

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. F.G. JACOBS

presentadas el 15 de diciembre de 2005¹

1. Las personas transexuales, en palabras de la House of Lords, el tribunal supremo del Reino Unido, «nacieron con la anatomía de una persona de un sexo pero con la creencia o sentimiento inquebrantable de que son del sexo opuesto». ² La convicción de pertenecer al otro sexo es tan profunda que la persona transexual se ve impulsada a solicitar la realización de la correspondiente «corrección» corporal, ³ mediante tratamiento hormonal y cirugía de cambio de género. ⁴ Esta condición se conoce también como disforia de género o trastorno de identidad de género.

2. Después de que Jan (anteriormente James) Morris, el periodista y escritor de viajes anglogalés, hubiera sufrido una operación quirúrgica de cambio de género en 1972 para concluir la adaptación de su apariencia

a la de la mujer que siempre había sentido ser, ⁵ cuenta cómo «un cortés funcionario del Ministerio [...] explicó, excusándose, que la cuestión de mi pensión de jubilación tendría que resolverse cuando se acercara ese momento». ⁶ Más de treinta años después, el Reino Unido promulgó la Gender Recognition Act 2004 (Ley de reconocimiento de género) que regula la situación civil de las personas transexuales en materia de pensiones, entre otras cuestiones. ⁷ La Ley entró en vigor el 4 de abril de 2005 y no es retroactiva.

3. La presente petición de decisión prejudicial del Social Security Commissioner, Londres, planteada antes de que entrara en vigor la Gender Recognition Act 2004, suscita la cuestión de si es contrario a la Directiva 79/7/CEE ⁸ que un Estado miembro deniegue la concesión de una pensión de jubilación antes de la edad de 65 años a un transexual femenino que habría tenido derecho a dicha pensión a la edad de 60 años si

1 — Lengua original: inglés.

2 — Bellinger/Bellinger [2003] 2 AC 467, por Lord Nicholls of Birkenhead.

3 — Recomendación 1117 del Consejo de Europa, de 29 de septiembre de 1989, relativa a la condición de los transexuales.

4 — La terminología utilizada pretende diferenciar entre el sexo, determinado por los aspectos físicos del cuerpo, y el género, en particular el otro sexo al que las personas transexuales están convencidas de pertenecer. Las expresiones «operación de cambio de género» y el concepto del «género» adquirido en virtud de dicha operación son pues quizás denominaciones poco apropiadas, pero dado que esas expresiones parecen utilizarse de modo general seguirá esta pauta.

5 — Después de ocho años de tratamiento hormonal, que supone una cantidad estimada de como mínimo 12.000 píldoras de estrógenos (Morris, J.: *Conundrum*, Coronet, 1974, p. 102).

6 — *Conundrum*, p. 149.

7 — Véanse los puntos 15 y 16 *infra*.

8 — Directiva del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social (DO 1979, L 6, p. 24; EE 05/02, p. 174).

hubiera sido considerado una mujer en virtud del Derecho nacional.

7. El artículo 4, apartado 1, dispone:

«El principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, [...] particularmente en lo relativo a:

Legislación comunitaria pertinente

4. El artículo 1 de la Directiva 79/7 dispone: [...]

«La presente Directiva contempla la aplicación progresiva, dentro del ámbito de la seguridad social y otros elementos de protección social previstos en el artículo 3, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, denominado en lo sucesivo, “principio de igualdad de trato”.»

— el cálculo de las prestaciones, [incluidas] las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones.»

8. El artículo 7, apartado 1, prevé:

5. El artículo 2 establece que la Directiva se aplicará a la población activa.

«La presente Directiva no obstará la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación:

6. El artículo 3, apartado 1, letra a), prevé que la Directiva se aplicará a los regímenes legales que aseguren una protección contra la vejez, entre otros riesgos.

a) la fijación de la edad de jubilación para la concesión de las pensiones de vejez y de jubilación [...].»

Legislación nacional pertinente antes del asunto Goodwin al sexo biológico en el momento del nacimiento.

9. En Inglaterra y Gales, el artículo 1 de la Births and Deaths Registration Act 1953 (Ley de registro de nacimientos y fallecimientos) exige que se inscriba el nacimiento de todos los niños en el Registro de Nacimientos y Fallecimientos correspondiente al área en que han nacido. El sexo del niño debe hacerse constar en el certificado de nacimiento. La Ley de 1953 prevé la rectificación por el Registrador de los errores de hecho o materiales; la posición oficial es que la modificación sólo puede realizarse si el error se produjo al inscribir el nacimiento. El hecho de que, posteriormente en la vida de la persona, se ponga de manifiesto que su sexo «psicológico» se encuentra en conflicto con el sexo inscrito no se considera que supone que la inscripción inicial practicada en el momento del nacimiento sea un error de hecho. En particular, no se acepta que exista un error en la inscripción de nacimiento de una persona que es sometida a tratamiento médico y quirúrgico para permitirle que asuma el papel del sexo opuesto.

10. El Department for Work and Pensions [Departamento de Trabajo y Pensiones, anteriormente Department of Social Security (Departamento de Seguridad Social; en lo sucesivo, «DWP»)] inscribe a todos los nacionales del Reino Unido a efectos de seguridad social sobre la base de la información contenida en su certificado de nacimiento. El sexo de una persona a efectos de edad de jubilación se determina así conforme

11. Las cotizaciones a la seguridad social se realizan por medio de deducciones practicadas por el empresario sobre el salario del trabajador, que se abonan acto seguido al Inland Revenue (para su posterior transmisión al DWP). Actualmente los empresarios practicarán dichas deducciones para una trabajadora hasta que alcance la edad de jubilación de 60 años y para un trabajador hasta que alcance la edad de jubilación de 65 años. El DWP aplica un régimen para los transexuales femeninos por el que pueden llegar a un convenio con el DWP para abonar directamente a éste las cotizaciones a la seguridad social adeudadas después de que el transexual haya cumplido los 60 años, que no hayan sido deducidas por el empresario en la creencia de que el trabajador es de sexo masculino. En el caso de transexuales masculinos, las deducciones practicadas por el empresario después de la edad de 60 años podrán ser reclamadas directamente por el trabajador al DWP.⁹

12. El apartado 1 del anexo 4 de la Pensions Act 1995 (Ley de pensiones) establece que los hombres alcanzan la edad de jubilación cuando cumplen los 65 años; el apartado 2 de dicho anexo prevé que las mujeres nacidas antes del 6 de abril de 1950 alcanzan la edad de jubilación cuando cumplen los 60 años.¹⁰

9 — Este apartado y los precedentes se toman más o menos literalmente de los apartados 23, 25, 28, 37 y 40 de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Goodwin (2002) 35 EHRR 447, expuestos por el órgano jurisdiccional remitente en la resolución de remisión como resumen de la legislación pertinente.

10 — Una mujer nacida el 5 de abril de 1950, o anteriormente a esta fecha, alcanza la edad de jubilación al cumplir 60 años, mientras que una mujer nacida el 6 de abril de 1950 o posteriormente, a los 65 años. Hay una escala progresiva para las mujeres nacidas entre esas dos fechas.

El asunto Goodwin y la Gender Recognition Act 2004

les del derecho a contraer matrimonio conforme a su nuevo género en todas las circunstancias.¹²

13. El 11 de julio de 2002, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó su sentencia Goodwin.¹¹ En ese asunto, la demandante, un transexual femenino a raíz de una operación quirúrgica, había alegado la vulneración del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en relación con la situación jurídica de los transexuales en el Reino Unido y en particular por el trato que reciben en el ámbito del trabajo, de la seguridad social, de las pensiones y del matrimonio.

14. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró que se había producido una violación de los artículos 8 (respeto a la vida privada) y 12 (derecho a contraer matrimonio). Con respecto al artículo 8, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se refirió a la falta de reconocimiento jurídico del cambio de género de la demandante y señaló en particular que el hecho de que la demandante hubiera seguido siendo un hombre a efectos legales tenía repercusiones en su vida «en los supuestos en que el sexo presenta pertinencia legal y se establecen distinciones entre hombres y mujeres, como en materia de pensiones y edad de jubilación, entre otras cuestiones». En cuanto al artículo 12, el Tribunal no encontró ninguna justificación a la exclusión de los transexua-

15. La solución legislativa adoptada por el Reino Unido para dar efecto a la sentencia Goodwin es la Gender Recognition Act 2004, que entró en vigor el 4 de abril de 2005. Dicha Ley permite a las personas transexuales (antes y después de la operación quirúrgica) solicitar un «certificado de reconocimiento de género» que, en palabras del órgano jurisdiccional remitente, «ofrece acceso a un reconocimiento casi total de su nuevo género».

16. En particular, la Ley prevé la creación de un Comité de Reconocimiento de Género. El artículo 2 de la Ley dispone que el Comité deberá conceder un certificado de reconocimiento de género si se cerciora de que el solicitante:

«a) tiene o ha tenido disforia de género;

11 — Citada en la nota 9.

12 — Apartados 71, 76 y 103.

- b) ha vivido con el nuevo género durante el plazo de dos años antes de la fecha en que se realiza la solicitud;
- b) no ha cumplido los 65 años,

ha de considerarse que esa persona [...] ha alcanzado la edad de jubilación con ocasión de la expedición de dicho certificado».¹³

- c) pretende seguir viviendo con el nuevo género hasta su muerte»

Hechos y procedimiento principal

y cumple determinados requisitos relativos a la aportación de pruebas suficientes, previstos en el artículo 3 de la Ley.

18. La demandante nació en 1942; se le inscribió como perteneciente al sexo masculino en el momento de su nacimiento.

17. El artículo 13 y el anexo 5 de la Gender Recognition Act 2004 regulan el acceso a las prestaciones de la seguridad social y las pensiones. El apartado 7, número 3, del anexo 5 dispone:

19. Al habersele diagnosticado una disforia de género, la demandante se sometió a una operación quirúrgica de cambio de género el 3 de mayo de 2001. En consecuencia, el órgano jurisdiccional remitente la describe como un transexual femenino a raíz de una operación quirúrgica.

«si (inmediatamente antes de que se expida el certificado) una persona:

20. En febrero de 2002, la demandante solicitó una pensión de jubilación que había de abonarse desde la fecha en que cumpliera los 60 años de edad.

- a) es un hombre que ha alcanzado la edad a la que una mujer llega a la edad de jubilación, pero

¹³ — El artículo 7, apartado 2, contiene una disposición análoga relativa a la situación de los transexuales masculinos.

21. Dicha solicitud fue denegada basándose en que se había presentado más de cuatro meses antes de que la demandante cumpliera los 65 años, que es la edad de jubilación de los hombres en el Reino Unido.

edad de 65 años a un transexual femenino, que habría tenido derecho a dicha pensión a la edad de 60 años en el supuesto de que debiera ser considerado una mujer en virtud del Derecho nacional?

22. La demandante interpuso recurso ante el Social Security Appeal Tribunal (Tribunal de Recursos de la Seguridad Social). El recurso, que se sustanció exclusivamente con arreglo al Derecho nacional, fue desestimado.

2) En caso de respuesta afirmativa, ¿a partir de qué fecha debe tener efectos la decisión del Tribunal de Justicia sobre la primera cuestión?»

23. En un nuevo recurso ante el Social Security Commissioner, la demandante alegó que la denegación de su pensión a la edad en la que cualquier otra mujer habría tenido derecho a pensión suponía una discriminación ilegal contraria a la Directiva 79/7.

26. Han presentado observaciones escritas la demandante, el Gobierno del Reino Unido y la Comisión, y todos ellos estuvieron representados en la vista.

24. No se discute que la demandante se encuentra en el ámbito de aplicación personal de la Directiva 79/7 y que el plan de pensiones estatal controvertido está incluido en el ámbito de aplicación material de dicha Directiva.

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre transexuales y discriminación

25. En consecuencia, el Social Security Commissioner suspendió el procedimiento y planteó al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

27. El Tribunal de Justicia ha dictado sentencias en dos asuntos en los que un transexual alegaba haber sido discriminado por razón de sexo. Ambos asuntos eran peticiones de decisiones prejudiciales del Reino Unido.

«1) ¿Prohíbe la Directiva 79/7 la denegación de una pensión de jubilación hasta cumplir la

28. En el asunto P./S.¹⁴ se preguntó al Tribunal de Justicia, en sustancia, si el despido de un trabajador transexual motivado por un cambio de género constituía discriminación por razón de sexo en el sentido de la Directiva de igualdad de trato.¹⁵

29. El Tribunal de Justicia atendió a la petición del Abogado General Tesauro de adoptar una decisión «valiente». Declaró lo siguiente:

«El principio de igualdad de trato “entre hombres y mujeres” que la Directiva enuncia en su título, en su exposición de motivos y en sus disposiciones, implica [...] “la ausencia de toda discriminación por razón de sexo”.

Por lo tanto, la Directiva no es sino la expresión, en el ámbito considerado, del principio de igualdad que es uno de los principios fundamentales del Derecho comunitario.

Además, como ha declarado reiteradamente el Tribunal de Justicia, el derecho a no ser

discriminado por razón de sexo constituye uno de los derechos humanos fundamentales cuyo respeto debe garantizar el Tribunal de Justicia [...].

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 y a los derechos que pretende 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.

En efecto, tales discriminaciones se basan esencialmente, si no exclusivamente, en el sexo del interesado. Por lo tanto, 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.

Tolerar tal discriminación supondría atentar contra el respeto a la dignidad y la libertad a que esa persona tiene derecho y que el Tribunal de Justicia debe proteger».¹⁶

¹⁴ — Sentencia de 30 de abril de 1996 (C-13/94, Rec. p. I-2143).

¹⁵ — 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).

¹⁶ — Apartados 17 a 22.

30. En consecuencia, el Tribunal de Justicia concluyó que la Directiva prohibía el despido de un transexual por motivos relativos al cambio de género.

constituía una «retribución» en el sentido del artículo 141 CE y de la Directiva de igualdad de retribución, declaró lo siguiente:

31. En el asunto K.B.,¹⁷ era una mujer la que vivía con el transexual masculino R, pero no podía casarse con él. K.B. fue informada de que si moría antes que R, éste no tendría derecho a una pensión de viudedad en virtud del plan de pensiones de K.B., puesto que la pensión sólo se abonaba al cónyuge superviviente y el Derecho nacional no reconocía a una persona como «cónyuge» de no haber un matrimonio legal. K.B. incoó un procedimiento en el que alegó discriminación por razón de sexo; la cuestión planteada ante el Tribunal de Justicia era si, al excluir de ese modo a una persona en la situación de R, el plan de pensiones establecía una discriminación por razón de sexo contraria al Derecho comunitario.¹⁸

«El artículo 141 CE se opone, en principio, a una legislación contraria al CEDH que impide que una pareja como K.B. y R cumpla el requisito del matrimonio, necesario para que uno de ellos pueda disfrutar de un elemento de la retribución del otro. Incumbe al juez nacional comprobar si, en un caso como el del litigio principal, una persona en la situación de K.B. puede invocar el artículo 141 CE para que se le reconozca el derecho a que su compañero pueda disfrutar de una pensión de supervivencia.»¹⁹

32. El Tribunal de Justicia, habiendo concluido que una pensión de supervivencia pagada en el marco de un régimen profesional de pensiones como el controvertido

Primera cuestión

33. Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si es contrario a la Directiva 79/7 que un Estado miembro deniegue la concesión de una pensión de jubilación antes de la edad de 65 años a un transexual femenino que habría tenido derecho a dicha pensión a la edad de 60 años si hubiera sido considerado una mujer en virtud del Derecho nacional.

17 — Sentencia de 7 de enero de 2004 (C-117/01, Rec. p. I-541).

18 — Directiva 75/177/CEE 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 de igualdad de retribución»).

19 — Apartado 36 y fallo.

34. La demandante y la Comisión sostienen que la cuestión debe responderse en sentido afirmativo; el Gobierno del Reino Unido adopta la opinión contraria.

35. La demandante y la Comisión invocan las sentencias P./S.²⁰ y K.B.²¹ en apoyo de sus alegaciones.

36. En el asunto P./S., el Tribunal de Justicia declaró básicamente que el despido «por un motivo relacionado con [el] cambio de sexo» constituía una discriminación por razón de sexo contraria al artículo 5, apartado 1, de la Directiva de igualdad de trato.²²

37. Está claro que el «principio de igualdad de trato» que se expresa en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7 en materia de seguridad social tiene el mismo alcance y efecto que el «principio de igualdad de trato» enunciado en el artículo 5, apartado 1, de la Directiva de igualdad de trato en relación con las condiciones laborales. El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7 establece que ese principio prohíbe en particular la discriminación directa o indirecta por razón de sexo en lo relativo, entre otras cosas, a las condiciones de duración de las prestaciones de los regímenes legales de pensiones de vejez.

38. En el presente asunto, se niega a la demandante su pensión en circunstancias en las que, si hubiera sido inscrita como mujer en el momento de su nacimiento, habría tenido derecho a ella. La supuesta discriminación, por tanto, consiste en que el Reino Unido no reconoce el nuevo género de una persona transexual en las mismas condiciones que las personas inscritas con ese género en el momento del nacimiento.

39. En el asunto P./S., el Tribunal de Justicia declaró 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 al que se consideraba que pertenecía antes de la citada operación.²³

40. Si se aplicara ese enfoque en el presente asunto, el elemento de comparación correcto para la demandante serían «las personas del sexo al que se consideraba que pertenecía antes de la citada operación». En esa clase estarían comprendidos los solicitantes masculinos de pensiones, que no tienen derecho a pensión hasta que cumplan los 65 años, por lo que no existiría discriminación.

20 — Citada en la nota 14.

21 — Citada en la nota 17.

22 — Citada en la nota 15.

23 — Apartado 21.

41. Estoy de acuerdo con la Comisión, no obstante, en que el razonamiento que ha de utilizarse al aplicar la normativa sobre discriminación sexual al supuesto de las personas transexuales debe ser distinto del modelo clásico que siempre se basa en una comparación directa entre hombres y mujeres.

42. El asunto P./S. era un caso especialmente claro de discriminación, ya que se aceptó que el despido se realizó «por un motivo relacionado con [el] cambio de sexo». El resultado habría sido el mismo tanto si el elemento de comparación hubiera sido un hombre que no pretendía someterse a una operación de cambio de género o una mujer que no había sufrido dicha operación: en comparación con tal persona, la demandante había sido desfavorecida.

43. Lo mismo cabe afirmar de la decisión de la House of Lords en el asunto A/Chief Constable of West Yorkshire Police,²⁴ en el que para determinar el elemento de comparación correcto se siguió el enfoque del Tribunal de Justicia en el asunto P./S.²⁵ Dicho asunto se refería también a una discriminación directa por el cambio de género.

44. En el asunto K.B. la situación era distinta. Al llegar a la conclusión de que la exclusión de la pareja, un transexual masculino, de una mujer afiliada al National Health Service Pension Scheme constituía una discriminación sexual contraria al artículo 141 CE, el Tribunal de Justicia comparó la pareja a «las parejas heterosexuales en las que la identidad de alguno de sus miembros no es el resultado de una operación de cambio de sexo y que, por tanto, pueden contraer matrimonio».²⁶ El elemento de comparación correcto en el supuesto de un transexual masculino era, por tanto, un hombre cuya identidad no fuera el resultado de una operación de cambio de género.

45. En el presente asunto también estimo que ese es el criterio de comparación correcto. Se ha denegado la pensión a la demandante en circunstancias en las que, si hubiera sido inscrita como mujer en el momento de su nacimiento, habría tenido derecho a ella. Por tanto, la discriminación alegada estriba en que el Reino Unido no ha reconocido el nuevo género de una persona transexual en las mismas condiciones que para las personas inscritas con dicho género en el momento del nacimiento, que es precisamente la cuestión del asunto K.B. Por consiguiente, considero que el criterio de comparación correcto en el presente asunto,

24 — [2005] 1 AC 51.

25 — Véase la opinión de Baroness Hale, en particular los apartados 56 a 58.

26 — Apartado 31.

que se refiere a un transexual femenino, es una mujer cuya identidad no sea el resultado de una operación de cambio de género.

46. Sobre la base de esta consideración, estimo que es contrario al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7 que un Estado miembro deniegue la concesión de una pensión de jubilación antes de los 65 años a un transexual femenino cuando esa persona habría tenido derecho a pensión a la edad de 60 años si hubiera sido considerada una mujer conforme al Derecho nacional.

47. El Gobierno del Reino Unido alega, no obstante, que el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7 no es aplicable ya que el Reino Unido ha decidido hacer uso de la facultad conferida por el artículo 7, apartado 1, letra a), de excluir del ámbito de aplicación de la Directiva las disposiciones relativas a la fijación de la edad de jubilación.

48. La demandante y la Comisión objetan que la demandante no critica que existan edades de jubilación distintas para hombres y mujeres, sino que ella, como mujer, no puede percibir su pensión a la edad fijada, únicamente porque el Reino Unido no quiere reconocerle su nuevo género.

49. Estoy de acuerdo con que, en el presente asunto, el artículo 7, apartado 1, letra a), no es pertinente.

50. El Tribunal de Justicia ha declarado que una discriminación que sea en principio contraria al artículo 4, apartado 1, sólo puede estar comprendida en el ámbito de aplicación de la excepción prevista en el artículo 7, apartado 1, letra a), si resulta necesaria para alcanzar los objetivos que persigue la Directiva al dar a los Estados miembros la facultad de mantener una edad mínima de jubilación diferente para los hombres y para las mujeres.²⁷

51. No es ese el objeto del presente asunto, en el que la demandante impugna fundamentalmente los criterios por los que el Reino Unido clasifica a una persona como perteneciente a un determinado sexo a efectos de determinar, acto seguido, si dicha persona ha alcanzado la edad de jubilación. La excepción del artículo 7, apartado 1, letra a), se refiere a las disposiciones por las que se fijan las distintas edades de jubilación para hombres y mujeres. No se refiere a las disposiciones relativas a la distinta cuestión de determinar el sexo de la persona interesada.

52. El Gobierno del Reino Unido alega que la demandante no puede sostener por una parte que la discriminación sexual a efectos

²⁷ — Sentencia de 7 de julio de 1992, Equal Opportunities Commission (C-9/91, Rec. p. I-4297), apartado 13.

del artículo 4, apartado 1, comprende la discriminación por razón de cambio de género y, por otra parte, que la excepción del Reino Unido a la prohibición de «discriminación [...] por razón de sexo» del artículo 7 no se aplica al tipo de discriminación que alega.

discriminación, a saber, el ámbito de los regímenes legales de seguridad social, las condiciones de acceso a los mismos, el cálculo de las contribuciones, el cálculo de las prestaciones y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones.

53. No obstante, no considero que esa tesis esté, tal como la describe el Gobierno del Reino Unido, «intrínsecamente viciada». En contra de lo que sostiene dicho Gobierno, un asunto puede estar comprendido en una prohibición general de discriminación y quedar fuera de una excepción específica a dicha prohibición.

55. Frente a ello, el Tribunal de Justicia ha declarado que, teniendo en cuenta la importancia fundamental del principio de igualdad de trato, la excepción a la prohibición de las discriminaciones por razón de sexo debe ser interpretada de manera restrictiva.²⁹ Como se ha explicado anteriormente, esa disposición permite el mantenimiento de un supuesto específico de diferencia de trato entre hombres y mujeres, a saber, en la fijación de la edad de jubilación a efectos de conceder pensiones de vejez y de jubilación y sus posibles consecuencias para otras prestaciones. Ese tipo de discriminación sexual no es objeto del presente asunto.

54. Se desprende claramente de sus términos que la prohibición de discriminación del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7, que establece que «supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar» persigue tener un carácter general. El Tribunal de Justicia ha declarado que esa disposición «excluye toda discriminación por razón de sexo de manera general y en términos inequívocos».²⁸ El artículo 4, apartado 1, cita algunos ejemplos específicos de ámbitos en los que está prohibida la

56. En el caso de autos, la práctica criticada está comprendida en la prohibición general del artículo 4, apartado 1, de la Directiva de igualdad de trato y queda fuera de la excepción a dicha prohibición prevista en el artículo 7, apartado 1, letra a).

28 — Sentencia de 4 de diciembre de 1986, *Federatie Nederlandse Vakbeweging* (71/85, Rec. p. 3855), apartado 18.

29 — Sentencia de 30 de marzo de 1993, *Thomas y otros* (C-328/91, Rec. p. I-1247), apartado 8.

57. Añadiría que la cuestión de la fase en que una persona transexual tiene derecho a una igualdad de trato en el sentido de la Directiva 79/7 respecto de las personas de su nuevo género se discutió en la vista. No obstante, no existe necesidad de resolver esa cuestión en el caso de autos, que se refiere a un transexual después de someterse a una operación quirúrgica y cuyo derecho está, por tanto, claro.

58. En consecuencia, concluyo, en respuesta a la primera cuestión, que es contrario al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7 que un Estado miembro deniegue la concesión de una pensión de jubilación antes de la edad de 65 años a un transexual femenino sometido a una operación quirúrgica cuando esa persona habría tenido derecho a pensión a los 60 años si hubiera sido considerada una mujer conforme al Derecho nacional.

Segunda cuestión

59. La segunda cuestión del órgano jurisdiccional remitente se suscita si la primera cuestión se responde tal como he indicado en el punto 58 *supra*. En ese caso, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en efecto, si debe existir alguna limitación temporal de

la decisión del Tribunal de Justicia sobre la primera cuestión.

60. El órgano jurisdiccional remitente parece haberse visto inducido a plantear la segunda cuestión por una alegación realizada en el procedimiento principal por el Secretary of State for Work and Pensions, que se resume en la resolución de remisión del siguiente modo:

«Si [...] el Tribunal de Justicia concluye que el Derecho comunitario prohíbe la discriminación criticada por la demandante, el Secretary of State solicitará a dicho Tribunal que limite sus efectos temporales siguiendo su sentencia de 17 de mayo de 1990, Barber (C-262/88, Rec. p. I-1889), apartados 40 a 44, y que declare que la sentencia dictada en el presente asunto no puede ser invocada para reclamar el derecho a pensión con efectos desde una fecha anterior a la de esta sentencia, salvo en el caso de quienes, con efectos desde una fecha anterior a la de la sentencia del Tribunal, hayan [...] iniciado procedimientos legales o hayan presentado una reclamación equivalente con arreglo al Derecho nacional aplicable.»

61. No obstante, en realidad el Gobierno del Reino Unido señaló en sus observaciones escritas y reiteró en la vista que no solicita una limitación temporal de los efectos de la sentencia del Tribunal de Justicia.

62. En cualquier caso, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende claramente que la limitación temporal se impondrá únicamente en circunstancias muy determinadas que incluyan la existencia de «un riesgo de repercusiones económicas graves debidas en particular al elevado número de relaciones jurídicas constituidas de buena fe sobre la base de una normativa considerada válidamente en vigor».³⁰

63. En el presente asunto, hay varios factores cuyo efecto conjunto consiste en minimizar las repercusiones económicas de una sentencia que, en el caso de autos, responda en sentido afirmativo a la primera cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente. En primer lugar, el número de personas transexuales en el Reino Unido es reducido, según las cifras del propio Gobierno: en el año 2000, se estimaba en unas 2.000 a 5.000 aproximadamente³¹ (lo que por supuesto incluye a transexuales de todas las edades) en una población de unos 60 millones. En segundo lugar, actualmente el Reino Unido está retirando de modo progresivo la diferencia en las edades de jubilación entre hombres y mujeres para todas las personas nacidas con posterioridad al 5 de abril de 1955.³² En tercer lugar, se considera que una persona transexual feme-

nina a la que se le ha expedido un certificado de reconocimiento de género conforme a la Gender Recognition Act 2004 y que ha cumplido la edad a la que una mujer tiene derecho a pensión alcanza la edad de jubilación cuando se expide el certificado. Por tanto, es evidente que el número de personas que se encuentran en la situación de la demandante no podrá crear un riesgo de repercusiones económicas graves en el Reino Unido. Dichas repercusiones serán aún menos significativas en la Unión Europea en conjunto, dado que muchos Estados miembros ya prevén la jubilación de hombres y mujeres a la misma edad y otorgan a las personas transexuales un reconocimiento legal pleno de su nuevo género.³³

64. Por consiguiente, considero que si el Tribunal de Justicia responde afirmativamente a la primera cuestión del órgano jurisdiccional remitente, no existe necesidad de que limite los efectos temporales de la sentencia.

30 — Véase, muy recientemente, la sentencia de 15 de marzo de 2005, Bidar (C-209/03, Rec. p. I-2119), apartado 69.

31 — Véase el Informe del Home Office del Interdepartmental Working Group on Transsexual People (abril de 2000) del Reino Unido, citado en el asunto Goodwin, apartado 87.

32 — Véase la nota 10.

33 — Según las tablas del MISSOC (Sistema de información mutua sobre protección social), «Protección social en los Estados miembros de la Unión Europea, el Espacio Económico Europeo y Suiza» (2004), publicadas por la Comisión, en Chipre, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Hungría, Países Bajos, Irlanda, Luxemburgo, Portugal, España y Suecia las edades de jubilación para hombres y mujeres son idénticas. El Abogado General Ruiz-Jarabo señala, en sus conclusiones sobre el asunto K.B., que antes de la ampliación de 2004, todos los Estados miembros, salvo el Reino Unido e Irlanda, permitían la rectificación de las inscripciones de nacimiento después de una operación de cambio de género (véase el punto 28 de las conclusiones). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló, en la sentencia Goodwin, citada en la nota 9, que de los 37 Estados miembros del Consejo de Europa sólo cuatro no permitían dicha rectificación (véase el apartado 55 de la sentencia). Esos cuatro Estados son Albania, Andorra, Irlanda y el Reino Unido.

Conclusión

65. Por los motivos expuestos, considero que las cuestiones planteadas por el Social Security Commissioner, Londres, deben responderse del siguiente modo:

- «1) Es contrario al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, que un Estado miembro deniegue la concesión de una pensión de jubilación antes de la edad de 65 años a un transexual femenino sometido a una operación quirúrgica cuando esa persona habría tenido derecho a pensión a los 60 años si hubiera sido considerada una mujer conforme al Derecho nacional.

- 2) No es necesario limitar los efectos temporales de una sentencia en ese sentido.»