identidad sexual al que se ha hecho referencia. [26]

En segundo lugar, destacaré que la Directiva no es más que la expresión de un principio general y de un derecho fundamental. Me gustaría señalar aquí que el respeto de los derechos fundamentales es uno de los principios generales del Derecho comunitario, cuyo respeto debe garantizar el Tribunal de Justicia; y que «no cabe duda de que la *supresión de las discriminaciones basadas en el sexo* forma parte de estos derechos fundamentales». [27]

23. Cuando el problema se plantea en tales términos, resulta evidente que la Directiva, que data de 1976, tuvo en cuenta lo que puede definirse como realidad «normal» en el momento de su adopción. Es perfectamente natural que no contemplara expresamente una cuestión y una realidad que, a la sazón, sólo empezaban a «vislumbrarse». No obstante, como expresión de un principio más general, por el cual debe tratarse a las personas sin consideración de su sexo, la Directiva debe ser interpretada en una sentido más amplio, de manera que incluya todas aquellas situaciones en las que el sexo es un factor de discriminación.

Además, debería tenerse en cuenta que la exposición de motivos de la Directiva establece expresamente que «la igualdad de trato entre los trabajadores masculinos y femeninos constituye uno de los objetivos de la Comunidad, *en la medida en que se trata especialmente de promover la equiparación por la vía del progreso de las condiciones de vida y de trabajo*». [28] Así pues, la Directiva pretende esencialmente garantizar la igualdad de trato entre trabajadores, con vistas a alcanzar los objetivos económicos del Tratado al tiempo que satisface criterios de justicia social. Desde este punto de vista, considero obvio que todos los trabajadores, incluidos, por consiguiente, aquellos que se han sometido a una intervención de cambio de sexo, gozan de la protección que la Directiva proporciona; y así es, repito, siempre que el sexo constituye un factor de discriminación.

El Parlamento Europeo se expresó en este mismo sentido en una resolución sobre la discriminación de los transexuales, de 8 de octubre de 1989, en la cual «pide a la Comisión y al Consejo que dejen claro que las Directivas comunitarias relativas a la equiparación entre hombres y mujeres en el lugar

26 — Véanse, en particular, los puntos 10 a 13.

27 — Sentencia de 15 de junio de 1978, Defrenne II (149/77, Rec. p. 1365), apartado 27; el subrayado es mío. Véase la sentencia, más reciente, dictada en el asunto Speybrouck/Parlamento (T-45/90, Rec. p. II-33), en la que el Tribunal de Primera Instancia confirmó precisamente que «el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de empleo y, correlativamente, la inexistencia de cualquier discriminación, directa o indirecta, basada en el sexo, forma parte integrante de los Derechos fundamentales cuyo respeto garantizan el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia en virtud del artículo 164 del Tratado CEE» (apartado 47).

28 — Tercer considerando de la exposición de motivos; el subrayado es mío.

de trabajo también prohíben una discriminación de los transexuales». [29] El mero hecho de que el Parlamento se limitara a pedir que se deje claro que las Directivas comunitarias amparan a los transexuales significa también que, para esta Institución, los transexuales ya deberían poder prevalerse de la protección que proporcionan las Directivas de que se trata.

24. Por último, soy plenamente consciente de que lo que pido al Tribunal de Justicia es una decisión «valiente». Pero lo pido con la profunda convicción de que lo que está en juego es un principio fundamental universal, grabado de forma indeleble en las tradiciones legales modernas así como en las constituciones de los países más avanzados: *la irrelevancia del sexo de la persona en relación con las normas que rigen las relaciones sociales.* Quien crea en este principio no puede aceptar la idea de que una ley permita el despido de una persona por el hecho de ser mujer, o de ser hombre, o porque él o ella cambie de sexo mediante una operación que —en el estado actual de la ciencia médica— es el único remedio capaz de lograr la armonía entre cuerpo y mente. Cualquier otra solución sonaría a reprobación moral —además, una reprobación de la transexualidad en disonancia con los tiempos, precisamente en un momento en que los avances científicos y los cambios sociales en este terreno están abriendo una perspectiva del problema que transciende sin duda alguna el enfoque moral.

Seré claro, repito que en el Derecho comunitario no existe una disposición precisa, *específica* y literalmente destinada a regular el problema; pero es posible inferirla claramente y sin dificultad de los principios y objetivos del Derecho social comunitario, dado que la exposición de motivos de la Directiva subraya «la equiparación por la vía del progreso de las condiciones de vida y de trabajo», así como de la jurisprudencia del propio Tribunal de Justicia, siempre alerta y a la vanguardia a la hora de otorgar protección a las personas desfavorecidas. Por consiguiente, estimo que sería imperdonable no aprovechar esta oportunidad de dejar una huella de indudable incidencia civil mediante una decisión valiente pero justa y jurídicamente correcta, en la medida en que se resuelve de acuerdo y en el sentido de ese gran valor que es la igualdad.

Recordaré, por último, empleando las palabras del Abogado General Sr. Trabucchi en unas conclusiones que datan hoy de hace 20 años, que «si queremos que el Derecho comunitario no sea únicamente una normativa mecánica de la economía, sino que constituya un ordenamiento jurídico a la medida de la sociedad que debe regular, si queremos que exista un Derecho conforme a la idea de justicia social y a las exigencias de la integración europea a nivel, no solamente de la economía sino también de los pueblos, no podemos defraudar las expectativas, más que legítimas, del Juez [nacional, que van más allá de la mera forma legal]». [30]

29 — DO C 256, p. 33; el subrayado es mío.

30 — Conclusiones del Abogado General Sr. Trabucchi en el asunto en el que recayó la sentencia Esposos F./Bélgica (7/75, Rec. 1975, pp. 679, 691 y ss., especialmente p. 697).

25. A la luz de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones remitidas por el Industrial Tribunal, Truro, en los siguientes términos:

«Los artículos 2, apartado 1, y 5, apartado 1, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, deben interpretarse en el sentido de que prohíben el despido de un transexual a causa de un cambio de sexo.»