

## **SEXO Y GÉNERO EN EL ÁMBITO COMUNITARIO: POR UN ORDENAMIENTO JURÍDICO “DE-GENERADOR” (Algunas reflexiones a propósito de la STJUE de 26 de julio de 2018, Asunto M.B.)**

ARÁNTZAZU VICENTE PALACIO

Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social  
Universidad Jaume I-Castellón

<https://orcid.org/0000-0002-6559-4386>  
[arantzazu.vicente@dtr.uji.es](mailto:arantzazu.vicente@dtr.uji.es)

*"(...) El género es otra cosa. Es una entidad más difusa, independientemente de cómo se la conciba. Habita en las cavidades. Trasciende el cuerpo. (...) No me importa que mi ambigüedad persista. He vivido la vida de un hombre; ahora vivo la vida de una mujer y un día tal vez logre trascender las dos cosas (...). No existe ninguna norma, ningún criterio único y es posible que tampoco exista ninguna explicación (...)". Jan Morris "Conundrum", 1974 (2002)<sup>1</sup>*

### **RESUMEN**

La STJUE de 26-7-2018 (*Asunto M.B*) declara el carácter discriminatorio de una normativa nacional (británica) que

---

<sup>1</sup>Edición española: MORRIS, Jan, "El enigma", Barcelona (RBA), 2011 (Traducción de la 2ª edición de la edición inglesa, 2002. Traducción Ana Mata). En esta obra la autora (Somerset, 1926), consagrada escritora y periodista inglesa, relata en carne propia su cambio de sexo (masculino) para adecuarlo al género sentido como propio (femenino) desde temprana edad. En su etapa como varón, James Morrison fue escritor, periodista y militar, ámbito este último que tuvo que abandonar para explorar su identidad sexual por no ser "compatible" con su nuevo género. Desde el punto de vista personal, Jan Morris tuvo que divorciarse de su esposa -con la que estuvo casado como varón desde 1946 y con la que tuvo cinco hijos- para poder obtener el reconocimiento legal de su cambio de sexo. El reconocimiento de las uniones civiles para personas del mismo sexo (2008) le permitió volver a formalizar la relación con su esposa, de la que nunca se separó y que durante toda su vida le apoyó en la búsqueda de su identidad sexual. En 1960 inició el tratamiento hormonal y en 1972 se sometió a una operación quirúrgica en Casablanca.

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 26<sup>th</sup> 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 19<sup>th</sup> 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.

## 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 axuizamento 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-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:** Transexualidad; Transgénero; Seguridade Social; Identidade de xénero; Tribunal Xustiza da Unión Europea; Dereito de-xenerado; 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. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 26 DE JUNIO DE 2018 (*Asunto M.B. y Secretary of State for Work and Pensions*)<sup>2</sup>**

#### **1.1. Antecedentes fácticos y normativa nacional (británica) aplicable.**

La STJUE de 28 de junio de 2018 resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Reino Unido (*Supreme Court of the United Kingdom*). Tras la aparente sencillez de la cuestión planteada (*¿Es el requisito de no estar casado contrario a la prohibición de discriminación por razón de sexo en materia de seguridad social establecida en la Directiva 79/7/CEE?*), el Tribunal de Justicia vuelve a abordar la discriminación de las personas transexuales/transgénero, aunque desde el limitado ámbito al que se extiende su competencia invocada por el órgano

---

<sup>2</sup> Asunto C-451/16

judicial nacional: 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. Dejo apuntado deliberadamente el restringido ámbito normativo en el que se desarrolla el planteamiento de la cuestión prejudicial y, consiguientemente, la argumentación y fallo de la sentencia, tema sobre el que tendré ocasión de volver con posterioridad.

El TJUE ya ha tenido ocasión de abordar con anterioridad la discriminación de las personas transexuales/transgénero en el Reino Unido en el ámbito del contrato de trabajo (*Asunto S. contra P y Cornwall*)<sup>3</sup> y también en materia de Seguridad Social en varias ocasiones (*Asunto Richards*<sup>5</sup> y *Asunto K.B*)<sup>6</sup>). Precisamente en la primera sentencia está el origen de la promulgación de la *Gender Reassignment Regulations (1999)*, por la que se modificó la *Sex Discrimination Act (1975)* para incluir en su ámbito de aplicación los casos de discriminación directa de cualquier empleado basada en el cambio de sexo. Con anterioridad a esta reforma, dicha norma mantenía una definición de las categorías sexuales/género en términos estrictamente binarios (hombre/mujer) y la prohibición de cualquier discriminación -directa e indirecta- no tomaba en consideración la que pudiera derivarse de un cambio de sexo/género en tanto la normativa británica no reconocía más que estas dos únicas categorías (*Birth and Death Registration Act, 1953*)<sup>7</sup>.

El *asunto Richards* versaba sobre la imposibilidad jurídica de la demandante de obtener el reconocimiento jurídico del cambio de sexo en el momento en que presentó su solicitud

---

<sup>3</sup> Asunto C-13/94

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

<sup>5</sup> STJUE de 27-4-2006 (Asunto Richards); Asunto C-423-04.

<sup>6</sup> STJUE de 7-1-2004 (Asunto K.B); Asunto C-117/01.

<sup>7</sup> La partida de nacimiento sólo podía modificarse registralmente en caso de error de transcripción o error material.

de pensión de jubilación a la edad establecida por la legislación británica para las mujeres (60 años). La edad de acceso a la jubilación para los varones está establecida en 65 años. Cuando se sometió a la operación quirúrgica de reasignación de sexo (3 de mayo de 2001) no era posible, atendiendo a la legislación nacional, la modificación registral del sexo atribuido en la partida de nacimiento (varón) razón por la cual la administración británica de seguridad social le denegó la pensión dado que todavía no había cumplido la edad de jubilación aplicable atendiendo al sexo reconocido legalmente (varón). Cuando la cuestión prejudicial tuvo entrada en el TJUE<sup>8</sup> ya se había promulgado la *Gender Recognition Act (2004)*<sup>9</sup> aunque todavía no había entrado en vigor. Según esta norma, aquellas personas que ya hubieran cambiado de sexo, o que proyectaran una operación quirúrgica de este tipo, podrían solicitar un certificado de reconocimiento de sexo («*gender recognition certificate*»), que implicaría un reconocimiento total de su cambio de sexo cuando fuera definitivo.

La expedición de este certificado (definitivo) era obligatoria para la Administración si el solicitante cumplía los siguientes requisitos: a) Tener o haber tenido disforia de género; b) Haber vivido con su nueva identidad sexual durante los dos años anteriores a la fecha de solicitud del certificado; c) Tener la intención de vivir con su nueva identidad sexual hasta la muerte; y finalmente, aunque la sentencia Richards no lo menciona por ser irrelevante en relación a la cuestión planteada en ese momento que: d) En caso de que el solicitante estuviera casado con anterioridad, la solicitud de anulación del matrimonio, dado que, en aquel momento, la normativa nacional aplicable sólo admitía el matrimonio entre hombre y mujer (*Matrimonial Causes Act, 1973*). Además, debía cumplir unos requisitos probatorios: un informe elaborado por dos médicos o por un médico y un psicólogo. Es importante señalar -luego se volverá sobre

---

<sup>8</sup> Fecha de entrada en el TJUE: 4 de octubre de 2004

<sup>9</sup> 1-7-2004 (Fecha de entrada en vigor: 4-4-2005)

esta cuestión- que esta normativa no condiciona el reconocimiento del cambio de género a la operación quirúrgica de "reasignación de sexo" aunque sí mantiene la concepción patologizadora de la "disforia" de género.

Es sobre el cuarto requisito señalado sobre el que se solicita ahora por el Tribunal Supremo británico un pronunciamiento sobre su adecuación a la Directiva 79/7/CEE. Hay que poner de manifiesto que nuevamente la regulación jurídica británica ha cambiado durante el *iter* procesal. La *Marriage Same Sex Couples (2013)*<sup>10</sup>, además de permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, modificó la *Gender Recognition Act (2004)* en el sentido de sustituir el requisito de la anulación del matrimonio por el consentimiento del cónyuge en el caso de que la persona transgénero estuviera casada con anterioridad.

Los antecedentes fácticos del litigio principal son sencillos. M.B nació en 1948 con sexo masculino y contrajo matrimonio con una mujer en 1974. En 1991 empezó a hacer vida como mujer y en 1995 se sometió a una operación quirúrgica de cambio de sexo. Sin embargo, M.B. no pudo obtener el certificado definitivo de cambio de sexo al negarse a solicitar la anulación del matrimonio pues tanto la solicitante como su esposa deseaban continuar con esta situación matrimonial. Ello no obstó para que al cumplir 60 años (2008) y reuniendo el periodo de carencia exigido, M.B. solicitara el reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación (Clase A), al ser esta la edad prevista para el acceso a esta pensión jubilación de las mujeres nacidas antes del 6-4-1950. Los varones nacidos con anterioridad al 6-12-1953 no pueden optar a la jubilación hasta los 65 años de edad (*Social Security Contributions and Benefits Act, 1992; Pensions Act, 1995*).

La regulación jurídica nacional aplicable en el momento del litigio principal ya se ha dejado apuntada. El estado civil condiciona el reconocimiento definitivo del cambio de sexo en la normativa nacional a la solicitud de anulación del

---

<sup>10</sup> Fecha de entrada en vigor: 10-12-2014.

matrimonio si la persona transexual estuviera casada con anterioridad al cambio de sexo, dado que, en aquel momento, la normativa nacional aplicable sólo admitía el matrimonio entre hombre y mujer (*Matrimonial Causes Act, 1973*). Sólo este certificado definitivo constituía la nueva identidad sexual con validez a todos los efectos; específicamente en relación al derecho a percibir una pensión pública de jubilación, la norma prevé que el sexo de la persona solicitante habrá sido siempre el correspondiente a su nueva identidad sexual.

### **1.2. Posiciones de las partes y conclusiones del abogado general (desde una perspectiva restrictiva)**

La solicitante considera que el requisito de la anulación del matrimonio previo constituye una discriminación por razón del cambio de sexo por no exigirse a las personas cisgénero, quienes pueden optar a la pensión de jubilación con independencia de su estado civil. Por el contrario, el Ministerio de Trabajo y Pensiones británico invoca la jurisprudencia comunitaria (*Asunto Richards*) según la cual compete a los Estados miembros el establecimiento de los requisitos para el reconocimiento jurídico del cambio de sexo de una persona siendo válido que, además de criterios sociales, físicos y psicológicos, se puedan establecer requisitos referentes al estado civil. También invoca la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Asunto Parry contra Reino Unido* y *Asunto R. y F contra Reino Unido*<sup>11</sup> y *Sentencia Hämäläinen*<sup>12</sup>). Según este Tribunal, supeditar el reconocimiento de cambio de sexo a la anulación previa del matrimonio no es contrario a la Carta Europea de Derechos Humanos pues esta norma no obliga a los Estados miembros a reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo. Para el Ministerio británico se trata de un condicionante que tiene por objetivo “mantener

---

<sup>11</sup> Resoluciones del TEDH de 28 de noviembre de 2006.

<sup>12</sup> STEDH de 16-7-2014.

*el concepto tradicional de matrimonio como unión entre un hombre y una mujer”.*

Cómo acertadamente pone de relieve el Abogado General en sus Conclusiones, cada parte procesal ha formulado sus alegaciones desde perspectivas diferentes.

La solicitante de la pensión de jubilación cuestiona exclusivamente la adecuación de este requisito a la prohibición de discriminación por razón de sexo contemplado en la Directiva 79/7/CEE. Y esta misma óptica restrictiva es desde la que el Tribunal comunitario resuelve la cuestión prejudicial puesto que en estos términos se define por el Tribunal Supremo británico. Descarta así el TJUE la opción amplia elegida por el Gobierno británico que prefiere situar la cuestión en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales y, concretamente, a si es compatible con el derecho fundamental a la vida privada y familiar y con el derecho al matrimonio que un Estado miembro: a) se niegue a permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, y consecuentemente; b) se niegue a reconocer el cambio de sexo si ello conlleva que dos personas del mismo sexo estén casadas en un matrimonio válido (entre personas del mismo sexo). También el Abogado General propugna la opción por la perspectiva restrictiva tanto por ser esta la perspectiva en la que se plantea la cuestión prejudicial y también por dos consideraciones fácticas que el tribunal nacional señala: a) que el requisito de la anulación del matrimonio se exige, *exclusivamente*, a las personas que han cambiado de género; b) que el requisito de no estar casado se exige, *además*, de los criterios de carácter físico, social y psicológico.

La perspectiva amplia propugnada por el Gobierno británico es deliberada pues centrar el núcleo del debate en el estado civil deja la cuestión controvertida fuera del ámbito competencial del TJUE. Como el propio Gobierno británico expone en sus consideraciones, invocando la doctrina del TJUE, la fijación de los requisitos para obtener el reconocimiento de cambio de sexo es competencia de los

Estados Miembros (*Asunto Richards*). Igualmente, los Estados miembros están legitimados para regular objetivos de orden público considerando que lo es cualquier requisito dirigido a evitar matrimonios entre personas del mismo sexo. Considera, además, que la eliminación del requisito de no estar casado a los únicos efectos de la interpretación de la Directiva 79/7/CE menoscabaría la coherencia del ordenamiento jurídico nacional sobre el estado civil y el cambio de sexo y que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que el requisito de no estar casado es conforme al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El Abogado General analiza las alegaciones de ambas partes de forma detallada, elaborando una doctrina -aunque sin efectos jurídicos- de gran interés para la interpretación jurídica de los ordenamientos nacionales en el contexto del Derecho de la Unión. Con todo, es partidario de resolver la cuestión en el marco de la perspectiva restringida, por ser ésta la adoptada por el Tribunal nacional en el planteamiento de la cuestión prejudicial. Y desde este planteamiento concluye en el carácter discriminatorio del requisito de no estar casado exigido a las personas transexuales/transgénero para poder obtener una pensión pública de jubilación.

### **1.3. Argumentación y fallo judicial**

Desde la perspectiva restrictiva señalada, la sentencia resuelve la cuestión prejudicial planteada en el sentido propugnado por la solicitante de la pensión de jubilación, sentenciando que se opone a la Directiva 76/7/CEE aquella normativa nacional que exige a una persona que ha cambiado de sexo que cumpla, no sólo criterios de carácter físico, social y psicológico sino también el requisito de no estar casada con una persona del sexo adquirido a raíz del cambio de sexo, para poder optar a una pensión estatal a partir de la edad legal de jubilación de las personas del sexo adquirido.

De forma progresiva, el Tribunal de Justicia desgrana los distintos argumentos jurídicos que fundamentan su fallo a la luz de la Directiva invocada y de la distinta (y abundante) jurisprudencia comunitaria. Para simplificar su exposición, los citados argumentos se presentan a continuación sistematizados:

*a) Por lo que respecta al estado civil, el principio de no discriminación por razón de sexo y la prohibición de discriminación por razón de sexo:*

- Aunque el Derecho de la Unión no afecta a la competencia de los Estados miembros en lo referente al estado civil de las personas, dichos Estados deben respetar el Derecho de la Unión al ejercer esta competencia, especialmente, las disposiciones relativas al principio de no discriminación (STJUE de 27-4-2006, asunto Richards)<sup>13</sup>; STJUE de 1-4-2008, asunto Maruko<sup>14</sup>; STJUE de 5-6-2018, Asunto Coman)<sup>15</sup>.
- Una normativa nacional que supedita la obtención de una pensión a un requisito relativo al estado civil no puede sustraerse a la observancia del principio de no discriminación por razón de sexo (art. 157 TFUE) en el ámbito de la remuneración de los trabajadores (STJUE de 7-1-2004, Asunto K.B)<sup>16</sup>. Por consiguiente, los Estados miembros al ejercer sus competencias en el ámbito del estado civil, deben cumplir con el art. 4.1 Directiva 79/7/CEE que aplica el principio de no discriminación en materia de seguridad social. Esta prohibición de discriminación está particularmente predicada en lo que se refiere a las condiciones de acceso a los regímenes legales que aseguren una protección contra los riesgos de vejez, como es el caso analizado.

*b) Sobre el concepto de discriminación por razón de sexo:*

---

<sup>13</sup> C-423/04

<sup>14</sup> C-267/06

<sup>15</sup> C-673/16

<sup>16</sup> C-117/01

- Constituye una discriminación directa por razón de sexo la situación en la que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable (Directiva 2006/54/UE) y este concepto debe entenderse también aplicable en el contexto de la Directiva 79/7/CEE.
- En atención al objeto y naturaleza de los derechos que pretende proteger, la Directiva 79/7/CEE debe aplicarse también a las discriminaciones que tienen lugar como consecuencia del cambio de sexo del interesado.
- Aun cuando corresponde a los Estados miembros determinar los requisitos para el reconocimiento jurídico del cambio de sexo de una persona, debe declararse que, a efectos de la aplicación de la Directiva 79/7/CE debe considerarse como personas que han cambiado de sexo a las personas que hayan vivido durante un periodo significativo como personas de un sexo distinto del de su nacimiento y que se hayan sometido a una operación de cambio de sexo.
- En tanto la normativa nacional controvertida supedita la obtención de una pensión estatal de jubilación a la edad correspondiente al sexo adquirido a que la persona que ha cambiado de sexo anule el eventual matrimonio celebrado antes del cambio de sexo y no exige dicho requisito a la persona casada que conserve su sexo de nacimiento y esté casada, esta normativa nacional confiere un trato menos favorable por razón de sexo, lo que puede constituir una discriminación directa en el sentido del art. 4.1 Directiva 79/7. La conclusión definitiva dependerá de la comparabilidad de ambas situaciones.

*c) Sobre la comparabilidad de la situación de una persona transexual y una persona cisgénero, ambas casadas:*

- La exigencia del carácter comparable de las situaciones no requiere que las situaciones sean idénticas sino que basta con que sean análogas (STJUE de 10-5-2011,

Asunto Römer<sup>17</sup> ; (STJUE de 19-7-2017; Asunto Abercrombie & Fitch Italia)<sup>18</sup>

- El carácter comparable de las situaciones no debe apreciarse de manera global y abstracta sino de un modo específico y concreto, teniendo en cuenta todos los elementos que las caracterizan, especialmente a la luz del objeto y la finalidad de la normativa nacional que establezca la distinción controvertida y, en su caso, de los principios y objetivos del ámbito al que pertenezca dicha normativa nacional (STJUE de 16-12-2018, Asunto Arcelor Atlantique et Lorraine y otros<sup>19</sup>; STJUE de 15-7-2015, Asunto Chez Razpredeleine Bulgaria<sup>20</sup>; y STJUE de 9-3-2017, Asunto Milkova<sup>21</sup>)
- A la vista de la normativa nacional, la pensión de jubilación controvertida se concede a toda persona que haya alcanzado la edad establecida y que haya contribuido suficientemente al régimen público de pensiones del Reino Unido. Este régimen (...) protege frente al riesgo de vejez (...) con independencia de su situación matrimonial.
- En vista del objeto y de los requisitos para conceder la pensión, la situación de una persona que haya cambiado de sexo después de haberse casado es comparable a la situación de una persona que ha conservado su sexo de nacimiento y está casada.
- El diferente estado civil que invoca el Gobierno británico para negar la comparabilidad de situaciones equivale a convertir al estado civil en un elemento decisivo de la comparabilidad de las situaciones a pesar de que esta circunstancia no es en sí misma relevante para que se conceda la pensión estatal de jubilación.
- La finalidad que el Gobierno británico atribuye a la anulación del matrimonio (evitar los matrimonios entre

---

<sup>17</sup> C-147/08

<sup>18</sup> C-144/16

<sup>19</sup> C-127/07

<sup>20</sup> C-83/14

<sup>21</sup> C-406/15

personas del mismo sexo) es ajena al régimen de la pensión de jubilación.

- No resulta aplicable la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos invocada por el Gobierno británico. La STEDH de 16-7-2014 (Hämäläinen c. Finlandia) que versaba también sobre la comparabilidad jurídica entre una persona casada cisgénero y una persona casada transexual lo era respecto a la legislación nacional finlandesa relativa al reconocimiento jurídico del cambio de sexo en materia de estado civil.

*d) En relación a la eventual previsión de excepciones a la prohibición de toda discriminación directa por razón de sexo previstas en la Directiva (art. 7)*

- Evitar la existencia de matrimonios entre personas del mismo sexo porque el Derecho nacional no los autorizaba en el momento del litigio principal no puede erigirse en motivo que permita exceptuar a prohibición de discriminación directa por razón de sexo. Los casos que permiten exceptuar el mandato de la prohibición directa se enumeran exhaustivamente por la Directiva.
- Aunque la Directiva permite que los Estados miembros excluyan de su ámbito de aplicación la fijación de la edad de jubilación para la concesión de las pensiones de vejez y de jubilación, y las consecuencias que puedan derivarse de ellas para otras prestaciones [art. 7.1.a)], esta disposición no permite que los Estados miembros traten de manera diferente a una persona que ha cambiado de sexo después de haberse casado y a una persona que ha conservado su sexo de nacimiento y está casada, en lo que respecta a la edad que determina la obtención de una pensión estatal de jubilación.

#### **1.4. Mención especial a las Conclusiones del Abogado General (desde la perspectiva amplia)**

Ya se ha señalado con anterioridad que el Abogado General plantea con carácter preliminar la posibilidad de abordar la

cuestión objeto del litigio principal desde dos perspectivas distintas, propugnando en este caso la adecuación del planteamiento restrictivo, en atención a los términos de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal nacional. Sin embargo, no quiere dejar pasar la ocasión de abordar los límites de los Estados miembros en la regulación de aquellas cuestiones que, aun perteneciendo al ámbito de las competencias nacionales, se pueden erigir en un obstáculo para la efectividad de la prohibición de discriminación por razón de sexo.

Pese a su falta de efectos jurídicos directos, las respuestas a las preguntas que plantea adquieren una especial significación en una época en la que no todos los Estados miembros parecen estar alineados con los principios sociales básicos de la Unión Europea y en la que (desgraciadamente) asistimos al desembarco en los órganos representativos de la soberanía popular de partidos políticos contrarios a estos principios sociales.

Como se ha puesto de manifiesto, buena parte de las alegaciones del Gobierno del Reino Unido se articulan sobre la libertad reconocida por el propio TJUE (también por el TEDH), que asiste a los Estados miembros para regular los requisitos para el reconocimiento del cambio de sexo y la regulación el estado civil de las personas. Interesa ahora no tanto atender al caso concreto analizado cuanto reproducir sus consideraciones (o conclusiones) en relación a los límites del derecho nacional para establecer aquellas condiciones previas indispensables que condicionan el acceso a la pensión de vejez. Es por ello que, en aras a la brevedad, tampoco se va a reproducir la respuesta a las alegaciones gubernamentales en relación a la ruptura de la coherencia del ordenamiento jurídico que supondría la inaplicación de este requisito exclusivamente a los efectos del acceso a la pensión de jubilación ni tampoco la alegación referida a la adecuación de este requisito a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por cuanto los

asuntos examinados en esa sede versaban sobre el derecho a la vida familiar (art. 7 CEDH) y sobre el derecho a contraer matrimonio (art. 9 CEDH) y no sobre la prohibición de discriminación por razón de sexo en el ámbito de la Seguridad Social.

Las conclusiones del Abogado General desde esta perspectiva amplia son los siguientes:

- a) Debe considerarse, en principio, incompatible con el Derecho (de la Unión) una legislación nacional que, al no reconocer a los transexuales su nueva identidad sexual, impide que un transexual reúna uno de los requisitos necesarios para disfrutar de un derecho protegido por el Derecho (de la Unión).
- b) El enfoque contrario haría que el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión en relación con la prohibición de discriminación por razón de sexo dependiera totalmente de los distintos requisitos previstos en el ámbito nacional. El disfrute de los derechos que confiere el Derecho de la Unión dependería de la discrecionalidad sin restricciones de los Estados Miembros. Estos requisitos no sólo regularían cuestiones técnicas de carácter físico-médico y psicosocial, sino que también estarían destinados a proteger la moral o los valores. Una discrecionalidad ilimitada a este respecto implicaría correr el riesgo de que la discriminación basada en el cambio de sexo, prohibida por la Directiva volviera por la puerta de atrás en la forma de condiciones previas o requisitos asociados al reconocimiento del estado (civil) sin importar su contenido.
- c) ¿Dónde y cómo debe trazarse la línea que divida los requisitos "aceptables" (aquéllos que quedan excluidos de cualquier revisión) de los "inaceptables" (aquéllos susceptibles de revisión)? Los requisitos considerados "aceptables" per se y de manera abstracta podrían, en determinados contextos fácticos o jurídicos, acarrear consecuencias completamente inaceptables.

d) Es preciso tener presente que la lógica según la cual determinados requisitos para el cambio de sexo quedarían excluidos de toda revisión tampoco tendría en cuenta el carácter dinámico del reconocimiento del sexo como un proceso. Debido a la naturaleza dinámica inherente a la transexualidad, la protección es necesaria no sólo cuando ya se ha obtenido el pleno reconocimiento del cambio de sexo sino también (y en ocasiones, muy en particular) respecto de los trámites para obtenerlo.

e) Aunque los requisitos para el reconocimiento del cambio de sexo siguen siendo competencia de los Estados miembros, esto no significa (...) que actúen completamente al margen del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y por tanto, puedan zafarse de todo tipo de escrutinio. (...) En el ejercicio de dicha competencia los Estados miembros deben respetar el Derecho de la Unión, en especial, las disposiciones relativas al principio de no discriminación.

f) No existe una regla general e ineludible para determinar la fase o el momento en el que una persona transgénero está amparada por el derecho a la igualdad de trato y la prohibición de discriminación en virtud del Derecho de la Unión. Cada caso concreto debe analizarse a la luz de la situación particular y de la cuestión prejudicial planteada.

g) En el ejercicio de su competencia en materia de estado civil, los Estados miembros deben respetar el Derecho de la Unión, aunque el estado civil y las prestaciones que de él dependen sean materias incluidas en el ámbito de la competencia de los Estados miembros. El Derecho de la Unión no restringe esta competencia (*Asunto Parris*<sup>22</sup>). Los Estados miembros disponen de la libertad para permitir o no el matrimonio entre parejas del mismo sexo o, si así lo desean, de prever una forma alternativa de reconocimiento legal de las personas del mismo sexo. La eventual incompatibilidad (del requisito de la anulación del matrimonio) con la Directiva 79/7/CE no implica la obligación de que los Estados miembros reconozcan el

---

<sup>22</sup> STJUE de 24-11-2016 (*Asunto Parris*). (C-443/2015).

matrimonio entre personas del mismo sexo. Únicamente sería necesario hacer que el acceso a la prestación controvertida fuera independiente de este requisito, lo que no significa que no pueda seguir integrando la legislación nacional, pero no podría aplicarse como una condición previa para acceder a unas prestaciones (vejez) que no guardan relación con el estado civil.

El Abogado General concluye con cinco observaciones finales. De entre ellas merece significarse la tercera: "(...) *Este asunto versa sobre una realidad única y singular, difícil de encajar en las divisiones binarias tradicionales en las que se fundamenta la prohibición de discriminación por razón de sexo (...). Se refiere a una realidad humana compleja que los distintos ordenamientos jurídicos han tenido dificultades para reflejar a lo largo del tiempo y en cuyo marco la situación personal de los individuos resulta profundamente afectada por los continuos cambios legislativos (...)*".

## **2. UNA BREVE NOTA SOBRE EL CAMBIO DE SEXO/GÉNERO EN EL DERECHO ESPAÑOL Y SU EVENTUAL INCIDENCIA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL.**

La normativa española relativa al cambio de sexo se caracteriza por su dispersión y fragmentación. En materia de legislación civil, el Estado conserva la competencia exclusiva, exclusividad que alcanza -en todo caso y sin excepción- a las reglas relativas a las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio y a la ordenación de los registros e instrumentos públicos (art. 149.1.8ª CE). Las Comunidades Autónomas con Derecho civil, foral o especial propio mantienen la competencia para su conservación, modificación y desarrollo, pero sin que pueda afectar a la competencia exclusiva estatal mencionada.

En uso de esta competencia exclusiva, la promulgación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio supuso la equiparación en los requisitos y efectos del matrimonio con

independencia del sexo de los contrayentes (art. 44 Código Civil). Por su parte, la Ley 3/2007, de 15 de marzo de 2007, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas<sup>23</sup> (en adelante, LRRS) reconoció la posibilidad de rectificación registral de la indicación del sexo de la partida de nacimiento mediante expediente gubernativo en los casos de disforia de género (art. 93). Esta posibilidad constituía una nueva excepción a la regla general que atribuía en exclusiva esta posibilidad a los órganos jurisdiccionales mediante sentencia firme (art. 92LRSS) exigiendo entonces y ahora la concurrencia de los siguientes requisitos (arts. 1 y 4 LRRS)<sup>24</sup>:

- a) La legitimación para solicitar la rectificación registral compete en exclusiva a la persona interesada, de nacionalidad española y mayor de edad<sup>25</sup>.
- b) Debe acreditar que le ha sido diagnosticada disforia de género mediante informe de médico o psicólogo clínico, colegiados en España o cuyos títulos hayan sido reconocidos u homologados en España. Estos informes deben hacer expresa referencia a la existencia de esa discordancia entre el sexo y el género; la estabilidad y persistencia de esta

---

<sup>23</sup> Mediante la modificación de la Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil.

<sup>24</sup> La Disposición transitoria única exonera de la acreditación de requisitos para la rectificación de la mención registral del sexo a la persona que, mediante informe de médico colegiado o certificado del médico del Registro Civil, acredite haber sido sometida a cirugía de reasignación sexual con anterioridad a la entrada en vigor de la ley.

<sup>25</sup> El Pleno del Tribunal Constitucional, por Providencia de 10 de mayo de 2016, ha admitido a trámite la Cuestión de inconstitucionalidad núm. 1595-2016 planteada por la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, en el recurso núm. 1583-2015, en relación con el artículo 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, en cuanto que solo reconoce legitimación a las personas mayores de edad para solicitar la rectificación de la mención registral del sexo y del nombre, por posible vulneración de los artículos 15, 18.1 y 43.1, en relación con el artículo 10.1 CE («B.O.E.» 19 mayo).

discordancia y la ausencia de trastornos de la personalidad.

c) También debe acreditar que ha recibido tratamiento médico durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado. Este cumplimiento se acredita mediante informe del médico colegiado bajo cuya dirección se haya realizado el tratamiento o, en su defecto, mediante informe de un médico forense especializado.

La LRRS expresamente excluye que sea necesario que el tratamiento médico incluya cirugía de reasignación sexual. Y también excluye la exigencia de los tratamientos médicos cuando concurren razones de salud o edad que imposibiliten su seguimiento y se aporte certificación médica de tal circunstancia.

La cirugía de reasignación sexual ha dejado de ser, por tanto, requisito imprescindible para el reconocimiento jurídico de la identidad sexual plasmado en la modificación registral. Se respetan así los derechos fundamentales de las personas transgénero, que pueden o no desear someterse a la cirugía de reasignación de sexo y que pueden o no tener posibilidad económica de lograrlo. Y es que hay que recordar que todavía hoy la cirugía de cambio de sexo no se encuentra incluida en la Cartera Común de Servicios del Servicio Nacional de Salud<sup>26</sup>, aunque sí en la Cartera de Servicios de bastantes Comunidades Autónomas. Pero es más importante todavía en tanto supone la ruptura del tradicional binarismo sexo y género que no refleja correctamente la realidad de la identidad de género y en la que la regulación comunitaria en materia de igualdad por razón de sexo todavía permanece anclada, pese al loable esfuerzo del TJUE por superar esa concepción caduca incluyendo a las personas que han cambiado de sexo en el

---

<sup>26</sup> Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización.

ámbito de las discriminaciones directas de la Directiva 79/7/CE. Como se ha señalado, también el Abogado General se refiere a este binarismo como elemento que caracteriza la regulación comunitaria relativa a la prohibición de discriminación por razón de sexo.

Algunas Comunidades Autónomas cuentan con regulación específica no sólo en materia de asistencia sanitaria sino específicamente en la regulación de la identidad de género<sup>27</sup>. Estas normas autonómicas, en general, abordan la identidad de género desde una perspectiva mucho más amplia y neutral (“despatologizadora”) que la normativa estatal, restringida como hemos visto a la modificación registral del sexo en supuestos de “disforia” de género y, subjetivamente, restringida a las personas de nacionalidad española y mayores de edad. En lo que se refiere a la financiación pública de los tratamientos médicos exigidos para la modificación registral, en la actualidad Andalucía, Baleares, Cataluña, Canarias, Castilla-La Mancha, Comunidad Valenciana, Extremadura, Galicia, Murcia, Navarra y País Vasco financian las operaciones de cirugía de reasignación sexual (genitoplastias y cirugía mamaria) y los tratamientos hormonales previos y posteriores a esta eventual cirugía y cuentan algún tipo de Centro, Servicio o Unidad de Referencia (CSUR). Estos CSUR tienen que cumplir unos requisitos comunes en todo el Sistema Nacional de Salud; estos criterios se acuerdan en el Consejo Interterritorial del Servicio Nacional de Salud<sup>28</sup>. Merece especial significación el hecho de que algunas de ellas contemplan la identidad de género desde una perspectiva más amplia (en distintos grados) y normalizadora de la

---

<sup>27</sup> Vid. sobre la 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/>); Fecha de consulta: 6-12-2018)

<sup>28</sup>

<https://www.mscbs.gob.es/profesionales/CentrosDeReferencia/docs/Fesp/Fesp24.pdf>

complejidad de la identidad sexual, incluyendo todas las dimensiones implicadas en el libre desarrollo de la identidad sexual Andalucía<sup>29</sup>, Canarias<sup>30</sup>, Cataluña<sup>31</sup>, Extremadura<sup>32</sup>, Galicia<sup>33</sup>, Baleares<sup>34</sup>, Madrid<sup>35</sup>, Murcia<sup>36</sup>, Navarra<sup>37</sup>, País Vasco<sup>38</sup> y Comunidad Valenciana<sup>39</sup>. Este enfoque integral abarca también a las personas transexuales o transgénero menores de edad reconociéndoles el derecho a su atención

---

<sup>29</sup> Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía; Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares en Andalucía.

<sup>30</sup> Ley 8/2014, de 28 de octubre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales.

<sup>31</sup> Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia.

<sup>32</sup> Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura.

<sup>33</sup> Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales en Galicia.

<sup>34</sup> Ley 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBI fobia.

<sup>35</sup> Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid; Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra la LGTBifobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid.

<sup>36</sup> Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

<sup>37</sup> Ley Foral 8/2017, de 19 de junio, para la igualdad social de las personas LGTBI+

<sup>38</sup> Ley 14/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales

<sup>39</sup> Ley 8/2017, de 7 de abril, de la Generalitat, integral del reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género en la Comunitat Valenciana; Ley 23/2018, de 29 de noviembre, de la Generalitat, de igualdad de las personas LGTBI.

integral para lo que se prevén medidas también en el ámbito educativo y socio sanitario. A nivel estatal, también existen iniciativas parlamentarias que adoptan un enfoque integral centrado en la libre determinación de la identidad sexual y expresión de género<sup>40</sup>.

La restringida consideración en el Derecho estatal de la compleja realidad de la identidad de género a la mera transexualidad plantea en el ámbito de la Seguridad Social problemas importantes, dada la competencia exclusiva del Estado en esta materia (art. 149.1.17ª CE). Ya contamos con doctrina del Tribunal Constitucional declarando la inconstitucionalidad de la integración del concepto de las parejas de hecho por remisión a la normativa autonómica de las Comunidades Autónomas con derecho civil propios a los efectos de la pensión de viudedad (STC 40/2014, de 11 de marzo).

Aunque en España existe una edad uniforme -desde la perspectiva del sexo/género- para el acceso a la pensión de jubilación, existen algunas disposiciones que confieren un tratamiento diferente a hombres y mujeres en el ámbito del sistema de seguridad social. Son disposiciones que, en general, pueden catalogarse como medidas de acción positiva para las mujeres, pero cuya aplicación a las personas transexuales y transgénero puede generar problemas jurídicos.

La LRRS dota de efectos constitutivos a la resolución administrativa de la rectificación de sexo desde su inscripción en el Registro Civil, habilitando a la persona para ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición, decretando el mantenimiento de los derechos y obligaciones jurídicas que puedan corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral (art. 5 LRSS). En términos de estricta legalidad ordinaria, el sexo

---

<sup>40</sup> 122/000191 Proposición de Ley sobre la protección jurídica de las personas trans y el derecho a la libre determinación de las personas trans y a la expresión de género en la Comunidad Valenciana. Presentada por el Grupo Parlamentario Confederado de Unidos Podemos-En Común Podem-Marea el 22-3-2018.

registral en la fecha del hecho causante es el determinante de la aplicación de la normativa correspondiente. Sin embargo, esta solución puede resultar cuestionable en términos de constitucionalidad al entrar en juego el juicio de razonabilidad y proporcionalidad que justifica la existencia de dichas diferenciaciones en razón del sexo.

A título meramente ejemplificativo: ¿resulta aplicable la cotización ficticia prevista en el art. 235 TRLGSS a la persona que, cumpliendo los requisitos previstos en relación a la maternidad biológica, fuera registralmente varón en el momento del hecho causante de la jubilación o incapacidad permanente? ¿Resulta(rá) de aplicación el cómputo del servicio militar obligatorio al varón que lo prestó y posteriormente cambió de sexo? También la aplicación del complemento de maternidad recogido en el art. 60 TRLGSS suscita dudas desde esta misma perspectiva porque la aplicación del efecto constitutivo en relación a la fecha del hecho causante puede determinar consecuencias que no convergen con la finalidad de la medida. Y como ya apuntara en otra ocasión<sup>41</sup>, la exigencia de hijos comunes como criterio atributivo de derechos en el ámbito de la regulación de la pensión de viudedad plantea fundadas dudas de constitucionalidad que todavía no han sido planteadas ante el Tribunal Constitucional aunque ya contamos con pronunciamientos judiciales en situaciones similares<sup>42</sup> que pueden permitir aventurar sentencia estimatorias en relación al carácter discriminatorio de algunas previsiones normativas si llegaran a plantearse.

### **3. BREVE REFLEXIÓN (EPÍLOGO)**

---

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

<sup>42</sup> STC 41/2013, de 14 de febrero en resolución de cuestión de inconstitucionalidad. En el mismo sentido, en recursos de amparo, STC 55/2013, de 11 de marzo; STC 77/2013, de 8 de abril; STC 124/2014, de 21 de julio; STC 188/2014, de 17 de noviembre.

Con ser importante su doctrina, la STJUE de 26 de julio de 2018 (Asunto M.B) pone de manifiesto una cierta estrechez de miras de la normativa comunitaria en lo relativo a la discriminación por razón de sexo y/o género. Es cierto que la inclusión en el ámbito subjetivo de la prohibición por razón de sexo (en este caso, en materia de seguridad social) de las personas que han cambiado de sexo constituye una noticia positiva y es una prueba del valor del papel interpretativo del TJUE. Pero la lectura de la sentencia también pone de relieve el carácter anticuado y caduco del binarismo adoptado por las instancias comunitarias, reflejo de un feminismo superado. También es un buen ejemplo de la falsa modernidad que se esconde en muchos casos en el uso (sólo aparentemente) disyuntivo del binomio sexo/género cuando, en realidad, continúa utilizándose en sentido unívoco, equiparando el sexo biológico (aunque reasignado) con el género (manifestación exterior conforme a los patrones sociales asignados a las binarias categorías sexuales). En la misma STJUE se hace uso de ambos conceptos como sinónimos, equiparando sexo y género. Es cierto que, como hemos visto, la normativa británica - también la española- no exige para la modificación registral del cambio de sexo (realidad biológica) la intervención quirúrgica (final) de reasignación sexual y, por tanto, podría pensarse que sí diferencia entre sexo y género, pero continúa considerando el "género" en términos exclusivamente binarios (masculino/femenino) y al continuar utilizándolos como elemento diferenciador en lo normativo perpetúa la discriminación social de género.

La afirmación anterior no quiere cuestionar -al contrario- las medidas de acción positiva dirigidas a compensar (normativamente) la discriminación social por razón de sexo derivadas, en buena medida del género, cuando la justificación sea objetiva y razonable y lo es cuando se arbitran para corregir situaciones de desigualdad real y efectiva, pero sería deseable para el futuro -y desde el presente inmediato- someter la actuación pública, especialmente la acción normativa, a un juicio de

"(de)generación"<sup>43</sup>. Pese a su aparente carácter ventajoso, compensatorio o equilibrador ¿contribuye la acción y/o medida a perpetuar unos estereotipos de género profundizando todavía más la discriminación real?

En definitiva, en la medida de lo posible es el momento de abogar por Derecho "de-generado" y "de-generador": un ordenamiento jurídico que, consciente de la efectiva discriminación social por razón de sexo sepa articular -en todos los ámbitos- medidas disruptivas de los roles de género que todavía perduran en la sociedad y que son los responsables del diferente porvenir adjudicado en función del reductor binarismo sexual actual.

---

<sup>43</sup> Este término no existe en el Diccionario de la Real Academia Española (24ª edición). Lo uso aquí en la misma línea de la propuesta de los profesores Martínez Girón y Arufe Varela en relación al sustantivo "de-generado" como traducción española del término "de-gendered", de uso habitual en la bibliografía feminista estadounidense de la 3ª ola, preferible a "non-gendered" por su radicalidad dada su similitud fonética (en inglés) con el adjetivo "degenerate", calificativo usado peyorativamente en relación al movimiento feminista y especialmente el movimiento LGBTi. En el caso español, esta radicalidad es mayor pues se convierte en identidad. El término se ha formado a partir del sustantivo "generación" en su 7ª acepción (poco usada) que se define como "casta, género o especie" y con el prefijo "de" (también inexistente, pero en el sentido de "non").

Vid. MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús y ARUFE VARELA, A., *"Deporte profesional de-generado. Un estudio sobre feminismo radical"*, Barcelona (Atelier), 2017.