

SEXO E XÉNERO NO ÁMBITO COMUNITARIO: POR UN ORDENAMENTO XURÍDICO “DE-XENERADOR” (Algunhas reflexións acerca da STXUE de 26 de xullo de 2018, Asunto M.B.)

ARÁNTZASU VICENTE PALACIO

Catedrática de Dereito do Traballo e Seguridade Social
Universidade Jaume I-Castellón

<https://orcid.org/0000-0002-6559-4386>
arantzazu.vicente@dtr.uji.es

*"(...) O xénero é outra cousa. É unha entidade máis difusa, independentemente de como se conciba. Habita nas cavidades. Transcende o corpo. (...) Non me importa que a miña ambigüidade persista. Vivín a vida dun home; agora vivo a vida dunha muller e un día talvez logre transcender as dúas cousas (...). Non existe ningunha norma, ningún criterio único e é posible que tampouco exista ningunha explicación (...)".
Jan Morris "Conundrum", 1974 (2002)¹*

RESUMO

A STXUE de 26-7-2018 (*Asunto M.B.*) declara o carácter discriminatorio dunha normativa nacional (británica) que esixe ás persoas transexuais casadas a anulación do seu matrimonio para acceder ao recoñecemento xurídico pleno do seu cambio de xénero, en tanto condicionante do acceso á pensión de xubilación á idade establecida polo ordenamento nacional para as persoas do sexo adquirido. Este axuízamento realízase en relación á Directiva 79/7/CEE, do 19 de decembro de 1978, relativa á aplicación progresiva do principio de igualdade de trato entre homes e mulleres en materia de seguridade social.

Este traballo analiza este pronunciamento xudicial situándoo no conxunto da (escasa) xurisprudencia comunitaria que abordou as consecuencias do cambio de sexo dende a normativa comunitaria de carácter socio-

¹ Edición española: MORRIS, Jan, "El enigma", Barcelona (RBA), 2011

laboral. Apúntase tamén a (fragmentaria e dispersa) regulación xurídica española relativa ao cambio de sexo-xénero e as consecuencias en materia de seguridade social. O traballo pon de manifesto que non son poucos -e este é un deles- os casos nos que a pesar da diferenciación sexo-xénero ambos os termos se utilizan no mesmo sentido. O traballo avoga por un Dereito “de-xenerado” e “de-xenerador” no sentido sinalado pola autora no epílogo final.

Palabras chave: Transexualidade; Transxénero; Seguridade Social; Identidade de xénero; Tribunal Xustiza da Unión Europea; Dereito de-xenerado; LGTBi.

RESUMEN

La STJUE de 26-7-2018 (*Asunto M.B*) declara el carácter discriminatorio de una normativa nacional (británica) que exige a las personas transexuales casadas la anulación de su matrimonio para acceder al reconocimiento jurídico pleno de su cambio de género, en tanto condicionante del acceso a la pensión de jubilación a la edad establecida por el ordenamiento nacional para las personas del sexo adquirido. Este enjuiciamiento se lleva a cabo en relación a la Directiva 79/7/CEE, 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.

Este trabajo analiza este pronunciamiento judicial ubicándolo en el conjunto de la (escasa) jurisprudencia comunitaria que ha abordado las consecuencias del cambio de sexo desde la normativa comunitaria de carácter socio-laboral. Se apunta también la (fragmentaria y dispersa) regulación jurídica española relativa al cambio de sexo-género y las consecuencias en materia de seguridad social. El trabajo pone de manifiesto que no son pocos -y este es uno de ellos- los casos en los que pese a la diferenciación sexo-género ambos términos se utilizan en el mismo sentido. El trabajo aboga por un Derecho “de-generado” y “de-generador” en el sentido señalado por la autora en el epílogo final.

Palabras clave: Transexualidad; Transgénero; Seguridad Social; Identidad de género; Tribunal Justicia de la Unión Europea; Derecho de-generado; LGTBi.

ABSTRACT

The ECJ ruling of 26th July 2018 (MB) declares the discriminatory nature of a national (British) regulation that requires married transgender people to annul their marriage in order to have full legal recognition of their gender change, as a conditioning factor of access to retirement pension at the age established by the national law for persons of acquired sex. This prosecution is carried out in relation to Directive 79/7/EEC of 19th December 1978 on the progressive application of the principle of equal treatment of men and women in social security.

This paper analyzes this judicial pronouncement placing it in the whole of the (scarce) EU jurisprudence that has addressed the consequences of sex change in the EU regulations of a socio-labour nature. It also points to the (fragmented and dispersed) Spanish legal regulation regarding the sex-gender change and the consequences in terms of social security. The paper shows that there are not a few - and this is one of them - cases in which, despite the sex-gender differentiation, both terms are used in the same sense. The paper advocates a Law "de-generated" and "de-generator" in the sense indicated by the author in the final epilogue.

Keywords: Transexuality; Transgender; Social Security; Gender identity; CouEET of Justice of the European Union; De-generated right; LGTBi.

SUMARIO

1. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 26 DE JUNIO DE 2018 (*ASUNTO M.B. Y SECRETARY OF STATE FOR WORK AND PENSIONS*).; 1.1. ANTECEDENTES FÁCTICOS Y NORMATIVA NACIONAL (BRITÁNICA) APLICABLE.; 1.2. POSICIONES DE LAS PARTES Y CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL (DESDE UNA PERSPECTIVA

RESTRICTIVA).; 1.3. ARGUMENTACIÓN Y FALLO JUDICIAL.; 1.4. MENCIÓN ESPECIAL A LAS CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL (DESDE LA PERSPECTIVA AMPLIA).; 2. UNA BREVE NOTA SOBRE EL CAMBIO DE SEXO/GÉNERO EN EL DERECHO ESPAÑOL Y SU EVENTUAL INCIDENCIA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL.; 3. BREVE REFLEXIÓN (EPÍLOGO)

1. A SENTENZA DO TRIBUNAL DE XUSTIZA DO 26 DE XUÑO DE 2018 (*Asunto M.B. e Secretary of State for Work and Pensions*)²

1.1. Antecedentes fácticos e normativa nacional (británica) aplicable

A STXUE do 28 de xuño de 2018 resolve unha cuestión prexudicial exposta polo Tribunal Supremo de Reino Unido (*Supreme Court of the United Kingdom*). Tras a aparente sinxeleza da cuestión exposta (*É o requisito de non estar casado contrario á prohibición de discriminación por razón de sexo en materia de seguridade social establecida na Directiva 79/7/CEE?*), o Tribunal de Xustiza volve abordar a discriminación das persoas transexuais/transxénero, aínda que dende o limitado ámbito ao que se estende a súa competencia invocada polo órgano xudicial nacional: a Directiva 79/7/CEE, do 19 de decembro de 1978, relativa á aplicación progresiva do principio de igualdade de trato entre homes e mulleres en materia de seguridade social. Deixo apuntado deliberadamente o restrinxido ámbito normativo no que se desenvolve a formulación da cuestión prexudicial e, consiguientemente, a argumentación e fallo da sentenza, tema sobre o que terei ocasión de volver con posterioridade.

O TXUE xa tivo ocasión de abordar con anterioridade a discriminación das persoas transexuais/transxénero no Reino Unido no ámbito do contrato de traballo (*Asunto S. contra P e Cornwall*)³ e tamén en materia de Seguridade

² Asunto C-451/16

³ Asunto C-13/94

Social en varias ocasións (*Asunto Richards*⁵ e *Asunto K.B*⁶). Precisamente na primeira sentenza está a orixe da promulgación da *Gender Reassignment Regulations (1999)*, pola que se modificou a *Sex Discrimination Act (1975)* para incluír no seu ámbito de aplicación os casos de discriminación directa de calquera empregado baseada no cambio de sexo. Con anterioridade a esta reforma, dita norma mantiña unha definición das categorías sexuais/xénero en termos estritamente binarios (home/muller) e a prohibición de calquera discriminación - directa e indirecta- non tomaba en consideración a que puidese derivarse dun cambio de sexo/xénero en tanto a normativa británica non recoñecía máis que estas dúas únicas categorías (*Birth and Death Registration Act, 1953*)⁷. O *asunto Richards* versaba sobre a imposibilidade xurídica da demandante de obter o recoñecemento xurídico do cambio de sexo no momento en que presentou a súa solicitude de pensión de xubilación á idade establecida pola lexislación británica para as mulleres (60 anos). A idade de acceso á xubilación para os homes está establecida en 65 anos. Cando se someteu á operación cirúrxica de reasignación de sexo (3 de maio de 2001) non era posible, atendendo á lexislación nacional, a modificación rexistral do sexo atribuído na partida de nacemento (home) razón pola cal a administración británica de seguridade social denegoulle a pensión dado que aínda non cumprira a idade de xubilación aplicable atendendo ao sexo recoñecido legalmente (home). Cando a cuestión prexudicial tivo entrada no TXUE⁸ xa se promulgara a *Gender Recognition Act (2004)*⁹ aínda que non entrara en vigor. Segundo esta

⁴ A. VICENTE PALACIO, "Transexualidad y contrato de trabajo. Breves reflexiones a propósito de la STJE de 30-4-1996, (S contra P. e Cornwall County Council), Tribuna Social nº 66, 1996.

⁵ STXUE de 27-4-2006 (*Asunto Richards*); *Asunto C-423-04*.

⁶ STXUE de 7-1-2004 (*Asunto K.B*); *Asunto C-117/01*.

⁷ A partida de nacemento só podía modificarse rexistralmente en caso de erro de transcripción ou erro material.

⁸ Data de entrada no TXUE: 4 de outubro de 2004

⁹ 1-7-2004 (Data de entrada en vigor: 4-4-2005)

norma, aquelas persoas que xa cambiasesen de sexo, ou que proxectasen unha operación cirúrxica deste tipo, poderían solicitar un certificado de recoñecemento de sexo (*«gender recognition certificate»*), que implicaría un recoñecemento total do seu cambio de sexo cando fose definitivo.

A expedición deste certificado (definitivo) era obrigatoria para a Administración se o solicitante cumpría os seguintes requisitos: a) Ter ou ter disforia de xénero; b) Vivir coa súa nova identidade sexual durante os dous anos anteriores á data de solicitude do certificado; c) Ter a intención de vivir coa súa nova identidade sexual ata a morte; e finalmente, aínda que a sentenza Richards non o menciona por ser irrelevante en relación á cuestión exposta nese momento que: d) No caso de que o solicitante estivese casado con anterioridade, a solicitude de anulación do matrimonio, dado que, naquel momento, a normativa nacional aplicable só admitía o matrimonio entre home e muller (*Matrimonial Causes Act, 1973*). Ademais, debía cumprir uns requisitos probatorios: un informe elaborado por dous médicos ou por un médico e un psicólogo. É importante sinalar -logo volverase sobre esta cuestión- que esta normativa non condiciona o recoñecemento do cambio de xénero á operación cirúrxica de "reasignación de sexo" aínda que si mantén a concepción patoloxizadora da "disforia" de xénero.

O que solicita o Tribunal Supremo británico é un pronunciamento sobre a adecuación dese cuarto requisito á Directiva 79/7/CEE. Hai que poñer de manifesto que novamente a regulación xurídica británica cambiou durante o *iter* procesual. A *Marriage Same Sex Couples (2013)*¹⁰, ademais de permitir o matrimonio entre persoas do mesmo sexo, modificou a *Gender Recognition Act (2004)* no sentido de substituír o requisito da anulación do matrimonio polo consentimento do cónxuxe no caso de que a persoa transxénero estivese casada con anterioridade.

¹⁰ Data de entrada en vigor: 10-12-2014.

Os antecedentes fácticos do litixio principal son sinxelos. M.B. naceu en 1948 con sexo masculino e contraeu matrimonio cunha muller en 1974. En 1991 empezou a facer vida como muller e en 1995 someteuse a unha operación cirúrxica de cambio de sexo. Con todo, M.B. non puido obter o certificado definitivo de cambio de sexo ao negarse a solicitar a anulación do matrimonio pois tanto a solicitante como a súa esposa desexaban continuar con esta situación matrimonial. Iso non obstou para que ao cumprir 60 anos (2008) e reunindo o período de carencia esixido, M.B. solicitase o recoñecemento do dereito á pensión de xubilación (Clase A), ao ser esta a idade prevista para o acceso a esta pensión das mulleres nadas antes do 6-4-1950. Os homes nados con anterioridade ao 6-12-1953 non poden optar á xubilación ata os 65 anos de idade (*Social Security Contributions and Benefits Act, 1992; Pensions Act, 1995*).

A regulación xurídica nacional aplicable no momento do litixio principal xa se deixou apuntada. O estado civil condiciona o recoñecemento definitivo do cambio de sexo na normativa nacional á solicitude de anulación do matrimonio se a persoa transexual estivese casada con anterioridade ao cambio de sexo, dado que, naquel momento, a normativa nacional aplicable só admitía o matrimonio entre home e muller (*Matrimonial Causes Act, 1973*). Só este certificado definitivo constituía a nova identidade sexual con validez para todos os efectos; especificamente en relación ao dereito a percibir unha pensión pública de xubilación, a norma prevé que o sexo da persoa solicitante sería sempre o correspondente á súa nova identidade sexual.

1.2. Posicións das partes e conclusións do avogado xeral (dende unha perspectiva restritiva)

A solicitante considera que o requisito da anulación do matrimonio previo constitúe unha discriminación por razón do cambio de sexo por non esixirse ás persoas cixénero, que poden optar á pensión de xubilación con independencia

do seu estado civil. Pola contra, o Ministerio de Traballo e Pensións británico invoca a xurisprudencia comunitaria (*Asunto Richards*) segundo a cal compete aos Estados membros o establecemento dos requisitos para o recoñecemento xurídico do cambio de sexo dunha persoa sendo válido que, ademais de criterios sociais, físicos e psicolóxicos, se poidan establecer requisitos referentes ao estado civil. Tamén invoca a doutrina do Tribunal Europeo de Dereitos Humanos (*Asunto Parry contra Reino Unido e Asunto R. e F. contra Reino Unido*¹¹ e *Sentenza Hämäläinen*¹²). Segundo este Tribunal, supeditar o recoñecemento de cambio de sexo á anulación previa do matrimonio non é contrario á Carta Europea de Dereitos Humanos pois esta norma non obriga aos Estados membros a recoñecer o matrimonio entre persoas do mesmo sexo. Para o Ministerio británico trátase dun condicionante que ten por obxectivo “*manter o concepto tradicional de matrimonio como unión entre un home e unha muller*”.

Como acertadamente pon de relevo o Avogado Xeral nas súas Conclusións, cada parte procesual formulou as súas alegacións dende perspectivas diferentes.

A solicitante da pensión de xubilación cuestiona exclusivamente a adecuación deste requisito á prohibición de discriminación por razón de sexo contemplado na Directiva 79/7/CEE. E esta mesma óptica restritiva é dende a que o Tribunal comunitario resolve a cuestión prexudicial debido a que nestes termos o define o Tribunal Supremo británico. Descarta así o TXUE a opción ampla elixida polo Goberno británico que prefire situar a cuestión no ámbito da protección dos dereitos fundamentais e, concretamente, a se é compatible co dereito fundamental á vida privada e familiar e co dereito ao matrimonio que un Estado membro: a) se negue a permitir o matrimonio entre persoas do mesmo sexo, e consecuentemente, b) se negue a recoñecer o cambio de sexo se iso leva que dúas persoas do mesmo

¹¹ Resolucións do TEDH do 28 de novembro de 2006.

¹² STEDH de 16-7-2014.

sexo estean casadas nun matrimonio válido (entre persoas do mesmo sexo). Tamén o Avogado Xeral propugna a opción pola perspectiva restritiva tanto por ser esta a perspectiva na que se expón a cuestión prexudicial e tamén por dúas consideracións fácticas que o tribunal nacional sinala: a) que o requisito da anulación do matrimonio se esixe, *exclusivamente*, ás persoas que cambiaron de xénero; b) que o requisito de non estar casado se esixe, *además*, dos criterios de carácter físico, social e psicolóxico. A perspectiva ampla propugnada polo Goberno británico é deliberada pois centrar o núcleo do debate no estado civil deixa a cuestión controvertida fóra do ámbito competencial do TXUE. Como o propio Goberno británico expón nas súas consideracións, invocando a doutrina do TXUE, a fixación dos requisitos para obter o recoñecemento de cambio de sexo é competencia dos Estados membros (*Asunto Richards*). Igualmente, os Estados membros están lexitimados para regular obxectivos de orde pública considerando que o é calquera requisito dirixido a evitar matrimonios entre persoas do mesmo sexo. Considera, *además*, que a eliminación do requisito de non estar casado aos únicos efectos da interpretación da Directiva 79/7/CE menoscabaría a coherencia do ordenamento xurídico nacional sobre o estado civil e o cambio de sexo e que o Tribunal Europeo de Dereitos Humanos considerou que o requisito de non estar casado é conforme ao Convenio Europeo de Dereitos Humanos.

O Avogado Xeral analiza as alegacións de ambas as partes de forma detallada, elaborando unha doutrina -aínda que sen efectos xurídicos- de gran interese para a interpretación xurídica dos ordenamentos nacionais no contexto do Dereito da Unión. Con todo, é partidario de resolver a cuestión no marco da perspectiva restrinxida, por ser esta a adoptada polo Tribunal nacional na formulación da cuestión prexudicial. E dende esta formulación conclúe no carácter discriminatorio do requisito de non estar casado esixido ás persoas transexuais/transxénero para poder obter unha pensión pública de xubilación.

1.3. Argumentación e fallo xudicial

Dende a perspectiva restritiva sinalada, a sentenza resolve a cuestión prexudicial exposta no sentido propugnado pola solicitante da pensión de xubilación, sentenciando que se opón á Directiva 76/7/CEE aquela normativa nacional que esixe a unha persoa que cambiou de sexo que cumpra, non só criterios de carácter físico, social e psicolóxico senón tamén o requisito de non estar casada cunha persoa do sexo adquirido a raíz do cambio de sexo, para poder optar a unha pensión estatal a partir da idade legal de xubilación das persoas do sexo adquirido.

De forma progresiva, o Tribunal de Xustiza debulla os distintos argumentos xurídicos que fundamentan o seu fallo á luz da Directiva invocada e da distinta (e abundante) xurisprudencia comunitaria. Para simplificar a súa exposición, os citados argumentos preséntanse a continuación sistematizados:

a) Polo que respecta ao estado civil, o principio de non discriminación por razón de sexo e a prohibición de discriminación por razón de sexo:

- Aínda que o Dereito da Unión non afecta á competencia dos Estados membros no referente ao estado civil das persoas, os Estados deben respectar o Dereito da Unión ao exercer esta competencia, especialmente, as disposicións relativas ao principio de non discriminación (STXUE de 27-4-2006, asunto Richards¹³; STXUE de 1-4-2008, asunto Maruko¹⁴; STXUE de 5-6-2018, Asunto Coman)¹⁵.
- Unha normativa nacional que supedita a obtención dunha pensión a un requisito relativo ao estado civil non pode subtraerse á observancia do principio de non discriminación por razón de sexo (art. 157 TFUE) no ámbito da remuneración dos traballadores (STXUE de 7-1-2004, Asunto K.B)¹⁶. Por conseguinte, os Estados

¹³ C-423/04

¹⁴ C-267/06

¹⁵ C-673/16

¹⁶ C-117/01

membros ao exercer as súas competencias no ámbito do estado civil, deben cumprir co art. 4.1 Directiva 79/7/CEE que aplica o principio de non discriminación en materia de seguridade social. Esta prohibición de discriminación está particularmente predicada no que se refire ás condicións de acceso aos réximes legais que aseguren unha protección contra os riscos de vellez, como é o caso analizado.

b) Sobre o concepto de discriminación por razón de sexo:

- Constitúe unha discriminación directa por razón de sexo a situación na que unha persoa sexa, fose ou puidese ser tratada por razón de sexo de maneira menos favorable que outra en situación comparable (Directiva 2006/54/UE) e este concepto debe entenderse tamén aplicable no contexto da Directiva 79/7/CEE.
- En atención ao obxecto e natureza dos dereitos que pretende protexer, a Directiva 79/7/CEE debe aplicarse tamén ás discriminacións que teñen lugar como consecuencia do cambio de sexo do interesado.
- Aínda cando corresponde aos Estados membros determinar os requisitos para o recoñecemento xurídico do cambio de sexo dunha persoa, debe declararse que, a efectos da aplicación da Directiva 79/7/CE debe considerarse como persoas que cambiaron de sexo ás persoas que vivisen durante un período significativo como persoas dun sexo distinto do do seu nacemento e que se someteron a unha operación de cambio de sexo.
- En tanto a normativa nacional controvertida supedita a obtención dunha pensión estatal de xubilación á idade correspondente ao sexo adquirido a que a persoa que cambiou de sexo anule o eventual matrimonio celebrado antes do cambio de sexo e non esixe ese requisito á persoa casada que conserve o seu sexo de nacemento e esta casada, esta normativa nacional confire un trato menos favorable por razón de sexo, o que pode constituír unha discriminación directa no sentido do art. 4.1 Directiva 79/7. A conclusión definitiva dependerá da comparabilidade de ambas as situacións.

c) Sobre a comparabilidade da situación dunha persoa transexual e unha persoa cisxénero, ambas casadas:

- A esixencia do carácter comparable das situacións non require que as situacións sexan idénticas senón que abonda con que sexan análogas (STXUE de 10-5-2011, Asunto Römer¹⁷ ; STXUE de 19-7-2017, Asunto Abercrombie & Fitch Italia)¹⁸
- O carácter comparable das situacións non debe apreciarse de maneira global e abstracta senón dun modo específico e concreto, tendo en conta todos os elementos que as caracterizan, especialmente á luz do obxecto e a finalidade da normativa nacional que estableza a distinción controvertida e, no seu caso, dos principios e obxectivos do ámbito ao que pertenza a antedita normativa nacional (STXUE de 16-12-2018, Asunto Arcelor Atlantique et Lorraine e outros¹⁹; STXUE de 15-7-2015, Asunto Chez Razpredelne Bulgaria²⁰; e STXUE de 9-3-2017, Asunto Milkova²¹)
- Á vista da normativa nacional, a pensión de xubilación controvertida concédese a toda persoa que alcanzase a idade establecida e que contribuíse suficientemente ao réxime público de pensións do Reino Unido. Este réxime (...) protexe fronte ao risco de vellez (...) con independencia da súa situación matrimonial.
- En vista do obxecto e dos requisitos para conceder a pensión, a situación dunha persoa que cambiase de sexo despois de casarse é comparable á situación dunha persoa que conservou o seu sexo de nacemento e está casada.
- O diferente estado civil que invoca o Goberno británico para negar a comparabilidade de situacións equivale a converter o estado civil nun elemento decisivo da

¹⁷ C-147/08

¹⁸ C-144/16

¹⁹ C-127/07

²⁰ C-83/14

²¹ C-406/15

comparabilidade das situacións a pesar de que esta circunstancia non é en si mesma relevante para que se conceda a pensión estatal de xubilación.

- A finalidade que o Goberno británico atribúe á anulación do matrimonio (evitar os matrimonios entre persoas do mesmo sexo) é allea ao réxime da pensión de xubilación.
- Non resulta aplicable a xurisprudencia do Tribunal Europeo de Dereitos Humanos invocada polo Goberno británico. A STEDH de 16-7-2014 (*Hämäläinen c. Finlandia*) que versaba tamén sobre a comparabilidade xurídica entre unha persoa casada cixénero e unha persoa casada transexual o era respecto á lexislación nacional finlandesa relativa ao recoñecemento xurídico do cambio de sexo en materia de estado civil.

d) En relación á eventual previsión de excepcións á prohibición de toda discriminación directa por razón de sexo previstas na Directiva (art. 7)

- Evitar a existencia de matrimonios entre persoas do mesmo sexo porque o Dereito nacional non os autorizaba no momento do litixio principal non pode erixirse en motivo que permita exceptuar a prohibición de discriminación directa por razón de sexo. Os casos que permiten exceptuar o mandato da prohibición directa enuméranse exhaustivamente pola Directiva.
- Aínda que a Directiva permite que os Estados membros exclúan do seu ámbito de aplicación a fixación da idade de xubilación para a concesión das pensións de vellez e de xubilación, e as consecuencias que poidan derivarse delas para outras prestacións [art. 7.1.a)], esta disposición non permite que os Estados membros traten de maneira diferente a unha persoa que cambiou de sexo despois de casarse e a unha persoa que conservou o seu sexo de nacemento e está casada, no que respecta á idade que determina a obtención dunha pensión estatal de xubilación.

1.4. Mención especial ás Conclusións do Avogado Xeral (dende a perspectiva ampla)

Xa se sinalou con anterioridade que o Avogado Xeral expón con carácter preliminar a posibilidade de abordar a cuestión obxecto do litixio principal dende dúas perspectivas distintas, propugnando neste caso a adecuación da formulación restritiva, en atención aos termos da cuestión prexudicial exposta polo Tribunal nacional. Con todo, non quere deixar pasar a ocasión de abordar os límites dos Estados membros na regulación daquelas cuestións que, aínda pertencendo ao ámbito das competencias nacionais, se poden erixir nun obstáculo para a efectividade da prohibición de discriminación por razón de sexo.

A pesar da súa falta de efectos xurídicos directos, as respostas ás preguntas que formula adquiren unha especial significación nunha época na que non todos os Estados membros parecen estar aliñados cos principios sociais básicos da Unión Europea e na que (desgraciadamente) asistimos ao desembarco nos órganos representativos da soberanía popular de partidos políticos contrarios a estes principios sociais.

Como se puxo de manifesto, boa parte das alegacións do Goberno do Reino Unido artículanse sobre a liberdade recoñecida polo propio TXUE (tamén polo TEDH), que asiste aos Estados membros para regular os requisitos para o recoñecemento do cambio de sexo e a regulación do estado civil das persoas. Interesa agora non tanto atender ao caso concreto analizado como reproducir as súas consideracións (ou conclusións) en relación aos límites do dereito nacional para establecer aquelas condicións previas indispensables que condicionan o acceso á pensión de vellez. É por iso que, a prol da brevidade, tampouco se vai a reproducir a resposta ás alegacións gobernamentais en relación á ruptura da coherencia do ordenamento xurídico que supoñería a inaplicación deste requisito exclusivamente para os efectos do acceso á pensión de xubilación nin tampouco a alegación referida á adecuación deste requisito á xurisprudencia do Tribunal Europeo de Dereitos Humanos

por canto os asuntos examinados nesa sede versaban sobre o dereito á vida familiar (art. 7 CEDH) e sobre o dereito para contraer matrimonio (art. 9 CEDH) e non sobre a prohibición de discriminación por razón de sexo no ámbito da Seguridade Social.

As conclusións do Avogado Xeral dende esta perspectiva ampla son os seguintes:

a) Debe considerarse, en principio, incompatible co Dereito (da Unión) unha lexislación nacional que, ao non recoñecer aos transexuais a súa nova identidade sexual, impide que un transexual reúna un dos requisitos necesarios para gozar dun dereito protexido polo Dereito (da Unión).

b) O enfoque contrario faría que o ámbito de aplicación do Dereito da Unión en relación coa prohibición de discriminación por razón de sexo dependese totalmente dos distintos requisitos previstos no ámbito nacional. O goce dos dereitos que confire o Dereito da Unión dependería da discrecionalidade sen restricións dos Estados membros. Estes requisitos non só regularían cuestións técnicas de carácter físico-médico e psicosocial, senón que tamén estarían destinados a protexer a moral ou os valores. Unha discrecionalidade ilimitada a este respecto implicaría correr o risco de que a discriminación baseada no cambio de sexo, prohibida pola Directiva, volveuse pola porta de atrás na forma de condicións previas ou requisitos asociados ao recoñecemento do estado (civil) sen importar o seu contido.

c) Onde e como debe trazarse a liña que divida os requisitos "aceptables" (aqueles que quedan excluídos de calquera revisión) dos "inaceptables" (aqueles susceptibles de revisión)? Os requisitos considerados "aceptables" *per se* e de maneira abstracta poderían, en determinados contextos fácticos ou xurídicos, carrexar consecuencias completamente inaceptables.

d) É preciso ter presente que a lóxica segundo a cal determinados requisitos para o cambio de sexo quedarían excluídos de toda revisión tampouco tería en conta o carácter dinámico do recoñecemento do sexo como un

proceso. Debido á natureza dinámica inherente á transexualidade, a protección é necesaria non só cando xa se obtivo o pleno recoñecemento do cambio de sexo senón tamén (e en ocasións, moi en particular) respecto dos trámites para obtelo.

e) Aínda que os requisitos para o recoñecemento do cambio de sexo seguen sendo competencia dos Estados membros, isto non significa (...) que actúen completamente á marxe do ámbito de aplicación do Dereito da Unión, e por tanto, poidan zafarse de todo tipo de escrutinio. (...) No exercicio da devandita competencia os Estados membros deben respectar o Dereito da Unión, en especial, as disposicións relativas ao principio de non discriminación.

f) Non existe unha regra xeral e ineludible para determinar a fase ou o momento no que unha persoa transxénero está amparada polo dereito á igualdade de trato e a prohibición de discriminación en virtude do Dereito da Unión. Cada caso concreto debe analizarse á luz da situación particular e da cuestión prexudicial exposta.

g) No exercicio da súa competencia en materia de estado civil, os Estados membros deben respectar o Dereito da Unión, aínda que o estado civil e as prestacións que del dependen sexan materias incluídas no ámbito da competencia dos Estados membros. O Dereito da Unión non restrinxe esta competencia (*Asunto Parris*²²). Os Estados membros dispoñen da liberdade para permitir ou non o matrimonio entre parellas do mesmo sexo ou, se así o desexan, de prever unha forma alternativa de recoñecemento legal das persoas do mesmo sexo. A eventual incompatibilidade (do requisito da anulación do matrimonio) coa Directiva 79/7/CE non implica a obrigación de que os Estados membros recoñezan o matrimonio entre persoas do mesmo sexo. Unicamente sería necesario facer que o acceso á prestación controvertida fose independente deste requisito, o que non significa que non poida seguir integrando a lexislación nacional, pero non podería aplicarse

²² STXUE de 24-11-2016 (*Asunto Parris*). (C-443/2015).

como unha condición previa para acceder a unhas prestacións (vellez) que non gardan relación co estado civil. O Avogado Xeral conclúe con cinco observacións finais. De entre elas merece significarse a terceira: "(...) *Este asunto versa sobre unha realidade única e singular, difícil de encaixar nas divisións binarias tradicionais nas que se fundamenta a prohibición de discriminación por razón de sexo (...). Refírese a unha realidade humana complexa que os distintos ordenamentos xurídicos tiveron dificultades para reflectir ao longo do tempo e en cuxo marco a situación persoal dos individuos resulta profundamente afectada polos continuos cambios lexislativos (...)*".

2. UNHA BREVE NOTA SOBRE O CAMBIO DE SEXO/ XÉNERO NO DEREITO ESPAÑOL E A SÚA EVENTUAL INCIDENCIA EN MATERIA DE SEGURIDADE SOCIAL

A normativa española relativa ao cambio de sexo caracterízase pola súa dispersión e fragmentación. En materia de lexislación civil, o Estado conserva a competencia exclusiva, exclusividade que alcanza -en todo caso e sen excepción- ás regras relativas ás relacións xurídico-civís relativas ás formas de matrimonio e á ordenación dos rexistros e instrumentos públicos (art. 149.1.8ª CE). As comunidades autónomas con Dereito civil, foral ou especial propio manteñen a competencia para a súa conservación, modificación e desenvolvemento, pero sen que poida afectar á competencia exclusiva estatal mencionada.

En uso desta competencia exclusiva, a promulgación da Lei 13/2005, do 1 de xullo, pola que se modifica o Código civil en materia de dereito a contraer matrimonio supuxo a equiparación nos requisitos e efectos do matrimonio con independencia do sexo dos contraentes (art. 44 Código civil). Pola súa banda, a Lei 3/2007, do 15 de marzo de 2007, reguladora da rectificación rexistral da mención

relativa ao sexo das persoas²³ (en diante, LRRS) recoñeceu a posibilidade de rectificación rexistral da indicación do sexo da partida de nacemento mediante expediente gubernativo nos casos de disforia de xénero (art. 93). Esta posibilidade constituía unha nova excepción á regra xeral que atribuíu en exclusiva esta posibilidade aos órganos xurisdiccionais mediante sentenza firme (art. 92LRSS) esixindo entón e agora a concorrencia dos seguintes requisitos (arts. 1 e 4 LRRS)²⁴:

- a) A lexitimación para solicitar a rectificación rexistral compete en exclusiva á persoa interesada, de nacionalidade española e maior de idade²⁵.
- b) Debe acreditar que lle foi diagnosticada disforia de xénero mediante informe de médico ou psicólogo clínico, colexiados en España ou cuxos títulos fosen recoñecidos ou homologados en España. Estes informes deben facer expresa referencia á existencia desa discordancia entre o sexo e o xénero; a estabilidade e persistencia desta discordancia e a ausencia de trastornos da personalidade.
- c) Tamén debe acreditar que recibiu tratamento médico durante polo menos dous anos para acomodar as súas características físicas ás correspondentes ao sexo reclamado. Este

²³ Mediante a modificación da Lei do 8 de xuño de 1957 sobre o Rexistro Civil,

²⁴ A Disposición transitoria única exonera da acreditación de requisitos para a rectificación da mención rexistral do sexo á persoa que, mediante informe de médico colexiado ou certificado do médico do Rexistro Civil, acredite que foi sometida a cirurxía de reasignación sexual con anterioridade á entrada en vigor da lei.

²⁵ O Pleno do Tribunal Constitucional, por Providencia do 10 de maio de 2016, admitiu a trámite a Cuestión de inconstitucionalidade núm. 1595-2016 exposta pola Sala Primeira do Civil do Tribunal Supremo, no recurso núm. 1583-2015, en relación co artigo 1 da Lei 3/2007, do 15 de marzo, reguladora da rectificación rexistral da mención relativa ao sexo das persoas, despois de que só recoñece lexitimación ás persoas maiores de idade para solicitar a rectificación da mención rexistral do sexo e do nome, por posible vulneración dos artigos 15, 18.1 e 43.1, en relación co artigo 10.1 CE («B.Ou.E.» 19 maio).

cumprimento acredítase mediante informe do médico colexiado baixo cuxa dirección se realizou o tratamento ou, na súa falta, mediante informe dun médico forense especializado.

A LRRS expresamente exclúe que sexa necesario que o tratamento médico inclúa cirurxía de reasignación sexual. E tamén exclúe a esixencia dos tratamentos médicos cando concorran razóns de saúde ou idade que imposibiliten o seu seguimento e achegar certificación médica de tal circunstancia.

A cirurxía de reasignación sexual deixou de ser, por tanto, requisito imprescindible para o recoñecemento xurídico da identidade sexual plasmado na modificación rexistral. Respéctanse así os dereitos fundamentais das persoas transxénero, que poden ou non desexar someterse á cirurxía de reasignación de sexo e que poden ou non ter posibilidade económica de logralo. E é que hai que lembrar que aínda hoxe a cirurxía de cambio de sexo non se atopa incluída na Carteira Común de Servizos do Servizo Nacional de Saúde²⁶, aínda que si na Carteira de Servizos de bastantes comunidades autónomas. Pero é máis importante aínda en tanto supón a ruptura do tradicional binarismo sexo e xénero que non reflicte correctamente a realidade da identidade de xénero e na que a regulación comunitaria en materia de igualdade por razón de sexo aínda permanece ancorada, pese ao loable esforzo do TXUE por superar esa concepción caduca incluíndo ás persoas que cambiaron de sexo no ámbito das discriminacións directas da Directiva 79/7/CE. Como se sinalou, tamén o Avogado Xeral se refire a este binarismo como elemento que caracteriza a regulación comunitaria relativa á prohibición de discriminación por razón de sexo.

Algunhas comunidades autónomas contan con regulación específica non só en materia de asistencia sanitaria senón

²⁶ Real Decreto 1030/2006, do 15 de setembro, polo que se establece a carteira de servizos comúns do Sistema Nacional de Saúde e o procedemento para a súa actualización.

especificamente na regulación da identidade de xénero²⁷. Estas normas autonómicas, en xeral, abordan a identidade de xénero dende unha perspectiva moito máis ampla e neutral (“despatoloxizadora”) que a normativa estatal, restrinxida como vimos á modificación rexistral do sexo en supostos de “disforia” de xénero e, subxectivamente, restrinxida ás persoas de nacionalidade española e maiores de idade. No que se refire ao financiamento público dos tratamentos médicos esixidos para a modificación rexistral, na actualidade Andalucía, Baleares, Cataluña, Canarias, Castela-A Mancha, Comunidade Valenciana, Extremadura, Galicia, Murcia, Navarra e País Vasco financian as operacións de cirurxía de reasignación sexual (xenitoplastias e cirurxía mamaria) e os tratamentos hormonais previos e posteriores a esta eventual cirurxía e contan algún tipo de Centro, Servizo ou Unidade de Referencia (CSUR). Estes CSUR teñen que cumprir uns requisitos comúns en todo o Sistema Nacional de Saúde; estes criterios acórdanse no Consello Interterritorial do Servizo Nacional de Saúde²⁸. Merece especial significación o feito de que algunhas delas contemplan a identidade de xénero dende unha perspectiva máis ampla (en distintos graos) e normalizadora da complexidade da identidade sexual, incluíndo todas as dimensións implicadas no libre desenvolvemento da identidade sexual Andalucía²⁹, Canarias³⁰, Cataluña³¹,

²⁷ V. sobre a normativa autonómica, ALVENTOSA DEL RIO, Josefina, “La regulación de la identidad de género en las Comunidades Autónomas”, Boletín del Instituto de Derecho Iberoamericano, 3-4-2015 (<https://idibe.org/cuestiones-de-interes-juridico/la-regulacion-de-la-identidad-de-genero-en-las-comunidades-autonomas/>; Data de consulta: 6-12-2018)

²⁸

<https://www.mscbs.gob.es/profesionales/centrosdereferencia/docs/fesp/fe-sp24.pdf>

²⁹ Lei 2/2014, do 8 de xullo, integral para a non discriminación por motivos de identidade de xénero e recoñecemento dos dereitos das persoas transexuais de Andalucía; Lei 8/2017, do 28 de decembro, para garantir os dereitos, a igualdade de trato e non discriminación das persoas LGTBI e os seus familiares en Andalucía.

Estremadura³², Galicia³³, Baleares³⁴, Madrid³⁵, Murcia³⁶, Navarra³⁷, País Vasco³⁸ e Comunidade Valenciana³⁹. Este enfoque integral abarca tamén ás persoas transexuais ou transxénero menores de idade recoñecéndolles o dereito á súa atención integral para o que tamén se prevén medidas no ámbito educativo e socio sanitario. A nivel estatal, tamén existen iniciativas parlamentarias que adoptan un enfoque integral centrado na libre determinación da identidade sexual e expresión de xénero⁴⁰.

³⁰ Lei 8/2014, do 28 de outubro, de non discriminación por motivos de identidade de xénero e de recoñecemento dos dereitos das persoas transexuais.

³¹ Lei 11/2014, do 10 de outubro, para garantir os dereitos de lesbianas, gais, bisexuais, transxéneros e intersexuais e para erradicar a homofobia, a bifobia e a transfobia.

³² Lei 12/2015, do 8 de abril, de igualdade social de lesbianas, gais, bisexuais, transexuais, transxénero e intersexuais e de políticas públicas contra a discriminación por orientación sexual e identidade de xénero na Comunidade Autónoma de Estremadura.

³³ Lei 2/2014, do 14 de abril, pola igualdade de trato e a non discriminación de lesbianas, gais, transexuais, bisexuais e intersexuais en Galicia.

³⁴ Lei 8/2016, do 30 de maio, para garantir os dereitos de lesbianas, gais, trans, bisexuais e intersexuais e para erradicar a LGTBI fobia.

³⁵ Lei 2/2016, do 29 de marzo, de identidade e expresión de xénero e igualdade social e non discriminación da Comunidad de Madrid; Lei 3/2016, do 22 de xullo, de protección integral contra a LGTBifobia e a discriminación por razón de orientación e identidade sexual na Comunidad de Madrid

³⁶ Lei 8/2016, do 27 de maio, de igualdade social de lesbianas, gais, bisexuais, transexuais, transxénero e intersexuais, e de políticas públicas contra a discriminación por orientación sexual e identidade de xénero na Comunidade Autónoma da Región de Murcia.

³⁷ Lei foral 8/2017, do 19 de xuño, para a igualdade social das persoas LGTBI+

³⁸ Lei 14/2012, do 28 de xuño, de non discriminación por motivos de identidade de xénero e de recoñecemento dos dereitos das persoas transexuais.

³⁹ Lei 8/2017, do 7 de abril, da Generalitat, integral do recoñecemento do dereito á identidade e á expresión de xénero na Comunitat Valenciana; Lei 23/2018, do 29 de novembro, da Generalitat, de igualdade das persoas LGTBI.

⁴⁰ 122/000191 Proposición de Lei sobre a protección xurídica das persoas trans e o dereito á libre determinación das persoas trans e á expresión de

A restrinxida consideración no Dereito estatal da complexa realidade da identidade de xénero á mera transexualidade expón no ámbito da Seguridade Social problemas importantes, dada a competencia exclusiva do Estado nesta materia (art. 149.1.17ª CE). Xa contamos con doutrina do Tribunal Constitucional declarando a inconstitucionalidade da integración do concepto das parellas de feito por remisión á normativa autonómica das comunidades autónomas con dereito civil propios para os efectos da pensión de viuvez (STC 40/2014, do 11 de marzo).

Aínda que en España existe unha idade uniforme -dende a perspectiva do sexo/xénero- para o acceso á pensión de xubilación, existen algunhas disposicións que confiren un tratamento diferente a homes e mulleres no ámbito do sistema de seguridade social. Son disposicións que, en xeral, poden catalogarse como medidas de acción positiva para as mulleres, pero cuxa aplicación ás persoas transexuais e transxénero pode xerar problemas xurídicos.

A LRRS dota de efectos constitutivos á resolución administrativa da rectificación de sexo dende a súa inscrición no Rexistro Civil, que habilita á persoa para exercer todos os dereitos inherentes á súa nova condición e decreta o mantemento dos dereitos e obrigacións xurídicas que poidan corresponder á persoa con anterioridade á inscrición do cambio rexistral (art. 5 LRSS). En termos de estrita legalidade ordinaria, o sexo rexistral na data do feito causante é o determinante da aplicación da normativa correspondente. Con todo, esta solución pode resultar cuestionable en termos de constitucionalidade ao entrar en xogo o xuízo de razoabilidade e proporcionalidade que xustifica a existencia das devanditas diferenciacións en razón do sexo.

A título meramente exemplificativo: resulta aplicable a cotización ficticia prevista no art. 235 TRLXSS á persoa que, cumprindo os requisitos previstos en relación á maternidade

biolóxica, fose rexistralmente home no momento do feito causante da xubilación ou incapacidade permanente? Resulta(rá) de aplicación o cómputo do servizo militar obrigatorio ao home que o prestou e posteriormente cambiou de sexo? Tamén a aplicación do complemento de maternidade recollido no art. 60 TRLXSS suscita dúbidas dende esta mesma perspectiva porque a aplicación do efecto constitutivo en relación á data do feito causante pode determinar consecuencias que non converxen coa finalidade da medida. E como xa apuntase noutra ocasión⁴¹, a esixencia de fillos comúns como criterio atributivo de dereitos no ámbito da regulación da pensión de viuvez expón fundadas dúbidas de constitucionalidade que aínda non foron expostas ante o Tribunal Constitucional aínda que xa contamos con pronunciamentos xudiciais en situacións similares⁴² que poden permitir aventurar sentenza estimatorias en relación ao carácter discriminatorio dalgunhas previsións normativas se chegasen a exporse.

3. BREVE REFLEXIÓN (EPÍLOGO)

Con ser importante a súa doutrina, a STXUE do 26 de xullo de 2018 (Asunto M.B.) pon de manifesto una certa estreiteza de miras da normativa comunitaria no relativo á discriminación por razón de sexo e/ou xénero. É certo que a inclusión no ámbito subxectivo da prohibición por razón de sexo (neste caso, en materia de seguridade social) das persoas que cambiaron de sexo constitúe unha noticia positiva e é unha proba do valor do papel interpretativo do TXUE. Pero a lectura da sentenza tamén pon de relevo o carácter anticuado e caduco do binarismo adoptado polas instancias comunitarias, reflexo dun feminismo superado.

⁴¹ VICENTE PALACIO, Arántzazu, "La existencia de hijos comunes como criterio atributivo de derechos en materia de viudez: un criterio cuestionable desde la óptica de la prohibición de discriminación", *Revista de Seguridad Social (Laborum)* nº 9, 2016.

⁴² STC 41/2013, do 14 de febreiro en resolución de cuestión de inconstitucionalidade. No mesmo sentido, en recursos de amparo, STC 55/2013, do 11 de marzo; STC 77/2013, do 8 de abril; STC 124/2014, do 21 de xullo; STC 188/2014, do 17 de novembro.

Tamén é un bo exemplo da falsa modernidade que se esconde en moitos casos no uso (só aparentemente) disxuntivo do binomio sexo/xénero cando, en realidade, continúa utilizándose en sentido unívoco, equiparando o sexo biolóxico (aínda que reasignado) co xénero (manifestación exterior conforme aos patróns sociais asignados ás binarias categorías sexuais). Na mesma STXUE faise uso de ambos os conceptos como sinónimos, equiparando sexo e xénero. É certo que, como vimos, a normativa británica -tamén a española- non esixe para a modificación rexistral do cambio de sexo (realidade biolóxica) a intervención cirúrxica (final) de reasignación sexual e, por tanto, podería pensarse que si diferencia entre sexo e xénero, pero continúa considerando o "xénero" en termos exclusivamente binarios (masculino/feminino) e ao continuar utilizándoos como elemento diferenciador no normativo perpetúa a discriminación social de xénero.

A afirmación anterior non quere cuestionar -ao contrario- as medidas de acción positiva dirixidas a compensar (normativamente) a discriminación social por razón de sexo derivadas, en boa medida do xénero, cando a xustificación sexa obxectiva e razoable e o é cando se arbitran para corrixir situacións de desigualdade real e efectiva, pero sería desexable para o futuro -e dende o presente inmediato- someter a actuación pública, especialmente a acción normativa, a un xuízo de "(de)xeneración"⁴³. A pesar do seu

⁴³ Este termo úsase aquí na mesma liña da proposta dos profesores Martínez Girón e Arufe Varela (V. MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús e ARUFE VARELA, A., *Deporte profesional de-generado. Un estudio sobre feminismo radical*, Barcelona (Atelier), 2017) en relación ao substantivo "de-xenerado" como tradución do termo "de-gendered", de uso habitual na bibliografía feminista estadounidense da 3ª onda, preferible a "non-gendered" pola súa radicalidade dada a súa similitude fonética (en inglés) co adxectivo "degenerate", cualificativo usado pexorativamente en relación ao movemento feminista e especialmente o movemento LGBTI. En español, esta radicalidade é maior pois se converte en identidade. O termo castelán formouse a partir do substantivo "generación" na 7ª acepción (pouco usada) da RAE, que o define como "caste, xénero ou especie" e co prefixo "de" (tamén inexistente, pero no sentido de "non").

aparente carácter vantaxoso, compensatorio ou equilibrador contribúe a acción e/ou medida a perpetuar uns estereotipos de xénero profundando aínda máis a discriminación real?

En definitiva, na medida do posible é o momento de avogar por Dereito “de-xenerado” e “de-xenerador”: un ordenamento xurídico que, consciente da efectiva discriminación social por razón de sexo saiba articular -en todos os ámbitos- medidas disruptivas dos roles de xénero que aínda perduran na sociedade e que son os responsables do diferente porvir adxudicado en función do redutor binarismo sexual actual.

Na tradución ao galego óptase polo uso do castelanismo “xeneración” (o termo correcto, segundo o dicionario da Real Academia Galega é “xeración”, e non contén a acepción de xénero), así como das formas igualmente incorrectas “xenerado” e “xenerador”, co obxecto de que non se perda o dobre sentido que expresa o orixinal español (nota á tradución).