
EL DESPIDO DE UN TRANSEXUAL

Por el Académico de Número
Excmo. Sr. D. Manuel Alonso Olea*

«Una vez más se pide al Tribunal una interpretación de la Directiva del Consejo 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976 sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en cuanto al acceso al empleo, formación y promoción profesionales y condiciones de trabajo. La novedad, ciertamente no pequeña, está en que quien busca [en el caso] el amparo de la directiva es un transexual. Por ello... el Tribunal debe estudiar la transexualidad desde el punto de vista de la prohibición de discriminación por razón de sexo: ¿puede un transexual, si él o ella es despedido porque él o ella es transexual, en especial cuando él o ella se ha sometido a una reasignación de sexo, ampararse en la Directiva?»

(Ag. § 1)¹

El título que doy a esta disertación no es una ocurrencia mía; antes bien, forma parte del de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el Asunto C-13/94, de 30 de abril de 1996, título que dice así: *«Igualdad de trato entre hombres y mujeres. Despido de un transexual»*.

* Sesión del día 25 de febrero de 1997.

¹ Las abreviaturas de que se va a usar en la presente disertación con alguna frecuencia, son: AG, Abogado General (el § numerado que sigue a AG, es el de su informe en el caso); ST, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (el § numerado que sigue a ST, es el de la sentencia dictada en el caso); Dir., Directiva seguida de su número. En todo lo que sigue, salvo que otra cosa diga, las cursivas son siempre mías.

Hemos traducido de AG § 1 «reasignación de sexo», literalmente del inglés (idioma del caso), «*gender reassignment*». Del informe del AG, manejo el texto inglés. De la ST el texto español. En lo que toca a la frase a que nos estamos refiriendo, sin duda refleja el Tribunal su duda terminológica respecto de la traducción al español. Sería extremadamente interesante estudiar en este contexto las similitudes y diferencias entre sexo y género en nuestro idioma y sus equivalentes *sex* y *gender* en

Es el de la transexualidad problema cuya vertiente jurídica está apareciendo desde hace algún tiempo en contextos múltiples, a alguno de los cuales tendré ocasión de referirme, pero que dejo citados desde ahora.

Aparece en efecto, entre otros lugares:

1.^º En la Recomendación de 29 de septiembre de 1989 del Consejo de Europa sobre «*Condición de los transexuales*», pidiendo al Consejo de Ministros que requiera a los Estados miembros que legislen sobre ella.

2.^º En varias decisiones de la Comisión y sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, espaciadas entre los años 1972 y 1992. Señaladamente, en la sentencia del caso *Rees*, año 1986, a la que me volveré a referir.

3.^º En la legislación o en las decisiones judiciales de numerosos Estados miembros, que el Abogado General cita (AG § 10; notas 8 a 15).

4.^º En nuestro Código Penal vigente (LO 10/1995, de 23 de noviembre), cuyo artículo 156 dice: «*el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido, exime de responsabilidad penal... en los supuestos de... [entre otros]... cirugía transexual realizada por facultativo*». (El precepto procede de la modificación del Código Penal de 1973 —texto refundido aprobado por Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre— por LO 3/1989, de 21 de junio).

5.^º En, ya puede hablarse de numerosas, sentencias del Tribunal Supremo: me refiero a las de la Sala de lo Civil, de 7 de marzo de 1980 (Art. 1.111), 2 de julio de 1987 (Art. 5.045), 15 de julio de 1988 (Art. 5.722), 3 de marzo de 1989 (Art. 19) y 19 de abril de 1991 (Art. 2.725), y en los comentarios doctrinales sobre ellas².

6.^º En el decreto *sobre prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de la Salud* (Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, publicado en el BOE de 20 de febrero siguiente); al relacionar las «prestaciones que *no* son financiables

inglés, y los significados de ambos vocablos en ambos idiomas; no puedo hacerlo aquí, ni aquí me parece estrictamente necesario para la disertación.

² Citaré en adelante estas sentencias refiriéndome a la de 1980, 1987, 1988, 1989 y 1991, según sea el caso. Anticipo que no pretendo comentar estas sentencias, tan superlativamente interesantes como, aunque se pudieran aceptar sus fallos, de discutible fundamentación.

Haré referencia a ellas en puntos concretos de esta disertación.

con cargo a la Seguridad Social o fondos estatales destinados a la asistencia sanitaria», menciona expresamente (Anexo III.4), «la cirugía de cambio de sexo, salvo la reparadora en estados intersexuales patológicos»³.

7.^º Para concluir, en los estudios doctrinales ya existentes, que por cierto, nos dicen que, pocos relativamente los transexuales, las cifras crecen en cuanto se manejan los grandes números absolutos. «En Europa uno de cada 30.000 hombres y una de cada 100.000 mujeres buscan cambio de sexo quirúrgicamente»⁴.

Hay que convenir, pues, con el Abogado General: en el caso «el derecho se encuentra ante una realidad y está destinado a encontrarse con ella cada vez más. Esto es inevitable» (AG. § 9).

Esto mismo es lo que ha motivado la elección del tema de la disertación; esto y, de un lado, mi oficio de profesor de Derecho del Trabajo, porque es sobre un despido sobre lo que la sentencia decide; y de otro, que al existir una interpretación general de una directiva comunitaria a través, como también veremos, de la decisión prejudicial que vamos a comentar, aquélla pasa a formar cuerpo con la directiva interpretada, y cómo ésta, como Derecho comunitario, a ser vinculante para los jueces y tribunales españoles⁵.

* * *

³ Hago la indicación de que el Sistema Español de Salud no sufraga estos gastos porque el Servicio Nacional de Salud Británico sí los sufraga; así lo afirma sin contradicción el recurrente en el caso que estamos estudiando (AG § 5), y lo da como probado la sentencia en el caso *Rees* («...el Servicio Nacional de Sanidad corrió con los gastos de la asistencia médica, incluidas las operaciones» [§ 14]; «...el Reino Unido, por medio de su Servicio Nacional gratuito de Sanidad, ha costado los gastos de las intervenciones quirúrgicas y los demás tratamientos médicos a que se sometió el demandante» [§ 41]). La sentencia no concede relevancia especial a esto; mejor dicho, niega que la tenga (§ 47).

⁴ «Según datos dados por el interesado» (AG. § 9, nota 6).

En A. Miras y D. Malicier, *Chirurgie et Transsexualisme*, datos grosso modo iguales, 1 de 50.000 a 100.000 (11.^º Congreso Mundial de Derecho Médico, Sun City, Africa del Sur, 1996, «Actas», vol. 2, pág. 63).

En todos los casos judiciales españoles fueron hombres los que se sometieron a la reasignación quirúrgica de sexo.

⁵ Desde la sentencia en el caso *Brasserie*, de 5 de marzo de 1996, tal se tiene como doctrina firme del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sobre el caso citado R. Alonso García, *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho comunitario*, Madrid, 1997, cap. II; sobre la reiteración y firmeza de la doctrina doquiera en este mismo libro.

Comencemos aventurando una noción relativamente clara acerca de lo que la transexualidad es; lo que no resulta nada sencillo. En efecto:

— En el Diccionario de la Española, edición de 1992, *transexualidad* es la «cualidad o condición de transexual» y *transexual* «dícese de la persona que mediante tratamiento hormonal adquiere los caracteres sexuales del sexo opuesto».

— Para el Abogado General, siguiendo, parece, la recomendación citada del Consejo de Europa, «transexualidad es un síndrome caracterizado por una personalidad dual, una física y otra psicológica, junto con una convicción tan profunda de pertenecer al otro sexo, que la persona transexual está decidida a pedir la correspondiente “corrección” corporal» (AG. § 8).

— La sentencia que se va a comentar, a su vez tomando la definición de una de las del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (la ya citada sentencia *Rees*, de 17 de octubre de 1986) dice que «se entiende usualmente por «transexuales» aquellas personas que aún perteneciendo físicamente a un sexo, poseen el sentimiento de pertenecer al otro; intentan con frecuencia acceder a una identidad más coherente y menos equívoca a través de tratamientos médicos e intervenciones quirúrgicas destinados a adaptar sus características físicas a su psicología». Como complemento de la definición —prosigue la sentencia que se comenta con la cita de la de Estrasburgo— «los transexuales operados forman, por consiguiente un grupo bien determinado y definible» (ST 16; la cita es de *Rees* § 38).

Puede añadirse que en la propia sentencia *Rees* (§ 47) «el Tribunal comprende la gravedad de los problemas con que se tropiezan estas personas [los transexuales] y la angustia que sufren»; lo que le lleva a subrayar «la necesidad de medidas legales adecuadas [que] debe traducirse en un estudio constante, teniendo en cuenta especialmente el desarrollo científico y social»⁶; no obstante lo cual, dicho sea de paso, aunque con esta admonición, la decisión impugnada se deja incólume⁷.

⁶ Decidiendo también un caso británico, la sentencia *Rees* es una pieza judicial internacional importante. Dictada, en aplicación del *Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales* (Roma, 4-11-1950; ratificado por España en 26-9-1979; BOE 10-10-1979), por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, contiene un estudio profundo de la transexualidad en general y a efectos matrimoniales y de inscripción registral. Fue una sentencia polémica; ya la *opinión* de la mayoría de la Comisión fue acompañada por dos pareceres disidentes, y la propia sentencia por un voto particular de tres magistrados.

⁷ «En definitiva, se respeta el derecho del Estado afectado a mantener su propia normativa en la materia», reenviándole la cuestión, como bien dice el traductor y comentarista de la sentencia J.M.^a Tejera Victory.

— En la sentencia del Tribunal Supremo de 1897 (*considerando* 2.^o) —con expresiones que (*considerando* 3.^o)— son «hechos... que pertenecen al acervo cultural y que pueden aceptarse por la vía de reglas de experiencia... [los]... que caracterizan al transexual por el irresistible sentimiento de pertenencia al sexo contrario, rechazo del propio y deseo obsesivo de cambiar la morfología genital». En el voto particular, discrepante del de la mayoría que puso la sentencia (*considerando* 1.^o), se nos dice que el término transexual debe ser entendido como «expresivo de una incongruencia entre lo psíquico y lo orgánico y, en definitiva, en una determinación de su voluntad consistente en el cambio de sexo atribuido por la naturaleza por el que pretende agenciarse sobre la base, aparte de los efectos de la operación quirúrgica, de una invocada manera femenina de concebir su personalidad». Nos dice también el voto que «la diferencia del hombre respecto de la mujer radica fundamentalmente en el sexo... condición orgánica... que viene determinada específicamente por los genes», distintos los del hombre de los de la mujer. «El examen cromosomático del ser humano nos da la pauta de su individualidad social hombre o mujer»... En conclusión, «el sexo es cualidad inmanente del ser humano... [que] ... aún con componentes sico-somáticos tiene... un ingrediente de carácter físico-biológico».

— En el trabajo de Miras y Malicier citado, «la transexualidad se caracteriza por una confusión de la identidad individual. El paciente tiene la convicción de pertenecer al sexo biológico opuesto». «La ausencia de correlación perfecta entre su sexo biológico y su condición personal, lleva [al transexual] a un estado de malestar moral profundo, que puede conducirle al suicidio ...alternativa del cual es la desaparición de los atributos odiados de un sexo que él [el transexual] rehúsa»; de ahí que sea la suya —citando ahora nosotros la sentencia del Tribunal Supremo de 1989— una personalidad atormentada viviendo permanentemente en un estado de ansiedad».

— En el comentario de Angel Yagüez a la sentencia de 1987, la transexualidad «es un trastorno heterogéneo de identidad sexual, consistente en un sentimiento persistente de malestar e inadecuación respecto al propio sexo anatómico y el deseo también persistente de liberarse de los propios genitales y de vivir como miembro del otro sexo»⁸.

— En el comentario de J. Díez del Corral Rivas a la sentencia de 1980, el que llama «síndrome transexual»... se caracteriza esencialmente por el de-

⁸ R. de Angel Yagüez, *Comentario a la STS, Sala 1.ª de 2 de julio de 1987*, en «La Ley» (1987-4).

seo obsesivo de cambiar de sexo... En el individuo existe un conflicto dramático por la divergencia entre su sexo aparente, masculino o femenino, y el sentimiento profundo e inexplicable que tiene de su género femenino o masculino»⁹.

* * *

⁹ J. Díez del Corral Rivas, *La transexualidad y el estado civil. (En torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1980)*, en «Anuario de Derecho Civil», tomo XXXIV, fasc. III, 1981 (págs. 1077-1088). Muy interesante comentario este, tomando por base una sentencia irrelevante a los efectos que aquí nos importan, dado que el recurso de casación fue desestimado sin entrar en el fondo, por mor de un tecnicismo procesal: los dictámenes periciales —el del forense en el caso— no eran documentos ni actos auténticos para la casación civil por error de hecho; no lo eran conforme al antiguo artículo 1.692.7.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, menos lo son conforme al actual artículo 1.692. Si lo eran, y por consiguiente habría el Tribunal Supremo entrado en el fondo, en una casación social —como lo hubiera sido la del caso de la sentencia de Luxemburgo que se está comentando, un despido— conforme al artículo 167.5.º de la Ley de Procedimiento Laboral vigente al decidirse sobre el caso; y probablemente lo siguen siendo.

Así son las cosas procesales, creo, y así aquí las dejo.

Por cierto, en el comentario de Díez del Corral se llama la atención sobre que «en España, el DNI, a diferencia del pasaporte, menciona el sexo» de su titular, si no explícitamente, sí implícitamente a través expresiones «hijo de» o «hija de».

Por curiosidad simple he indagado esto en mis propios DNI y pasaportes y de esta entretenida indagación ha resultado lo siguiente:

- En el que yo creo que fue mi primer DNI, expedido en 1952, se menciona el sexo. En cambio, en el segundo, expedido en 1958, ni en el tercero, expedido en 1964, hay referencia al sexo.
- En el cuarto, expedido en 1981, no aparece la mención; pero en la relativa a «Grupo sanguíneo», quien expide el documento no dice nada respecto del grupo sanguíneo y escribe, en cambio, «Sexo V». En el quinto, expedido en 1986, aparecen las menciones relativas a «Grupo sanguíneo», que tampoco se rellena ahora, y al sexo, que sí se rellena, con una «V».
- En el último, expedido en 9 de octubre de 1996, aparece con claridad, e independiente, la mención «sexo». Por cierto que en este, sin duda por la edad del identificado —bien porque no se le den diez años más de vida, bien porque si se le dan no merezca ya la pena reidentificarle, bien por dejarle de una vez en paz, benévola interpretación que asumo— el D.N.I. se expide con «VAL[IDEZ] PERMANENTE».

Cuando se usan abreviaturas, como es frecuente, las menciones se rellenan con V o H, según el sexo masculino o femenino. La identificación indirecta de que habla Díez del Corral no existe, pues el dato sobre la filiación se pide siempre en masculino («hijo de...»).

Los pasaportes efectivamente no tenían mención relativa al sexo, hasta que se instauraron los expedidos por España como País miembro de la Comunidad Europea, en los cuales «sexo/sex/sexe» aparece explícitamente y se rellena «mujer» o «varón» sin abreviatura.

Por supuesto, sin entrar ni remotamente en consideraciones médicas, parece evidente que se están manejando en las definiciones que se acaban de listar, tres tipos, mejor grados, de transexualidad:

1.º La pura y simple, aunque realmente es la verdadera u originaria transexualidad, consistente en el sentimiento de pertenecer a sexo distinto del inmutable cromosómico que se tiene¹⁰.

2.º La anterior, acompañada a la decisión de someterse a los tratamientos médicos y/o quirúrgicos conducentes a la «reasignación» de sexo¹¹, esto es a la alteración de sus caracteres fenotípicos, incluidos los genitales.

3.º Las dos anteriores, tras el sometimiento a los tratamientos citados, especialmente a los quirúrgicos. Es de ellos, de los «transexuales operados», de los que dice el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se recordará, que «forman... un grupo bien determinado y definible»¹².

* * *

Lo que tan resumidamente dejó expuesto me ha parecido necesario para el estudio y comentario de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 30 de abril de 1996, que de una vez comienzo.

* * *

En la inscripción del nacimiento en el Registro Civil desde luego ha de constar el sexo de nacido, según el que figure en el *Cuestionario para la declaración de nacimiento en el Registro civil* [Sexo (2) (2) varón mujer-], a su vez congruente con el que figure en el *Parte del facultativo que asistió al nacimiento* [-CERTIFICO el nacimiento de un ... (varón o hembra)...].

Cuestionario y parte han visto sus «modelos oficiales» modificados por O.M. Justicia de 15 de noviembre de 1996, mirando la modificación «a establecer rápidamente su [del niño] identidad», conforme al artículo 8.º del *Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño* de 20-11-1989, ratificado por España en 30-11-1990 (BOE de 31-12-1990).

¹⁰ Sobre esto, por lo demás hasta hoy científicamente incontrovertible, insisten las sentencias del Tribunal Supremo: «...por razón de unas características que, como las cromosómicas, son inmutables» (sentencia de 1989); «...en cuanto respecto... del punto de vista biológico... no puede haber cambio de sexo, ya que continúan inmutables los cromosomas [en el caso] masculinos» (sentencia de 1991).

¹¹ Completo la información de la nota 1 para decir que la expresión «reasignación de sexo» se utilizó ya en 1987 por R. dr. Angel Yagüez en su *Comentario...*, cit., pág. 170.

¹² En las tres sentencias 1988, 1989 y 1991, los casos fueron de este grupo, esto es, de transexuales que se habían sometido a operaciones quirúrgicas de reasignación.

Los hechos son los siguientes (AG §§ 5-6; ST §§ 3-4):

La parte demandante (P.) —repárase en que la sentencia al usar la denominación procesal («la parte») se ahorra asignar ella un sexo¹³— era administradora de un establecimiento docente en el que prestaba sus servicios desde abril de 1991. Un año después de su contratación, en abril de 1992, comunicó a sus superiores «su intención de someterse a una operación de cambio de sexo, [lo que] comenzó por un período de prueba [de modo de] vida (*life test*) durante el cual P. se vistió y comportó como una mujer». A este período sucedieron una serie de operaciones quirúrgicas de carácter menor... [seguidas de]... la operación definitiva, todas ellas «destinadas a proporcionar a P. los atributos físicos de una mujer».

Tras de haberse sometido a estas operaciones quirúrgicas menores durante el verano de 1992, en septiembre de ese año recibió de su empleador un preaviso de despido que había de surtir sus efectos el 31 de diciembre siguiente. La operación definitiva tuvo lugar después del preaviso, pero antes de que expirara el tiempo de éste, antes pues de la consumación jurídica del despido.

Aunque el empleador alegó que el despido había sido debido a la amortización del puesto de trabajo de P. —y aunque efectivamente era cierta la necesidad de tal amortización— «la auténtica razón del despido fue la intención de P. de someterse a una operación de cambio de sexo». Esto se da como hecho probado, del que por tanto hubo que partir y se partió.

P. recurrió ante el Tribunal Industrial [británico] —un *Tribunal* que no una *Court*, esto es, un órgano administrativo, no judicial— alegando que «había sido víctima de una discriminación por razón de sexo».

Es el Tribunal Industrial quien plantea la cuestión pre-judicial al amparo del artículo 177 del Tratado de la Comunidad Europea¹⁴ en relación con la Directiva 76/207/CEE, en los términos siguientes (AG § 7; ST § 10):

¹³ No así el informe del Abogado General, que nos dice: «Me referiré a esta persona, identificada como P. ..., como a una mujer; subrayando que hago esto sin tomar en consideración ni su sexo originario (varón) en su certificado de nacimiento, ni el resultante de su cambio físico de sexo como resultado final de la operación quirúrgica» (AG § 4).

¹⁴ No entro aquí en el tema procesal comunitario de las «cuestiones prejudiciales» a que se refiere el artículo 177 del Tratado de Roma. Remito a lo que brevemente dejé indicado al comentar la sentencia también dictada al amparo del mismo por el

«1) Vista la finalidad de la Directiva 76/207 que, según su artículo 1.º, es la aplicación del principio de igualdad de trato para hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, etc... ¿infringe la Directiva el despido de un transexual a causa de un cambio de sexo (“gender reassignment“)?

2) ¿Prohíbe el artículo 3.º de la directiva, que se refiere a la discriminación por razón de sexo, tratar a un empleado en función de su transexualidad?»¹⁵.

Obligado es citar las normas de la Directiva 76/207 cuya interpretación se pide y sobre las que van a girar los fundamentos de la sentencia que se está comentando.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas —competente para resolverlas— de 14 de junio de 1994 en *Despido de la mujer embarazada: versión comunitaria*, comunicación discutida en el Pleno de Académicos de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de 22 de mayo de 1995 y publicada en el núm. 25 de sus «Anales». Y también como ésta en un caso de despido.

Ampliamente el tema en R. Alonso García, *Derecho Comunitario*, Madrid, 1994, págs. 325-351; y una exposición escueta y acertada del mismo contemplada desde el ordenamiento español, en el *considerando* 2.º de la sentencia del Tribunal Constitucional 201/1996, de 9 de diciembre.

¹⁵ El Tribunal Industrial —nos dice AG § 3— hizo constar que la *Sex Discrimination Act* británica, no contiene ningún precepto que refiera a los transexuales, ni siquiera a aquéllos que se han sometido a una operación de reasignación de sexo; en el Reino Unido, toda persona retiene el sexo masculino o femenino que él o ella tenía al nacer. Es imposible por lo tanto, alterar en el Registro de Nacimientos, Matrimonios y Fallecimientos, el sexo que originariamente se ha atribuido a una persona». Los llamados en la terminología británica «Tribunales», como el «Industrial» que formula la cuestión, no forman parte de la organización judicial, no son *courts*, ni sus miembros *Judges*; las decisiones de aquéllos son recurribles ante estos. La traducción del inglés al español, o del español al inglés tribunal-tribunal, es un error craso; algo así como traducir acto o acta por *act*, o ley por *law*.

Con todo lo *Industrial Tribunals*, creados en 1963-65 han adquirido una gran importancia, precisamente a partir de la *Sex Discrimination Act* de 1965 (I.N. Stevens, *Constitutional and Administrative Law*, Plymouth. 1984, pág. 280).

Sobre los *Tribunals* en general, breve y reciente, la 3.ª ed., Oxford, 1996, de P. Cane, *An Introduction to Administrative Law*, cap. 19.º; sobre las *Courts*, con suficiente detalle, también reciente, L. Jason-Lloyd, *The English Legal System*, Londres, 1997.

Por cierto que Jason-Lloyd al relacionar los Tribunales (*courts*) ingleses, menciona entre ellos el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas explicando que «como consecuencia de la creciente integración de la Unión Europea, el Tribunal esta siendo cada vez más una parte integrante de nuestro sistema judicial». (pág. 43). Lo que es muy cierto si se atiende a la frecuencia con la que los Tribunales británicos, Cámara de los Lores incluida, plantean cuestiones prejudiciales ante el Tribunal Europeo; tema al que me referí en *Despido de la mujer embarazada: versión comunitaria*, en «Anales de la R.A.J.L.», núm. 25, 1995.

La Directiva 76/207 del Consejo [de las Comunidades Europeas] 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 ...trabajo», en lo que de momento aquí importa, dice así:

Artículo 1.º.1:

«La presente Directiva contempla 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...»

Artículo 2.º.1:

«El principio de igualdad de trato... supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, directa o indirecta...».

Artículo 5.º.1:

«La aplicación del principio de igualdad de trato en lo que se refiere a las condiciones trabajo comprende [las condiciones de] el despido [e] implica que se garantiza a hombres y mujeres las mismas condiciones sin discriminación por razón de sexo».

* * *

Respecto de estas normas, dice bien el Abogado General que «aunque es desde luego cierto que la Directiva prohíbe cualquier discriminación por razón de sexo, igualmente es indiscutible que la redacción del principio de igual trato que establece, *refiere a la dicotomía tradicional hombre/mujer*» (AG § 16); y que la Directiva, datada en 1976, «tuvo en cuenta lo que puede ser descrito como realidad “normal”. Es lógico que *no tomara expresamente en consideración, una cuestión y una realidad que sólo comenzaban a “descubrirse” en aquel tiempo*» (AG. § 23).

Repárase además que, todo su profundo fondo no obstante, el caso lo es estrictamente de ruptura de un contrato de trabajo, de un despido, que se reputa injustificado por discriminatorio. Quiero decir que, el problema de la transexualidad tiene otras muchas y más importantes vertientes que ésta socioeconómica de si puede ser despedido un transexual por ser tal. Si se me permite el anacronismo de la comparación, ocurre algo parecido a lo que caracteriza los estudios sobre la esclavitud, en los cuales el hecho de trabajar forzosamente para otro, es una circunstancia menor que otras muchas relativas a la libertad y a la personalidad, mejor dicho, a la falta de ambas del esclavo y de la esclava.

* * *

La sentencia, brevísima en sus fundamentos de derecho, dedica los dos primeros (ST §§ 15 y 16) a la cita del caso *Rees*, a propósito de que «los transexuales operados... son un grupo bien determinado y definible», con lo que rechaza el argumento del Gobierno del Reino Unido, que se había opuesto a la demanda, alegando «que P. habría sido igualmente despedido si anteriormente hubiera sido una mujer y se hubiera sometido a una operación quirúrgica a fin de convertirse en hombre», siendo el seguro sentido de esta alegación que puesto que en el supuesto contrario se hubiera hecho lo mismo que en el caso, no se da en éste la discriminación por razón de sexo —varón o mujer— que la Directiva prohíbe, superferolítico argumento muy propio de un *barrister* británico.

Pasa después la sentencia a decirnos, tras la cita de los artículos y apartados de la Directiva 76/207 que han quedado transcritos (ST § 17), que ésta, «no es sino la expresión... del principio de igualdad, que es uno de los fundamentales del derecho comunitario» (ST § 18), conforme al cual, «como ha declarado el Tribunal de Justicia [en sentencias reiteradas] el derecho a no ser discriminado por razón de sexo, constituye uno de los derechos humanos fundamentales, cuyo respeto [el Tribunal] debe garantizar» (ST § 19).

Tras todo lo cual y tan importante como *non sequitur*, eje apodíctico de la decisión, salvo la referencia genérica a la igualdad de ST § 18, lo siguiente en ST § 20:

Por consiguiente, el ámbito de aplicación de la Directiva no puede reducirse únicamente a las discriminaciones que se derivan de la pertenencia a uno u otro sexo. En atención a su objeto a los derechos que pretenden proteger, la Directiva debe aplicarse igualmente a las discriminaciones que tienen lugar, como en el presente caso, a consecuencia del cambio de sexo del interesado.

Si parara aquí la sentencia carecería de fundamento claro, es decir, de un claro encaje de los hechos con el derecho. Por eso, inmediatamente ST § 20 va seguido por una módica explicación en ST § 21: «tales discriminaciones [las discriminaciones de que la sentencia acaba de hablar, las que tienen lugar a consecuencia del cambio de sexo del interesado] *se basan* [también *esencialmente, si no exclusivamente, en el sexo del interesado*. Si esto es así —pero reposando ya sobre la interpretación extensiva del texto de la Directiva que se aplica— es en efecto mantenible que, «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 a las que se consideraba que pertenecía antes de la citada operación», resultando así violado el principio de igualdad.

Con y tras lo cual puede seguir manteniéndose la sentencia en el plano general de la igualdad (ST § 18) y aún ascender a un nuevo y más elevado plano, porque.

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

Aunque brevísimo y ya llegando la sentencia a las postrimerías de su argumentación (ST § 22) este razonamiento no lo es a mayor abundamiento; no ya porque será impropio jugar *obiter* con derechos fundamentales en la evidente inteligencia del Tribunal superiores al de igualdad, sino porque sin él carecería la sentencia del poder de convicción del que precisa. A la postre, lo que el Tribunal nos dice oscuramente es que lo esencial es tratar a la persona como persona¹⁶, derecho supremo, esté o no expresamente declarado¹⁷.

Con todo, el razonamiento concluye y en el último considerando (STS 24) el fallo reposa exclusivamente sobre el principio de igualdad, «de igualdad de trato entre hombres y mujeres, en lo que se refiere... a las condiciones trabajo», único que la Directiva de cuya interpretación se trata lo consiente: «el apartado 1.º del artículo 5.º es contrario al despido de un transexual por un motivo relacionado con su cambio de sexo» (ST § 24; fallo).

* * *

ST § 23 hace una importante salvedad, a saber, dejaría el despido de ser discriminatorio y por consiguiente no sería contrario al artículo 5.º.1 de la Directiva, «si... pudiera justificarse al amparo del apartado 2, del artículo 2.º» [de la propia Directiva].

Dice así el artículo 2.º.2 de la Directiva 76/207:

¹⁶ De alguna forma el argumento es que no ya se debe rechazar el tratamiento arbitrario que deriva de la violación del principio de igualdad, sino impedir «que se sea tratado como no debe ser tratado un ser humano» (T.H. Hill, Jr., *The Message of Affirmative Action*, en S. M. Chan, ed., «The Affirmative Action Debate», Nueva York, 1996, pág. 175; del original las cursivas).

¹⁷ No entro aquí en el tema de los derechos fundamentales en el Derecho Comunitario, ni por tanto, en la discusión hoy en torno al artículo F.2 del Tratado de la Unión.

Artículo 2.º.2:

«La presente directiva no obstará a la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación las actividades profesionales y, en su caso, la formación que a ellas conduzca, para las cuales el sexo constituye una condición determinante en relación de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio».

Conforme a este precepto, pues, no hay discriminación si no se emplea a mujeres para un trabajo que es característico o, más que éste, a lo que pudiera objetarse que tiene una cierta connotación tradicional, si no se emplea a mujeres para un trabajo que «por su naturaleza o... su ejercicio» pide precisamente in trabajador varón.

O viceversa.

Lo que ocurre es que estos trabajos por su naturaleza masculinos o femeninos, apenas puede decirse que existan hoy, al borrarse de los ordenamientos jurídicos las que en el español —Estatuto de los Trabajadores artículo 17.1— se denominan «discriminaciones *favorables* [antes protectoras] o adversas en el empleo... por circunstancias de sexo», regla que básicamente refiere al sexo femenino, históricamente discriminado¹⁸, pero que en su generalidad es extensible a ambos sexos.

Quizá el único o uno de los muy pocos trabajos que por «las condiciones de su ejercicio» excluye a las mujeres es el de interior en las minas y aún con todo, una extremadamente desafortunada sentencia del Tribunal Constitucional¹⁹ y una no menos desafortunada denuncia por nuestro país del artículo 8.º4. b) de la Carta Social Europea de 1961, que España había ratificado en 1980²⁰,

¹⁸ Alguna referencia habría de hacerse aquí a las sentencias del Tribunal Constitucional que hemos agrupado bajo las rúbricas «Varón discriminado» y «Viudo discriminado» para significar que se pretendió aplicar el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución extendiendo a los hombres normas protectoras de la mujer.

Remitimos al respecto a las sentencias reseñadas en las entradas «Viudedad... discriminación por razón de sexo» y «Discriminación... discriminación del varón... viudo discriminado», en los índices refundidos, tomos I a X, de M. Alonso Olea *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Madrid, Civitas, 1994.

¹⁹ Sentencia 229/1992, de 14 de diciembre, comentada en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social* (tomo X, ref. 684).

²⁰ Al respecto, Alonso Olea-Casas Baamonde, *Derecho del Trabajo*, 15.ª ed., Madrid, 1997, págs. 115-118, en especial, notas 4 y 5.

declararon que discriminaba contra la mujer prohibir para ellas este tipo de trabajo; apartándose en esto del Derecho comparado más próximo. Y aún más lejano; digo esto último porque recibí de mi colega la Prof.^a Zhen Ai-Ging de la Universidad de Pekín (hoy Beijing) la Ley de Contrato de Trabajo china, que entró en vigor en 1 de enero de 1995 (Orden del Presidente de la República Popular de China n.º 28. Ley de Trabajo de la República Popular de China aprobada en la 8.ª Reunión del Comité Permanente del 8.º. Congreso Nacional del Pueblo de la República de China el 5 de julio de 1994... que entrará en vigor el 1 de enero de 1995); una ley breve, lo que no obsta para que dedique uno de sus artículos, el 59, para prohibir expresamente el trabajo de las mujeres en el interior de las minas²¹.

La digresión esta aparte, son hoy extremadamente anómalos los trabajos exclusivamente masculinos o femeninos²².

Situemos al transexual en el contexto del transcrito artículo 22 de la Directiva.

Para su caso, la conclusión sería que en principio son discriminatorias las decisiones —el despido en el caso de la sentencia que se comenta— que se basen en la «reasignación de sexo». Es decir, que es discriminatoria una decisión que, por la sola circunstancia de la reasignación, perjudique o empeore la situación de quien teniendo las características externas propias del hombre, pasa a tener las de la mujer, o viceversa.

Si nos fijamos de nuevo en la reserva contenida en el § 2 de la sentencia, lo que en ella se nos dice, precisamente para el caso de la transexualidad, que está juzgando, es que en la «reasignación de sexo» puede haber «condición determinante en relación de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio que hagan no discriminatorio lo que en principio lo es».

Pero el propio ST § 23 nos instruye que en el caso «ningún elemento de los autos permite suponer que ello suceda». Lo que si no exactamente es un hecho probado positivamente, si es en el caso un hecho admitido, en el sentido de no haber habido alegación en contrario.

²¹ Manejo la edición inglesa que me envió la Prof.^a Zhen Ai-ging. El texto, en un inglés peculiar, dice:

•It is prohibited to arrange female workers to engage in work down the pit of mines.

²² Para una demostración pugnaz de esto S. Hook, *Reverse Discrimination, en Affirmative Action...*, cit., págs. 145-152.

Repárese que la cuestión tal y como la planteó el Tribunal Industrial, no se refería para nada al tipo de trabajo que se estaba realizando, sino que en él se habló genéricamente del «despido de un transexual por motivo relacionado con la reasignación de sexo (AG § 10; ST § 7). Con estas premisas, hay que entender que efectivamente el transexual ha sido discriminado *qua* transexual, en virtud de su apariencia sexual, mudada por la «reasignación».

Por lo que hay que preguntarse entonces es a qué viene la reserva de ST § 23. Se puede aventurar que siendo la «parte demandante... Administradora de un centro docente», tenida por y vestida como hombre, que después debe aparecer con atributos de mujer y vestida con mujer, esto puede causar un impacto en la población estudiantil.

Pero si al Tribunal no le consta que este impacto existiera —«ningún elemento de los autos permite suponer[lo]» (ST § 23) menos le puede constar al intérprete.

Habría de indagarse en qué consistía exactamente el cargo de «administrador/a» (*manager* en la versión inglesa de AG § 5); si tenía relación directa con los estudiantes, y si las había tenido ya en el caso; y características, tales como la composición, o las edades del censo estudiantil del «centro docente» que se administraba y si se daban y a quienes, clases «de aula».

* * *

Volvamos al comienzo y convengamos de nuevo con el Abogado General (AG 9) en las muchas dificultades del caso, no obstante las cuales su realidad hace inevitable enfrentarse con ellas; solo que añadiendo ahora que las dificultades son más aún de las enfrentó la sentencia; y repárese, decíamos, que las dificultades sobre las que se decide, y estas más entrevistas, con ser muchas, no son las mayores de entre las que la transexualidad plantea, especialmente la de los del «grupo bien determinado y definible» formado por quienes se han sometido a la operación quirúrgica de «reasignación».

Las dificultades mayores dicen por supuesto, de su vida futura personal y familiar, tan distinta según el sexo que se asigne en virtud de la «reasignación» y precisamente por formar el grupo definible y determinado de los transexuales que, digamos socialmente, ya que no biológicamente, en su definición misma se apartan de la dicotomía tradicional varón-mujer. De ahí que los precedentes, señaladamente en nuestro país el significado por la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1987, se centren sobre la modificación en la inscripción

registral del nacimiento, con su asignación pública y formal de sexo de la cual se quieren hacer derivar efectos sustanciales para aquél a quien se reasigna.

Pero todo ello exigiría un estudio en el que esta disertación deliberadamente no entra y ello no porque «la argumentación exigiría un esfuerzo mayor del que merece su objeto» (Platón, *Timeo*, 38e), sino precisamente por lo contrario, dadas las limitaciones de tiempo y, sobre todo, de las del disertante, por mucho que haya querido ilustrarse para eliminar algunas.

Con todo, en vista de esta ilustración, cabría añadir lo que sigue:

Sin pretensiones, ni siquiera al expresarlo, el sexo depende o está en los cromosomas (XX, mujer; XY varón). Aún en el supuesto extremo de la anomalía conocida como «síndrome de Morris» —del varón que no tiene receptores celulares de hormonas masculinas y cuyos caracteres sexuales, por ello, son femeninos desde su infancia— nos hallamos ante un varón, cromosómicamente XY²³. El fenotipo femenino enmascara, por así decirlo, el genotipo masculino; y más que lo enmascara, porque quien padece el síndrome no puede tener hijos como varón ni como mujer.

Enlaza esto también con pasajes importantes de la tan citada sentencia *Rees* que, interpretando el artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (celebrado en Roma en 1950 por el Consejo de Europa, cuyos Estados signatarios eran miembros del mismo; ratificado por España el 26 de septiembre de 1979 [BOE 10-10-1979]), según el cual:

«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 ese derecho».

Interpretando este artículo, digo, la sentencia *Rees* decidió que (§ 49):

«El artículo 12, al garantizar el tradicional derecho de casarse, *se refiere al matrimonio tradicional entre dos personas de distinto sexo biológico*».

²³ En algún comentario de la sentencia que nos ocupa (L. Flynn, en «Common Market Law Rev.», vol. 34, núm. 2, 1997), sin que se aprecie claro si es parecer del comentarista o alegación del recurrente, se dice (pág. 368) que «aun siendo los cromosomas y gónadas [de P] los de un varón..., había nacido con un *Gender Identity Disorder* (“desorden de identidad sexual”, traducimos)... como resultado del cual tenía un cerebro hormonalmente feminizado»; si esto es posible y cierto, añade un dato fisiológico, digamos, a la transexualidad.

Decisión unánime del Tribunal en este respecto, y concordante tanto con sus precedentes²⁴ como con la opinión unánime en el caso de la Comisión que, se nos dice en la sentencia (§ 53):

«Llegó por unanimidad a la conclusión de que no se violó el precepto invocado»,

Esto es, no se violó el artículo 12 citado del Convenio por la decisión británica, de la que en definitiva se desprendía la prohibición de su matrimonio como hombre (que fue el «sexo reasignado» en el caso) porque, se concluye en un voto particular concurrente, «... un Estado... puede excluir del matrimonio a las personas cuyas características sexuales implican una incapacidad física para procrear, *bien absoluta (caso del transexual), bien relativa* en relación al sexo del otro contrayente (individuos del mismo sexo)», en cuanto se oponen «a la naturaleza del matrimonio y a su fin social» (§ 55. *in fine*; mías las cursivas).

Conclusión a la que también ha llegado el Tribunal Supremo: «los eventuales matrimonios del individuo sujeto al cambio [de sexo] serán nulos»; «... en la actualidad y por virtud de lo dispuesto en el artículo 73.4.º del Código civil, tales matrimonios serían nulos»; «...tales matrimonios serían nulos por inexistentes, como se deduce de los artículos 44 y 73.4.º del Código Civil y 32.1 de la Constitución»²⁵.

En definitiva, pues, como se reseña, por un autor, aunque discrepando de la conclusión²⁶, «... el sexo biológico... [esto es, el cromosómico]... es el decisivo desde el punto de vista del derecho a contraer matrimonio».

* * *

²⁴ *Cossy versus United Kingdom*, conforme a la cual, así mismo, el derecho al matrimonio garantizado por el artículo 12, «se refiere al matrimonio tradicional entre dos personas de sexo biológico opuesto» (no he consultado esta sentencia; tomo la cita que aparece, con la autoridad de R. Navarro-Valls, en *El Derecho ante las uniones homosexuales*, «Aceprensa», 153/96).

²⁵ Respectivamente, de las sentencias de 3 marzo 1989, *considerando* 3.º; 15 de julio de 1988, *considerando* 11.º; 19 de abril de 1991, *considerando* 3.º: La interpretación, pues, no ya razonable sino única posible, del art. 32.1 de la constitución («el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio») y del artículo 44 del Código civil, del mismo literal tenor, es que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio *entre sí y solo entre sí*.

Es de destacar que en las tres sentencias la reserva en cuanto al matrimonio se hace pese a que en ellas, como en la de 1987, se autoriza el cambio resultante de la reasignación de sexo en la inscripción del nacimiento en el Registro Civil.

²⁶ J.M. Espinar Vicente: *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Madrid, 1996, pág. 28.

Pero una cosa es que no se pueda casar el transexual con persona de su mismo sexo biológico, pese a la «reassignación» de sexo contrario, y otra cosa distinta es que se pueda despedir al transexual que tiene un sexo «reassignado» distinto del biológico. Con lo que *Rees*, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y *P. versus S. y Cornwall County Council*, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, no se oponen y aún entre sí son congruentes. De ahí que la segunda, la comentada, ya que no enteramente reposar, si pueda ampliamente descansar sobre la primera, como lo hace.