

## CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

presentadas el 10 de junio de 2003<sup>1</sup>

### Introducción

1. K.B., trabajadora británica, desea que su compañero R., que ha sufrido una operación de cambio de sexo de mujer a hombre, pueda, en su día, disfrutar de la pensión de viudedad que le correspondería como cónyuge supérstite. La normativa del Reino Unido impide, sin embargo, el matrimonio de un transexual con arreglo a su nuevo género.

2. La demandante en el procedimiento principal se considera víctima de una discriminación sexual de carácter salarial. Tal pretensión puede encontrar cobijo en la Directiva 75/117/CEE,<sup>2</sup> aunque la desigualdad de trato alegada no dimana inmediatamente de su condición sexual ni de la de su compañero, sino de la normativa civil nacional que regula la fijación del sexo de una persona: en el Reino Unido no se autorizan las rectificaciones registrales con-

secutivas a una operación de cambio de sexo, que permitirían la contracción de un matrimonio necesariamente heterosexual. En esta materia, es cierto, la Comunidad no posee la menor competencia, pero, si se entiende que la normativa británica infringe un derecho fundamental, no es fácil ignorar tal circunstancia.

3. Este asunto reviste un interés de carácter transitorio, ya que es previsible que, en los próximos meses, el Reino Unido adopte modificaciones legislativas capaces de resolver el problema de fondo, a saber, la incapacidad de los transexuales para contraer matrimonio.

### Hechos y procedimiento nacional

4. K.B., la recurrente en el litigio principal, trabajó para el National Health Service (en lo sucesivo, «NHS»), organismo británico encargado de los servicios de salud pública,

1 — Lengua original: español.

2 — Directiva del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos (DO L 45, p. 19; EE 05/02, p. 52; en lo sucesivo, «Directiva»).

desde 1976 a 1996. Durante esos veinte años cotizó al régimen de pensiones del NHS, adquiriendo, entre otros, el derecho a una renta anual de 5.375,86 libras esterlinas.

El aludido régimen del NHS prevé la concesión de una pensión de viudedad a favor del cónyuge superviviente de un afiliado. Por «cónyuge» debe entenderse únicamente una persona con la que el afiliado haya estado unido en matrimonio.

5. R., nacida mujer e inscrita como tal en el Registro Civil, padecía disforia de género. Tras someterse a una operación de cambio de sexo, pasó a comportarse como un hombre en su trato con K.B. y con el resto de la sociedad. Ambos han mantenido una relación afectiva y convivido juntos desde hace muchos años. De haber sido posible, habrían contraído matrimonio, pero estimaron correctamente que la ley se lo impedía.

6. Al no tener derecho a casarse, a R. no se le permite aspirar a una pensión de viudedad en caso de premoriencia de su compañera.

7. Por esta causa, K.B. interpuso un recurso ante el *Employment Tribunal*, haciendo valer que la negativa del NHS a conceder, llegado el caso, a R. una pensión de viudedad constituía una discriminación basada en el sexo, contraria a lo estipulado

en el artículo 141 CE, leído a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, en particular, de la sentencia de 30 de abril de 1996, P./S. y Cornwall County Council,<sup>3</sup> así como a la de la Directiva 75/117. Para K.B., dichas disposiciones exigen que, en este contexto, la noción de «viudedad» se interprete de manera que acoja también al miembro superviviente de la pareja que habría alcanzado ese estado si su adscripción sexual no hubiese sido el resultado de una operación médica de transformación.

8. Los demandados en el procedimiento principal, a saber, el organismo gerente del régimen de pensiones del NHS (NHS Pensions Agency) y el ministro de la Salud (Secretary of State for Health), alegaron que la pretensión de la actora no tenía en cuenta la sentencia de 17 de febrero de 1998, Grant,<sup>4</sup> según la cual el compañero homosexual de un empleado no puede disfrutar de las ventajas en materia de transportes que se otorgan a los compañeros heterosexuales, ignorando, además, que, aunque el Tribunal de Justicia afirmó en la sentencia P./S. que el trato adverso de un transexual por razón del sexo adquirido, a raíz de su operación, conculca el principio de igualdad, no confirió a tal persona todos los derechos inherentes a su nuevo género.

9. El *Employment Tribunal* y el *Employment Appeal Tribunal*, ante el que se

3 — Asunto C-13/94, Rec. p. I-2143 (en lo sucesivo, «sentencia P./S.»).

4 — Asunto C-249/96, Rec. p. I-621 (en lo sucesivo, «sentencia Grant»).

recurrió en apelación, estimaron fundados los argumentos de los recurridos. El asunto fue entonces sometido a la *Court of Appeal*, que lo remite a este Tribunal de Justicia con carácter prejudicial.

13. Mediante carta de 4 de octubre de 2002, la *Court of Appeal* informó al Tribunal de Justicia de que, con arreglo al derecho nacional, se veía obligada a convocar a las partes antes de decidir sobre la utilidad de proseguir el procedimiento prejudicial.

### Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

10. La solicitud de resolución prejudicial tuvo acceso a la Secretaría del Tribunal de Justicia el 15 de marzo de 2001.

11. Tras haberse recibido las observaciones escritas de K.B., del Gobierno del Reino Unido y de la Comisión, se celebró una vista pública el 23 de abril de 2002.

14. El 5 de marzo de 2003 el órgano remitente indicó que continuaba estimando necesaria una respuesta a la cuestión planteada, ya que la sentencia Goodwin tenía un fin diverso al del procedimiento principal. Añadió que inminentes modificaciones legislativas o jurisprudenciales podían proporcionar una solución al asunto principal sin necesidad de pronunciamiento del Tribunal de Justicia.

12. El 11 de julio de 2002 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos pronunció sentencia en los asuntos Goodwin/Reino Unido e I./Reino Unido, en los que, cambiando su jurisprudencia anterior, declaró que la imposibilidad en que se hallan los transexuales británicos de contraer matrimonio de conformidad con su nuevo sexo es contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos. A la luz de este dato, el secretario del Tribunal de Justicia preguntó al juez remitente si seguía siéndole de utilidad un pronunciamiento prejudicial del Tribunal de Justicia.

### Normativa nacional pertinente

15. La *Sex Discrimination Act* de 1975 (Ley relativa a las discriminaciones por razón de sexo) prohíbe a los empresarios cualquier discriminación directa consistente en tratar a las personas de un sexo de forma menos favorable que a las del sexo opuesto. Asimismo, prohíbe las discriminaciones indirectas por razón de sexo, que define como la imposición de condiciones o requisitos uniformes que perjudiquen a las personas de un sexo de forma desproporcionada e injustificada.

16. A raíz de la sentencia P./S.,<sup>5</sup> el Reino Unido aprobó las *Sex Discrimination (Gender Reassignment) Regulations* de 1999 (norma relativa a las discriminaciones relacionadas con cambios de sexo). Dicho texto reformó la *Sex Discrimination Act* de 1975, incluyendo en su ámbito de aplicación la discriminación directa de cualquier empleado por el hecho de haberse sometido a una operación de cambio de sexo. No se modificó, sin embargo, la legislación relativa a la igualdad de trato en materia de salarios (*Equal Pay Act 1970*) ni de pensiones (*Pensions Act 1995*).

Las nuevas disposiciones definen el cambio de sexo como «un proceso que, bajo supervisión médica, tiene por objeto la modificación del sexo de una persona mediante la alteración de sus caracteres fisiológicos y de otros aspectos asociados al sexo».

Según se recoge en la exposición de motivos de la nueva norma, «[l]a transexualidad afecta a alrededor de 5.000 personas en el Reino Unido. El tratamiento médico que permite a los transexuales corregir su anatomía para que responda a su identidad sexual es altamente satisfactorio. En términos médicos este proceso se conoce como cambio de sexo».

17. El plan de pensiones del NHS establece el pago de una pensión a quienes enviuden de sus empleados. La condición de viuda o viudo implica la existencia de un cónyuge supérstite.

18. En derecho inglés, el matrimonio se define como la unión voluntaria de un hombre y de una mujer. A ese efecto, de acuerdo con la jurisprudencia establecida por la High Court en 1971 a raíz del asunto *Corbett*,<sup>6</sup> el sexo debe determinarse con ayuda de criterios cromosómicos, gonadales y genitales coincidentes, sin que una intervención quirúrgica pueda tomarse en consideración.

19. Por lo demás, el artículo 11, letra c), de la *Matrimonial Causes Act* de 1973 (ley reguladora del matrimonio) estipula la nulidad del vínculo si los cónyuges no son hombre y mujer.

20. En la sentencia de 10 de abril de 2003, *Bellinger*,<sup>7</sup> la House of Lords desestimó la solicitud de que se reconociera la validez de un matrimonio celebrado por un transexual con arreglo a su género adquirido. El alto tribunal entendió que el derecho inglés no otorga la suficiente eficacia jurídica al cambio de sexo. No obstante, pronunció, acerca del artículo 11, letra c), de la

5 — Citada en el punto 7 *supra*.

6 — *Probate Reports* 1971, p. 83.

7 — [2003] UKHL 21.

*Matrimonial Causes Act*, una «declaración de incompatibilidad» con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la *Human Rights Act* de 1998 (ley por la que se incorpora el Convenio al derecho interno). Esta declaración tiene como objeto incitar al Gobierno a adoptar, con urgencia, las medidas necesarias para hacer cesar la incompatibilidad.<sup>8</sup>

## El derecho comunitario aplicable

21. El artículo 141 CE establece la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor (apartado 1). Por retribución se entiende no sólo el salario o sueldo normal, sino cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo (apartado 2).

22. El artículo 1, párrafo primero, de la Directiva 75/117<sup>9</sup> dispone que el principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos implica, para un mismo trabajo o para un trabajo al

que se atribuye un mismo valor, la eliminación, en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución, de cualquier discriminación por razón de sexo. Según el artículo 3 de la propia Directiva, los Estados miembros deben suprimir las discriminaciones entre hombres y mujeres que se deriven de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas y que sean contrarias al principio de igualdad de retribución. En virtud del artículo 4, los Estados miembros deben tomar las medidas necesarias para que las disposiciones contrarias al principio de igualdad de retribución, que figuren en los convenios colectivos, baremos o acuerdos salariales, o contratos individuales de trabajo, sean nulas, puedan ser declaradas nulas o modificadas.

23. Conforme a una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el concepto de retribución, tal como está delimitado en el artículo 141 CE, no incluye los regímenes o prestaciones de seguridad social, en particular las pensiones de jubilación, directamente regulados por la ley.<sup>10</sup> Sí comprende, por el contrario, las prestaciones otorgadas con arreglo a un régimen convencional de pensiones que varían, esencialmente, en función del empleo que ocupaba el interesado, ya que están vinculadas a la retribución.<sup>11</sup> Para apreciar si una pensión de jubilación está comprendida

10 — Sentencias de 17 de mayo de 1990, Barber (C-262/88, Rec. p. I-1889), apartado 22; de 28 de septiembre de 1994, Beune (C-7/93, Rec. p. I-4471), apartado 44; y de 25 de mayo de 2000, Podesta (C-50/99, Rec. p. I-4039), apartado 24.

11 — Sentencia de 13 de mayo de 1986, Bilka (170/84, Rec. p. 1607), apartado 22; y sentencias Barber, antes citada, apartado 28; Beune, antes citada, apartado 46; de 10 de febrero de 2000, Deutsche Telekom (asuntos acumulados C-234/96 y C-235/96, Rec. p. I-799), apartado 32; y Podesta, antes citada, apartado 25.

8 — La House of Lords no consideró posible la lectura de la disposición litigiosa de manera conforme con el Convenio, tal y como prevé el artículo 3, apartado 1, de la *Human Rights Act*.

9 — Citada en el punto 2 *supra*.

en el ámbito de aplicación del artículo 141 CE, el criterio determinante es la existencia de un vínculo entre la relación de trabajo y la prestación, sin que los elementos estructurales del sistema cumplan una función decisiva.<sup>12</sup>

24. El Tribunal de Justicia ha declarado asimismo que la pensión de supervivencia prevista en las mismas condiciones está incluida en el artículo 141 CE. A este respecto, ha precisado que esta interpretación no queda desvirtuada por el hecho de que la pensión de viudedad, por definición, no se paga al trabajador, sino a su sobreviviente, puesto que tal prestación es una ventaja que procede de la participación en el plan de su cónyuge, de modo que la pensión le corresponde por la relación laboral entre el empresario y dicho cónyuge, pagándosele en razón de su empleo.<sup>13</sup> El cónyuge superviviente puede invocar el artículo 141 CE para que se reconozca el principio de la extensión de su derecho al pago de una pensión de supervivencia.<sup>14</sup>

### El derecho de los transexuales a contraer matrimonio

25. Transexual, en la doctrina médico-forense, es aquel sujeto que, presentando

las características genotípicas y fenotípicas de un sexo, siente profundamente que pertenece al otro, cuyo aspecto exterior y cuyo comportamiento ha adoptado, en el que desea ser aceptado a todos los efectos y a cualquier precio. La transexualidad se define, pues, como un síndrome por el que el sexo anatómico (gonadal) o biológico (cromosómico) de un paciente no coincide con su sexo psicológico.<sup>15</sup>

15 — El síndrome ha existido siempre y ha sido mejor comprendido en las culturas primitivas, ajenas a la influencia del cristianismo. Vargas Llosa, M., *El paraíso en la otra esquina*, Ed. Alfaguara, Madrid, 2003, pp. 67 y 68, 434 y 436, por ejemplo, se hace eco de esas tendencias entre los maoríes, al relatar las peripecias del pintor Paul Gauguin en Tahití. Sin el desarrollo de la medicina y de la cirugía experimentado en la segunda mitad del siglo XX, las mujeres que sentían el impulso de ser hombres debían recurrir a complicadas estratagemas y correr aventuras difíciles, que les deparaban generalmente un destino desgraciado. En 1566 Henry Estienne cuenta un caso que se desarrolló en Fontaines, en el que una mujer se disfrazaba y trabajaba como mozo de caballería; llegó a casarse con otra mujer, con la que convivió felizmente dos años hasta que se descubrió el instrumento de que se servía para cumplir sus deberes maritales; fue arrestada y quemada viva. En el siglo XVII hubo mujeres que fueron piratas como Anne Bonney y Mary Read o la francesa Geneviève Premoy que, haciéndose pasar por el caballero Balthazar, fue condecorada, recibiendo la orden de San Luis de manos de Luis XIV. Muchas mujeres llegaron a ser soldados o marinos. En los procesos judiciales que se siguieron consta que algunas manifestaban que su comportamiento estaba predestinado por Dios; que, cuando nacieron, sus padres esperaban un hijo varón; que, aunque tenían apariencia de mujeres, su naturaleza era realmente masculina. El temor a que se destapara su engaño empujaba a estas mujeres al suicidio, como ocurrió en 1765 a Catherine Rosenbrock, que, tras pasar doce años trabajando como marino y soldado en Holanda, volvió a su casa en Hamburgo, donde su madre la acusó de haber renegado de su sexo femenino; fue prendida por mal comportamiento e intentó poner fin a sus días. Mlle de Maupin era una de las actrices más célebres del teatro francés del siglo XVII. Triunfaba en la Ópera de París cantando los papeles masculinos. Durante una gira, se escapó a Marsella para seducir a una muchacha de la ciudad, pero, al revelarse su identidad, fue encarcelada y condenada a muerte. Su popularidad y la presión de la opinión pública provocaron la anulación del veredicto. A partir de ese momento, aunque siguió vistiéndose como un hombre, la autoridad decidió ignorar sus devaneos. Spencer, C., *Histoire de l'homosexualité*, Ed. Le Pré aux Clercs, Traducción de D. Sulmon, París, 1998, pp. 232 y ss., se refiere a algunos de estos casos.

12 — Sentencia de 12 de septiembre de 2002, Niemi (C-351/00, Rec. p. I-7007), apartado 45.

13 — Sentencias de 6 de octubre de 1993, Ten Oever (C-109/91, Rec. p. I-4879), apartados 12 y 13, y de 17 de abril de 1997, Evrenopoulos (C-147/95, Rec. p. I-2057), apartado 22.

14 — Sentencia de 28 de septiembre de 1994, Coloroll Pension Trustees (C-200/91, Rec. p. I-4389), apartado 19.

El anhelo inquebrantable del transexual de obtener el reconocimiento, incluso jurídico, de su pertenencia al otro sexo se manifiesta, por su parte, en la voluntad de someterse a terapia hormonal, para modificar las características sexuales secundarias, y a una intervención quirúrgica de ablación y reconstrucción que provoca la transformación anatómica de los órganos genitales. La estructura cromosómica queda inalterada, por lo que el llamado sexo biológico sigue siendo el mismo.<sup>16</sup>

Se distingue con claridad de los estados asociados con la orientación sexual (heterosexual, homosexual o bisexual), en los que el individuo acepta sin ambages su sexo, mientras que los problemas se dan fundamentalmente en el ámbito de la expresión de la afectividad, y del travestismo, condición de aquellos que obtienen gratificación sexual adoptando los atuendos del género opuesto.

26. Quiero precisar que, aunque, en principio, el impedimento matrimonial oponible a los transexuales sea la imposibilidad de modificar los datos del registro civil, con objeto de reflejar el cambio de sexo, el hecho es que, de ese modo, se restringe su derecho a contraer matrimonio, a falta de una aceptación global del vínculo entre

personas del mismo género. Por esta razón, en aras de la brevedad y de la precisión, analizaré la cuestión desde el único ángulo del derecho de los transexuales a contraer matrimonio, sin detenerme en los obstáculos técnicos concretos de que depende.

27. La aspiración de los transexuales de contraer matrimonio con la alteridad sexual dimanante de su nuevo género<sup>17</sup> ha encontrado reflejo jurídico tanto en la legislación y la práctica administrativa de los Estados miembros, como en la jurisprudencia, en particular en la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Estos elementos son de interés primordial para el análisis que el Tribunal de Justicia debe realizar, en la medida en que pueda deducirse un principio general del derecho comunitario, bajo la forma de una tradición constitucional común a los países de la Unión Europea o de indicación contenida en un instrumento internacional relativo a la protección de los derechos humanos, ratificado por todos los Estados miembros.

28. Un estudio comparativo de la situación jurídica imperante arroja una aceptación global del matrimonio de los transexuales con arreglo a su nuevo sexo. Ya sea

16 — Véase la sentencia de la Corte costituzionale (Tribunal constitucional italiano) de 6 de mayo de 1985 (GURI n° 131 bis de 5 de junio de 1985), apartado 3. En el mismo sentido, la sentencia de la House of Lords de 10 de abril de 2003, Bellinger, citada en el punto *supra*, apartados 7 a 9.

17 — En lo sucesivo, me referiré siempre a un supuesto de matrimonio entre personas de distinto sexo, tomando en consideración la transformación sexual de uno de los cónyuges. En efecto, nada impide a los transexuales del Reino Unido contraer matrimonio con personas de distinto sexo biológico.

mediante una intervención expresa del legislador (Alemania,<sup>18</sup> Grecia,<sup>19</sup> Italia,<sup>20</sup> Países Bajos,<sup>21</sup> Suecia<sup>22</sup>), a resultas de una práctica administrativa (Austria,<sup>23</sup> Dinamarca<sup>24</sup>) o a través de una interpretación jurisprudencial (Bélgica,<sup>25</sup> España,<sup>26</sup> Finlandia,<sup>27</sup> Francia,<sup>28</sup> Luxemburgo,<sup>29</sup> Portugal<sup>30</sup>), las operaciones de cambio de sexo dan lugar a rectificaciones registrales que abren a los transexuales la posibilidad de contraer matrimonio.

Sólo los ordenamientos irlandés y británico parecen oponerse a esta tendencia general, lo que no es óbice para discernir una tradición jurídica suficientemente uniforme, capaz de ser fuente de un principio general del derecho comunitario.

- 18 — Artículos 8 a 12 de la Ley de 10 de septiembre de 1980, relativa al transexualismo (*Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen — Transsexuellengesetz*).
- 19 — Artículo 14 de la Ley n.º 2503/1977, relativa al estado civil (*ΦΕΚ 107 Α/1997*).
- 20 — Artículo 1 de la Ley n.º 164 de 14 de abril de 1982, sobre cambio de sexo (*Norme in materia di rettificazione di sesso*).
- 21 — Artículos 28 a 28c del Código civil (*Burgerlijk Wetboek*).
- 22 — Ley 1972:119, sobre la determinación del sexo (*Lag om fastställande av könstillhörhet*).
- 23 — Circular del Ministro del Interior de 27 de noviembre de 1996 [*«Transsexuellen-Erlass» des Bundesministeriums für Inneres (36.250/66-IV/4/96)*].
- 24 — Circular n.º 12003, de 10 de noviembre de 1976 (*Cirkulereskrivelse om ændring af fødselsstillsørsler som følge af kønsskifte*).
- 25 — Véanse, por ejemplo, la sentencias del Tribunal de primera instancia (*Tribunal de première instance*) de Verviers de 19 de febrero de 1996; y del Tribunal de apelación (*Hof van Beroep*) de Amberes de 27 de enero de 1999.
- 26 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de febrero de 1994 y del Juzgado de primera instancia de Lérida de 21 de septiembre de 1999.
- 27 — Sentencia del Tribunal Supremo Administrativo (*Korkein Hallinto Oikeus*) 1988-A-46.
- 28 — Sentencia del pleno del Tribunal de casación (*Cour de cassation*) de 11 de diciembre de 1992.
- 29 — Sentencias del Tribunal administrativo (*Tribunal administratif*), 1.ª sección, de 28 de enero de 1987 y de 31 de mayo de 1989.
- 30 — Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de apelación (*Tribunal da Relação*) de Lisboa de 9 de noviembre de 1993.

29. Menos dudas cabe, en todo caso, albergar en cuanto a las indicaciones provenientes del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

30. El artículo 8, apartado 1, del Convenio dispone que «[t]oda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia». Cualquier injerencia en este derecho, para ser válida, debe estar prevista por la ley, perseguir un fin legítimo y resultar necesaria en una sociedad democrática (apartado 2).

Por otro lado, el artículo 12 del Convenio establece que, «[a] partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho».

31. Enfrentado a sucesivas demandas interpuestas por transexuales, sobre todo de nacionalidad británica, en las que se invocaban los artículos 8 y 12 para reclamar el reconocimiento de su derecho a contraer matrimonio según su sexo reasignado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos contestó, en la sentencia de 17 de octubre de 1986, Rees/Reino Unido,<sup>31</sup> que «es preciso *por ahora* dejar que el Estado

31 — Serie A, n.º 156.



demandado decida hasta qué punto puede responder a las exigencias de los transexuales. [...] La necesidad de medidas jurídicas apropiadas debe dar lugar a un examen constante, que tenga en cuenta la evolución de la ciencia y de la sociedad». <sup>32</sup>

La sentencia de 27 de septiembre de 1990, *Cossey/Reino Unido*, <sup>33</sup> confirma el amplio margen de discrecionalidad que, en esta materia, los jueces de Estrasburgo reconocen a los Estados, como también lo hace la de 30 de julio de 1998, *Sheffield y Horsham/Reino Unido*. <sup>34</sup> En este último caso, se recordó que «la transexualidad sigue presentando complejos problemas de orden científico, jurídico, moral y social, para los que no existe una solución generalmente aceptada en los Estados contratantes». <sup>35</sup>

32. Ésta era la situación cuando se inició el procedimiento principal, que permaneció inalterada en el momento en que fue interpuesta la presente cuestión prejudicial y hasta después de la vista pública celebrada el 23 de abril de 2002.

32 — Apartado 47 de la sentencia *Rees*. Traducción no oficial.  
Sin cursiva en el original.

33 — Serie A, nº 256.

34 — Recueil 15/89.

35 — Apartado 58 de la sentencia *Sheffield y Horsham*.

33. El 11 de julio de 2002 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en formación de Gran Sala, pronunció la sentencia *Goodwin/Reino Unido*, <sup>36</sup> en la que se operó un cambio jurisprudencial radical.

34. Por unanimidad y en términos de una particular contundencia, los jueces de Estrasburgo entendieron, tras un análisis de la jurisprudencia anterior y de la evolución jurídica y social, que «el Estado demandado no puede ya invocar su margen de apreciación en la materia, más allá de los medios necesarios para garantizar el respeto del derecho protegido por el Convenio. Ningún factor importante de interés público se opone al interés de la demandante de obtener el reconocimiento jurídico de su conversión sexual, por lo que la noción de justo equilibrio inherente al Convenio hace que la balanza deba decididamente inclinarse a favor de la demandante. Por consiguiente, ha habido inobservancia del derecho de la interesada a su vida privada, en violación del artículo 8 del Convenio». <sup>37</sup>

35. En el ámbito del artículo 12, el Tribunal Europeo estimó artificial afirmar que las personas que se han sometido a una operación de cambio de sexo no están privadas del derecho a contraer matrimonio, porque, de conformidad con la ley, se les permite hacerlo con una persona del

36 — Recueil 56/88. Véase asimismo la sentencia del mismo día, I/Reino Unido (Recueil 35/56), de similar contenido.

37 — Apartado 93 de la sentencia *Goodwin*.

sexo opuesto a su antiguo género. Reconoció que la demandante, que lleva una vida de mujer y mantiene una relación con un hombre, con el que desea casarse, carece de tal posibilidad.<sup>38</sup> Añadió que, «si bien corresponde al Estado contratante determinar, entre otras, las condiciones que debe cumplir un transexual, que reivindica el reconocimiento de su nueva identidad sexual, para demostrar la realidad de su conversión, aquellas en que un matrimonio anterior pierde su validez o, incluso, los requisitos aplicables a un matrimonio futuro (por ejemplo, la información que han de suministrarse los novios), no se percibe razón alguna que justifique que a los transexuales se les niegue, en todo caso, el derecho de casarse».<sup>39</sup> También hubo, pues, declaración unánime de violación del artículo 12 del Convenio.

### La cuestión prejudicial planteada

36. Por auto de 14 de diciembre de 2000, la *Court of Appeal* solicitó al Tribunal de Justicia que se pronunciase sobre «si la exclusión del compañero (transexual masculino) de una mujer afiliada al régimen de

pensiones del National Health Service, con arreglo al cual la única persona a cargo de la afiliada que puede beneficiarse de la pensión controvertida es el viudo, constituye una discriminación contraria al artículo 141 CE y a la Directiva 75/117».

37. Según consta en el mismo auto, la *Court of Appeal* alberga las dudas siguientes:

- a) Los resultados a los que llega el Tribunal de Justicia en sus sentencias P./S. y Grant, respectivamente, son claros, pero no así el criterio distintivo en el que se basan. Si supone que la negación de las prestaciones a los compañeros homosexuales no es discriminatoria, siempre que se aplique por igual a hombres y mujeres, se ha de llegar a la misma solución en el presente asunto en relación con la exclusión de las prestaciones para parejas no casadas. Si, en cambio, el referido criterio significa que el sexo, como motivo de discriminación, incluye la identidad sexual, pero no la orientación sexual, la exclusión en el caso de autos debe reputarse basada directamente en el sexo y, por ende, discriminatoria.
- b) Si existe una infracción del artículo 14 y, probablemente también, del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, su relación con la

38 — Apartado 101 de la sentencia Goodwin.

39 — Apartado 103 de la sentencia Goodwin.

interpretación de la palabra «viudo» es incierta. Dado que la vida familiar supone que aquellos que trabajan tomen medidas para atender las necesidades de las personas a su cargo que les sobrevivan y de que el respeto de la vida privada exige evitar el examen innecesario de las características biológicas de una persona, podría argüirse que, al impedir que los compañeros transexuales que sobrevivan a su pareja perciban la prestación controvertida, K.B. resultaría menoscabada tanto en el disfrute de su vida familiar, como en el de su intimidad, cuando no injustificadamente desposeída de ambos derechos. Si tal argumento se estimara fundado, deberían tenerse en cuenta sus repercusiones en relación con lo dispuesto en el artículo 141 CE y en la Directiva sobre igualdad de retribución.

particular, al estado matrimonial o familiar». Dicho precepto parece considerar el estado matrimonial como un criterio que sólo cabe utilizar para comprobar si existe una discriminación indirecta. Mas, si se aplica por igual a hombres y mujeres, es difícil imaginar en qué circunstancias podría tener repercusiones diferentes para un sexo u otro. Se plantea entonces si la Directiva concibe el estado matrimonial o familiar como equivalente al sexo, en lo que se refiere a la discriminación directa, o como criterio para determinar, no la neutralidad, desde el punto de vista del sexo, de un requisito, sino el carácter desigual de una consecuencia en orden a identificar una discriminación indirecta contraria a derecho.

### Análisis de la cuestión prejudicial

38. Para el órgano jurisdiccional remitente no puede hablarse de discriminación indirecta, ya que no hay razón para creer que el requisito del matrimonio afecte de forma diferente a los hombres y a las mujeres que mantienen relaciones con transexuales; ampararse en que sus repercusiones para estos seres humanos son desiguales supondría incurrir en el error de tratarlos como un tercer sexo.

40. Coinciden todos los comparecientes que se han pronunciado al respecto en que la pensión de viudedad controvertida constituye un elemento de retribución a los efectos del artículo 141 CE. No hay razón alguna para apartarse de esta comprobación.

39. No obstante, tiene dudas en cuanto al significado del artículo 2, apartado 1, de la Directiva, que prohíbe cualquier discriminación «por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en

Es jurisprudencia reiterada que las prestaciones otorgadas con arreglo a un régimen de pensiones que varían en función del

empleo que ocupaba el interesado forman parte de la noción de retribución.<sup>40</sup> Lo mismo es predicable de las pensiones de viudedad que presenten esa característica.<sup>41</sup>

Pues bien, de los autos se infiere que la pensión concedida por el régimen del NHS se calcula a partir de la situación profesional de la trabajadora, en particular, su salario, por lo que cabe presumir que está vinculada con su retribución.

41. También estoy de acuerdo en que no hay justificación para apreciar de modo distinto las discriminaciones consistentes en una desigualdad de trato, prohibidas por la Directiva 76/207,<sup>42</sup> de aquellas que suponen una desigualdad en la retribución, a las que se aplica la Directiva 75/117. La interpretación uniforme es aconsejable, ya que, por un lado, el artículo 141 CE no establece regímenes distintos de protección y, por otro, ambas Directivas ofrecen grandes similitudes en cuanto a su redacción y a los objetivos que persiguen.

42. La demandante en el procedimiento principal y el órgano judicial remitente no coinciden del todo en cuanto a la definición del objeto de la cuestión prejudicial.

40 — Véase el punto 23 *supra*.

41 — Véase el punto 24 *supra*.

42 — 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 (DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70).

43. Según K.B., este asunto no está relacionado con el derecho de los transexuales a contraer matrimonio, que no es competencia comunitaria, ni con la discriminación de la que son víctimas las parejas de un mismo sexo por motivo de su orientación sexual, ya que aquí se trata de una relación, a todos los efectos, entre un hombre y una mujer. Por esta razón, el Tribunal de Justicia debería, en opinión de la demandante en el procedimiento principal, aplicar la doctrina de la sentencia P./S., a cuyo tenor el derecho comunitario<sup>43</sup> «es contrario al despido de un transexual por un motivo relacionado con su cambio de sexo»,<sup>44</sup> para lo que bastaría sustituir la expresión «despido de un transexual» por la de «denegación de una pensión a un transexual».

Como subrayó en el acto de la vista, la recurrente en el asunto principal no solicita, pues, que se reconozca el derecho de los transexuales a contraer matrimonio, sino únicamente el derecho de esas personas a que las parejas que forman sean tratadas como matrimonios en cuanto a la obtención de prestaciones económicas.

44. La *Court of Appeal*, en su auto, se interroga sobre el criterio que distingue las sentencias P./S. y Grant: cuestión de la aplicación por igual a hombres y a mujeres;

43 — En concreto, la Directiva 76/207, sobre igualdad de trato, mas, como he indicado, no hay razón para no aplicarla en el marco de la Directiva sobre igualdad de retribución.

44 — Parte dispositiva de la sentencia P./S.

inclusión de la identidad sexual y exclusión de la orientación sexual como motivos sustentadores de una discriminación inaceptable. Se pregunta también sobre el menoscabo, para los derechos de los transexuales derivados de los artículos 14 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que podría resultar de la denegación de una pensión de supervivencia. En fin, alberga dudas sobre si la noción de «estado matrimonial o familiar», contenida en el artículo 2, apartado 1, de la Directiva sobre igualdad de trato, ha de entenderse equivalente a «sexo» o únicamente como una circunstancia para identificar una discriminación indirecta contraria a derecho.

Además, la *Court of Appeal* descarta toda apreciación relativa a la discriminación indirecta, que supondría aceptar la errónea tesis de que los transexuales constituyen un tercer sexo.

45. Me interesa únicamente señalar que del razonamiento del órgano jurisdiccional remitente puede inferirse, al menos, que no excluye que el planteamiento correcto del presente asunto pueda versar sobre la imposibilidad de los transexuales de contraer matrimonio como una discriminación directa basada en el sexo.

46. En términos prácticos, tal y como se formula la cuestión prejudicial, la existencia en los autos de una discriminación contra-

ria al artículo 141 CE y a la Directiva 75/117 depende de que les sea de aplicación la jurisprudencia contenida en la sentencia P./S. Más allá de este aspecto, no parece fácil, como pretende la demandante en el procedimiento principal, ignorar la incidencia en la solución del problema relativo a los requisitos que impone el derecho nacional para contraer matrimonio y, en concreto, el impedimento que, a estos efectos, supone la imposibilidad de rectificar el asiento correspondiente del registro civil como consecuencia de una operación de cambio de sexo.

47. En un primer momento, no obstante, quiero analizar si de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia puede deducirse que la denegación a un transexual de una pensión de viudedad es contraria al artículo 141 CE. Sigo, así, el planteamiento que prefiere la demandante en el procedimiento principal y que suscribe, en lo esencial, el tribunal remitente.

48. En la causa que dio lugar a la sentencia P./S. se dilucidaba si el despido de un trabajador por haberse sometido a una operación de cambio de sexo constituía una discriminación de las prohibidas en la Directiva sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres.

49. El Tribunal de Justicia recordó que el principio de igualdad de trato implica la

ausencia de toda discriminación *por razón de sexo* y es, por lo tanto, expresión del derecho fundamental a la igualdad, cuyo respeto garantiza.<sup>45</sup>

De lo anterior infiere la sentencia que el ámbito de aplicación de la Directiva no puede reducirse a las discriminaciones que se derivan de la pertenencia a uno u otro sexo, sino que incluye aquellas que tienen lugar a causa del cambio de sexo del interesado. *Tales discriminaciones se basan esencialmente, si no exclusivamente, en el sexo del interesado.* Por consiguiente, cuando una persona es despedida por tener intención de someterse o haberse sometido a una operación de cambio de sexo, recibe un trato desfavorable frente a las personas del sexo al que se consideraba que pertenecía antes de la citada operación y contrario al *respeto de la dignidad y la libertad* a que esa persona tiene derecho, que el Tribunal de Justicia debe proteger.<sup>46</sup>

50. La tesis de la representación de K.B. se basa en afirmar que el derecho que reclama para su compañero transexual se deduce de la simple sustitución de la expresión literal «cuando una persona es despedida» por «cuando a una persona se le niega el derecho a una pensión de viudedad», ya

que, en uno y otro caso, son derechos cuyo disfrute igualitario garantizan, respectivamente, las Directivas 76/207 y 75/117.

51. Convento con esta alegación en que, para la apreciación del Tribunal de Justicia, es del todo indiferente que la desigualdad que se denuncia consista en un despido o en la denegación de una pensión de viudedad.

52. Por lo demás, a la interpretación de la recurrente en los trámites nacionales puede, a mi modo de ver, legítimamente objetarse que la denegación de la pensión litigiosa no tiene su origen en la modificación del sexo de la persona interesada, sino en su incapacidad para cumplir uno de los requisitos necesarios que el derecho nacional establece para la contratación válida de un matrimonio con la persona titular de la pensión principal, a saber, la alteridad entre los sexos de los futuros cónyuges. Siguiendo esta línea argumental puede entenderse que la denegación de la forma de retribución discutida se explica no por el cambio de sexo, sino precisamente por *la falta de cambio de sexo*, para el derecho, de la persona transexual, lo que impide la celebración válida del matrimonio. Esta argumentación conduce de manera inevitable a preguntarse por la adecuación de una negativa semejante a reconocer plenos efectos a una operación de conversión sexual con los valores fundamentales del ordenamiento y, paralelamente, por la competencia del juez comunitario para pronunciarse al respecto.

45 — Sentencia P./S., citada en el punto 7 *supra*, apartados 17 a 19.

46 — *Ibidem*, apartados 20 a 22.

53. Antes de proseguir por esa vía, que se aleja del planteamiento original de la cuestión prejudicial, procede traer a colación otros precedentes jurisprudenciales, para precisar el contenido de la doctrina del Tribunal de Justicia en esta materia. Me refiero, en primer lugar, a las sentencias Grant y de 31 de mayo de 2001, D y Suecia/ Consejo.<sup>47</sup>

54. En el asunto Grant, una empleada de una empresa de ferrocarriles alegaba que, con la concesión de reducciones en el precio de los transportes al trabajador y a su cónyuge o a la persona del otro sexo con la que mantenga una relación «significativa» de forma estable y con la correlativa denegación a parejas en similares circunstancias pero del mismo sexo, se infringía la prohibición de discriminación enunciada en el entonces artículo 119 del Tratado CE.

El Tribunal de Justicia no acogió favorablemente esta pretensión, utilizando un peculiar esquema expositivo. Respondió, en primer lugar, a la cuestión de si una regla como la controvertida en el litigio principal constituía una discriminación basada directamente en el sexo del trabajador. Luego, se interesó por si el derecho comunitario exige que las relaciones estables entre dos personas del mismo sexo

sean equiparadas por cualquier empresario a las relaciones entre personas casadas o a las relaciones estables, sin vínculo matrimonial, entre dos personas de distinto sexo. Por último, examinó si una discriminación por la orientación sexual supone una discriminación por razón del sexo del trabajador.<sup>48</sup>

En referencia a la primera de las cuestiones, el Tribunal de Justicia se limitó a comprobar que la regla se aplicaba de igual modo a las trabajadoras que a los trabajadores, por lo que no podía ser constitutiva de una discriminación directamente fundada en el sexo.<sup>49</sup>

En cuanto a la segunda, realizó un análisis de la situación jurídica prevalente en el ámbito comunitario, en el de los Estados miembros y en la resultante de la jurisprudencia relativa al Convenio Europeo de Derechos Humanos, llegando al convencimiento de que, en el estado actual del derecho en el seno de la Comunidad, las relaciones estables entre dos personas del mismo sexo no se equiparan a las que mantienen sin vínculo matrimonial dos personas de distinto sexo ni a las existentes entre cónyuges. Por consiguiente, el derecho comunitario no obliga a un empresario a equiparar la situación de una persona que tiene una relación estable con un compa-

47 — Asuntos acumulados C-122/99 P y C-125/99 P, Rec. p. I-4319.

48 — Sentencia Grant, antes citada, apartado 24.

49 — *Ibidem*, apartado 28.

ñero de igual sexo a la de alguien casado o que tiene la relación estable sin vínculo matrimonial con un compañero del otro sexo.<sup>50</sup> Este proceder puede ser de gran utilidad para resolver la cuestión prejudicial, tal como explicaré más adelante.

esos efectos, no reviste importancia alguna que el impedimento consista en que el otro miembro de la pareja sea del mismo sexo, en que sea transexual o en cualquier otro motivo.

En fin, con respecto al tercero de los problemas, el Tribunal de Justicia declaró que la discriminación por razón del sexo no cubría la discriminación por motivo de la orientación sexual. Estimó, además, que la jurisprudencia de la sentencia P./S. se limita al cambio de sexo de un trabajador.

La segunda corroboraría también el parecer del Gobierno británico, ya que alude a que el artículo 12 del Convenio protege únicamente el matrimonio tradicional entre dos personas de sexo biológico diferente, con referencia a las sentencias del Tribunal de Estrasburgo de 17 de octubre de 1986, Rees/Reino Unido, y de 27 de septiembre de 1990, Cossey/Reino Unido.<sup>51</sup> Estas sentencias reflejarían el contenido del derecho europeo en la materia.

55. La sentencia Grant sirve al Gobierno del Reino Unido para apoyar su argumentación tendente a negar la existencia en este asunto de una discriminación prohibida. Traspone, con ese objeto, el razonamiento en tres fases descrito más arriba.

Según el Gobierno británico, la tercera parte del razonamiento de la sentencia Grant no sería pertinente para K.B..

La primera sería, según alega, enteramente aplicable al caso presente: de la pensión de viudedad quedan excluidas todas las personas no casadas, ya sean de sexo masculino o femenino, por lo que no cabe invocar la discriminación directa basada en el sexo. A

56. La sentencia Grant no es apta para sustentar la tesis de la demandante en el procedimiento principal, ya que niega toda

50 — *Ibidem*, apartado 35.

51 — Véase el punto 31 *supra*.



conculcación del derecho a igual trato entre hombres y mujeres. No obstante, valga resaltar que el Gobierno del Reino Unido parece comprender que la resolución de la cuestión planteada es inseparable de una apreciación, por parte del Tribunal de Justicia, de la legalidad de impedir el matrimonio a un transexual con arreglo a su nuevo género.

Por este motivo, el Gobierno británico, sin dejar de afirmar la compatibilidad de la normativa británica con los artículos 8 y 14 del Convenio, advierte que la falta hipotética de semejante compatibilidad no podría tener como consecuencia que la regla litigiosa se convirtiese en contraria al artículo 141 CE.

Remite a los apartados 45 a 47 de la sentencia Grant, en los que se declara que, si bien el respeto de los derechos fundamentales que forman parte de dichos principios generales constituye un requisito para la legalidad de los actos comunitarios, estos derechos no pueden, en sí mismos, producir la ampliación del ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado más allá de las competencias que le son propias. El alcance de cualquier disposición comunitaria sólo se determina teniendo en cuenta su tenor literal y su objetivo, así como el lugar que ocupa en el sistema del Tratado y el contexto jurídico en el que se integra.

57. En los asuntos acumulados D. y Suecia/Consejo, un funcionario de las Comunidades Europeas, de nacionalidad sueca, miembro de una pareja del mismo sexo, inscrita de conformidad con el derecho sueco, había solicitado la obtención de la asignación familiar, que la normativa profesional reserva a las personas casadas. D. alegó que términos como «cónyuge» o «funcionario casado» deben interpretarse mediante remisión al derecho nacional, y no de forma autónoma, por lo que la denegación constituía una discriminación por razón del sexo.

58. En trámite de casación, el Tribunal de Justicia consideró que la palabra «matrimonio», según la definición admitida en general por los Estados miembros, designa una unión entre dos personas de distinto sexo y que, si bien es cierto que, en un creciente número de casos, se establecen, junto al matrimonio, regímenes legales que reconocen diversas formas de unión entre personas del mismo o de distinto sexo, que confieren determinados efectos jurídicos idénticos o comparables a los del matrimonio, tanto entre sus miembros como respecto a terceros, tales regímenes son, en los Estados miembros que los prevén, distintos de los que regulan el matrimonio en sí. Como consecuencia, el juez comunitario no puede interpretar el Estatuto de los funcionarios de la Comunidad Europea de modo que se equiparen al matrimonio situaciones legales diferentes.<sup>52</sup>

52 — Sentencia D. y Suecia/Consejo, antes citada, apartados 35 a 37.

En cuanto a la pretendida discriminación por razón del sexo, el Tribunal de Justicia señaló, en primer lugar, que no se producía, desde el momento en que el hecho de que el solicitante fuera hombre o mujer era indiferente, y, por otro lado, que tampoco concurría desigualdad de trato por causa de orientación sexual, ya que tampoco el sexo del compañero constituye el requisito de concesión de la asignación familiar, sino la naturaleza jurídica de los vínculos que le unen al funcionario.<sup>53</sup> Esta afirmación parece significar que el juez comunitario no es competente para apreciar la compatibilidad con los derechos fundamentales de los requisitos para contraer matrimonio exigidos en el derecho interno. No obstante, a continuación, el Tribunal de Justicia examina las concepciones dominantes en el conjunto de la Comunidad, del que extrae que las legislaciones son dispares y, por lo general, no equiparan el matrimonio con las demás formas de unión legalmente reconocidas.<sup>54</sup>

59. Tampoco la sentencia D. y Suecia/ Consejo puede abonar las alegaciones de K.B. Como ocurría en el asunto Grant, el Tribunal de Justicia apreció que no había habido discriminación basada en el sexo.

60. Un interés más marginal para los presentes autos merece, en mi opinión, la

sentencia de 22 de junio de 2000, Eyüp,<sup>55</sup> en la que la demandante en el procedimiento principal cree ver el reconocimiento, por parte del juez comunitario, de la asimilación a una unión matrimonial de un vínculo estable entre personas no casadas.

En este caso, debía resolverse si la compañera *more uxorio*, extranjera, de un trabajador turco establecido legalmente en un Estado miembro debía considerarse como un «familiar» en el sentido del artículo 7, párrafo primero, de la Decisión n° 1/80 del Consejo de Asociación, de 19 de septiembre de 1980, relativa al desarrollo de la Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía. Los hechos en los que se basa la cuestión prejudicial son peculiares: en 1983, la Sra. Eyüp contrajo matrimonio con un trabajador turco que, desde 1975, formaba parte del mercado laboral legal austriaco; se divorciaron en 1985, pero volvieron a casarse en 1993. Durante ese intervalo siguió habiendo entre los antiguos cónyuges vida en común en Austria, de la que nacieron cuatro de los siete hijos de la pareja. Se trataba de determinar si ese periodo debía computarse a la hora de calcular los cinco años de residencia legal a los que la Decisión n° 1/80 supedita la posibilidad de los familiares de un trabajador turco de acceder al mercado laboral del país de acogida.

53 — *Ibidem*, apartados 46 y 47.

54 — *Ibidem*, apartados 49 y 50.

55 — Asunto C-65/98, Rec. p. I-4747 (en lo sucesivo, «sentencia Eyüp»).

El Tribunal de Justicia tomó en consideración el objetivo de reagrupación familiar efectiva que subyace en el artículo 7, párrafo primero, de la Decisión n° 1/80 y declaró que, «habida cuenta de los elementos fácticos especiales del asunto principal y, en particular, del hecho de que el periodo de convivencia extraconyugal del Sr. y la Sra. Eyüp tuvo lugar entre sus dos matrimonios», no había interrumpido su vida familiar en común, de modo que debía incluirse en su totalidad para calcular el tiempo de residencia legal.<sup>56</sup>

distintas de las previstas por la demandante en el procedimiento principal. Cabe resaltar, por un lado, la disposición que el Tribunal de Justicia muestra para interpretar conceptos del derecho de familia con arreglo al espíritu y a la finalidad de la norma que contiene la remisión y, por otro lado, la apreciación de las particularidades del caso concreto que conduce a adoptar soluciones equitativas (*ex aequo et bono*). Estos elementos, sin embargo, no han de revestir una importancia decisiva a la hora de responder a la Court of Appeal.

De los circunstanciados términos empleados por el Tribunal de Justicia se colige, con toda claridad, que no ha pretendido que, en derecho comunitario, un vínculo estable entre dos personas se equipare a un matrimonio. Añádase, además, que la Decisión n° 1/80 se refiere, de modo genérico, a los «familiares» del trabajador turco, noción de confines más elásticos que la de «viudo» o «viuda», utilizada en el régimen de pensión británico.

De cualquier manera, la sentencia Eyüp sí puede arrojar cierta luz en la presente cuestión prejudicial, aunque por razones

61. Del análisis jurisprudencial que precede se desprende, a mi modo de ver, que no puede deducirse de la Directiva sobre igualdad de remuneración ni del artículo 141 CE que deba atribuirse al compañero no casado de una trabajadora un beneficio, como es una pensión, reservado al cónyuge supérstite. La condición de transexual de esa persona no es, en principio, determinante, pues la misma solución se impondría frente a impedimentos matrimoniales distintos. Así, desde luego, frente a compañeros del mismo sexo, pero también, frente a personas que no hubiesen alcanzado la edad núbil, que no dispusieran de capacidad de obrar, que ya estuviesen casadas o que se encontraran ligadas entre sí por vínculos de consanguinidad. En ninguno de estos casos cabría reclamar, en su momento, una pensión de viudedad, sin que estos impedimentos constituyan manifestación alguna de una desigualdad de trato basada en el sexo.

56 — Sentencia Eyüp, apartado 36.

62. Este mismo análisis invita a preguntarse, como ya he anunciado, sobre el elemento nuclear del litigio material: la imposibilidad, para los transexuales del Reino Unido, de contraer matrimonio con personas de su mismo sexo biológico, con independencia de la transformación fisiológica operada en su anatomía. La representación de K.B. ha insistido en que no solicitaba ante el Tribunal de Justicia el reconocimiento de ese derecho. Sin embargo, además de que tal argumentación haya podido obedecer a una determinada estrategia procesal, habida cuenta de la situación jurídica prevalente en el momento de iniciar el procedimiento principal, el Tribunal de Justicia dispone de margen suficiente para la elección del enfoque interpretativo adecuado a la hora de proporcionar al órgano jurisdiccional remitente una respuesta de utilidad.

63. Otra vía posible de interpretación se abre ante el Tribunal de Justicia para abordar el presente problema. Se atisba en alguno de los argumentos presentados por los comparecientes.

Se podría suscitar la cuestión del carácter razonable de la elección de la relación matrimonial como vínculo del que depende la concesión, en su día, de una pensión de viudedad. Tal examen requeriría interrogarse sobre el objetivo perseguido por una pensión de esa naturaleza y, paralelamente, sobre la idoneidad de un mero contrato formal para representar una comunidad de solidaridad. O, al menos, sobre la posibilidad

de que relaciones de otra naturaleza merezcan similar protección. Este tipo de análisis, propio de una sociedad madura, en la que el fondo prima sobre las formas, se va haciendo camino en la práctica. Así, por un lado, se permite cuestionar la realidad del matrimonio, en el ámbito, por ejemplo, del derecho de la inmigración,<sup>57</sup> a la vez que, por motivos de equidad se asimilan al vínculo nupcial situaciones caracterizadas por una cohabitación verdadera, desprovistas de reconocimiento oficial.<sup>58</sup>

Tengo el convencimiento de que el derecho ha de seguir, en su evolución, esos derroteros, pero es quizás prematuro aplicarlos al caso de autos, sobre todo a la vista de la existencia de otras soluciones menos arriesgadas.

64. La cuestión planteada, una vez reformulada, versaría, pues, sobre la compatibilidad con el derecho comunitario de una normativa nacional que, al no admitir el matrimonio de los transexuales, les niega el acceso a una pensión de viudedad.

57 — Véase, al efecto, la Resolución del Consejo de 4 de diciembre de 1997 sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos (DO C 382, p. 1).

58 — Véase la sentencia Eytüp.

65. Para que la pretensión de fondo pueda encontrar una respuesta positiva debe cumplirse una doble condición, a saber:

- a) que la normativa nacional sea contraria al derecho comunitario; y
- b) que el Tribunal de Justicia sea competente para pronunciarse, es decir, que el litigio verse sobre una de las materias del Tratado.

66. Pues bien, no cabe duda de que la imposibilidad de los transexuales británicos para contraer matrimonio con arreglo a su nuevo sexo fisiológico es contraria a un principio general del derecho comunitario.

Es jurisprudencia inveterada del Tribunal de Justicia que, en materia de derechos fundamentales, el contenido de los principios generales del derecho comunitario ha de averiguarse a partir de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros,<sup>59</sup> a la luz de las indicaciones

obtenidas de los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos ratificados por los Estados miembros.<sup>60</sup> Además, a este respecto, el Convenio Europeo de Derechos Humanos reviste particular relevancia.<sup>61</sup>

67. De lo expuesto en los puntos a *supra* cabe deducir, en primer lugar, que el derecho de los transexuales a contraer matrimonio con personas de su mismo sexo biológico forma parte de los ordenamientos de la inmensa mayoría de los Estados miembros. En el momento actual, trece de los quince países de la Unión lo reconocen, ya sea mediante una disposición legislativa expresa o través de prácticas administrativas o judiciales. Esta circunstancia debe bastar, por sí misma, para que este derecho forme parte del patrimonio jurídico común, pues entender que la determinación de los principios generales depende de una perfecta coincidencia en el conjunto de los Estados miembros privaría a este método de indagación de toda utilidad.

68. En segundo lugar, desde las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 11 de julio de 2002,<sup>62</sup> tal derecho forma parte del contenido del artículo 12 del Convenio. Los jueces de Estrasburgo únicamente reconocen a la autoridad

59 — Véase la sentencia de 17 de diciembre de 1970, Internationale Handelsgesellschaft (11/70, Rec. p. 1125; selección española), apartado 4.

60 — Véase la sentencia de 14 de mayo de 1974, Nold/Comisión (4/73, Rec. p. 491; selección española), apartado 13.

61 — Véase la sentencia de 18 de junio de 1991, ERT (C-260/89, Rec. p. I-2925), apartado 41.

62 — Véase el punto 36 *supra*.

pública cierto margen en lo relativo a las condiciones que debe cumplir una reconversión sexual para ser efectiva, a las consecuencias que se deriven para los matrimonios celebrados con anterioridad y a la obligación de informar al otro contraente de dicha reconversión.<sup>63</sup>

69. Por consiguiente, a partir de los dos métodos que el Tribunal de Justicia utiliza para dotar de contenido a los principios generales del derecho comunitario se llega al mismo resultado: los transexuales disfrutan de un derecho fundamental a contraer matrimonio en condiciones que tengan en cuenta su sexo adquirido.

70. Pero esta comprobación no es suficiente. Como advierte el Gobierno británico, la mera incompatibilidad de una normativa interna con un derecho fundamental reconocido en el ámbito comunitario no puede ampliar este ámbito más allá de las competencias atribuidas por el Tratado.

71. Es preciso, pues, averiguar si dicha incompatibilidad incide en uno de los derechos amparados en textos jurídicos de la Comunidad, en este caso, en la prohi-

bición de discriminación por razón del sexo en cuanto a la retribución de los trabajadores.

72. Es manifiesto y pacífico que el derecho a percibir una pensión de viudedad, en las circunstancias del litigio principal, está cubierto por el artículo 141 CE y por la Directiva 75/117, en cuanto prestación vinculada a la retribución.<sup>64</sup>

73. Tampoco suscita serias dudas calificar la desigualdad de trato de la que son objeto los transexuales como discriminación sexual. Así se desprende de la sentencia P./S., según la cual, ese concepto no puede reducirse «a las discriminaciones que se derivan de la pertenencia a uno u otro sexo, sino que incluye aquellas que tienen lugar a consecuencia del cambio de sexo del interesado. Tales discriminaciones se basan esencialmente, si no exclusivamente, en el sexo del interesado».<sup>65</sup>

Esta postura refleja, además, que los problemas relativos a la transexualidad no se confunden con los propios de la orientación sexual.<sup>66</sup> Si la discriminación que padecen los transexuales no se considerara fundada en el sexo, se llegaría a la paradójica situación de que esta categoría de personas, particularmente vulnerables, carecería de una protección específica en el

64 — Véanse los puntos 23 a 24 y 40 *supra*.

65 — Sentencia P./S., citada en el punto 7 *supra*, apartados 20 y 21.

66 — Véase el punto 25 *supra*.

63 — Apartado 103 *in fine* de la sentencia Goodwin, citada en el punto *supra*.

ámbito comunitario. Recuérdesse que ni el artículo 13 CE ni el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea hacen mención expresa de los transexuales.<sup>67</sup>

74. El problema original que revelan los presentes autos, que los distingue de los enjuiciados en la sentencia P./S., es que *la discriminación litigiosa no afecta inmediatamente al disfrute de un derecho protegido por el Tratado, sino a uno de sus presupuestos*. Desde luego, la desigualdad de trato no incide en el reconocimiento de una pensión de viudedad; sólo en el de una condición previa necesaria: la capacidad para contraer matrimonio.

75. Esta diferencia no puede, por sí sola, conducir a una solución diferente de la adoptada entonces. El Tribunal de Justicia debe velar, tanto por que el ejercicio de los derechos protegidos por el Tratado quede libre de toda discriminación prohibida, como por que esos derechos no sean supeditados a requisitos contrarios al orden público europeo.

67 — Mientras el primero hace referencia a la «discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual», el segundo cubre supuestos de «discriminación por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual».

76. No se trata de construir un «derecho matrimonial europeo», sino de garantizar la plena eficacia del principio de no discriminación basada en el sexo. Piénsese, por ejemplo, en una normativa nacional hipotética que excluyera a las mujeres de la celebración de un negocio jurídico determinado o de la obtención de una cualificación de la que dependiese necesariamente la obtención de una retribución. Tal limitación, sin perjuicio de una justificación proporcionada apoyada en criterios objetivos, constituiría una discriminación directa contraria al artículo 141 CE.

Lo mismo ocurre en el presente caso: aunque la desigualdad de trato actúe de forma mediata, la discriminación conserva su naturaleza directa. Sólo cabría hablar de discriminación indirecta si se recurriese a criterios distintos del sexo, pero el impedimento matrimonial en causa tiene su raíz y su única explicación en el cambio de sexo del interesado, elemento cubierto por el artículo 141 CE, según la interpretación del Tribunal de Justicia recogida anteriormente.

77. Aparte de la igualdad en el ámbito laboral, se trata —como lo admite la sentencia P./S.— de una cuestión de respeto de la dignidad y de la libertad a que los transexuales tienen derecho. «La dignidad humana y el derecho fundamental al desarrollo libre de la personalidad hacen imperativa la adaptación de la condición personal del individuo al sexo al que pertenece de conformidad con su constitución psicoló-

gica y física [...] 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 no discriminación entre hombres y mujeres hasta que entre en vigor una normativa que les trate en pie de igualdad». <sup>68</sup>

78. Soy consciente de que una interpretación así conlleva ciertos problemas técnicos de aplicación. Hasta que el Reino Unido adopte las normas necesarias para posibilitar el matrimonio de los transexuales, el juez nacional —que es también juez comunitario— ha de garantizar, conforme al derecho interno, que la discriminación que soportan no tenga consecuencias para los derechos que derivan del Tratado. Las soluciones concebibles van desde una interpretación de los términos «hombre» y «mujer» que autorice el matrimonio de los transexuales, <sup>69</sup> a la creación *in puncto* de una ficción de matrimonio o al establecimiento de un vínculo distinto, menos rígido, que permita a los transexuales acceder a una pensión tras la muerte de la persona que habría sido su cónyuge de no haberlo prohibido una norma injusta.

68 — Auto del Bundesverfassungsgericht (Tribunal constitucional alemán) de 11 de octubre de 1978 (BVerfGE 49, p. 286).

69 — Aunque la House of Lords acabe de negarse a hacerlo, en la reciente sentencia referenciada en el punto 20 de estas conclusiones, dando primacía a las dificultades de aplicación concreta sobre la eficacia del derecho fundamental, lógica diametralmente opuesta a la del juez constitucional alemán.

79. Los transexuales padecen un sufrimiento obsesivo, al estar convencidos de ser víctimas de un error de la naturaleza. Muchos han optado por el suicidio. Al cabo de un largo y doloroso proceso, en el que a las aportaciones hormonales siguen delicadas operaciones quirúrgicas, la ciencia médica les ofrece un alivio parcial, aproximando al máximo posible sus características físicas externas a las del sexo al que sienten pertenecer. <sup>70</sup> Se me antoja aberrante que el derecho pueda escudarse en meros expedientes técnicos para denegar los plenos efectos a una asimilación tan penosamente conquistada.

80. Terminaré como lo hizo el abogado general Sr. Tesouro, en sus conclusiones relativas al asunto P./S., parafraseando las palabras del también abogado general Sr. Trabucchi, en unas conclusiones que datan de hace casi 30 años: 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 tanto respecto de la economía, como también de los pueblos, no podemos defraudar las expectativas que en nosotros se depositan. <sup>71</sup>

70 — Véase el voto separado del juez Sr. Martens que acompaña a la sentencia Cossey/Reino Unido, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, antes citada.

71 — Conclusiones de 10 de junio de 1975, Esposos F. (7/75, Rec. p. 679; selección española), punto 6.



## Conclusión

81. Procede, por lo tanto, responder a la cuestión planteada por la *Court of Appeal* declarando:

«La prohibición de discriminación basada en el sexo, consagrada en el artículo 141 CE, se opone a una normativa nacional que, al negar el derecho de los transexuales a contraer matrimonio de conformidad con su sexo adquirido, les priva de acceder a una pensión de viudedad.»