

# El reconocimiento de la identidad de género por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

## Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de junio de 2018, asunto C-451/16

**José Díaz Lafuente**

*Profesor investigador postdoctoral de Derecho Constitucional.  
Universitat Jaume I*

### 1. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE REFERENCIA

En el marco de una sociedad europea caracterizada por el reconocimiento de la diversidad, el pluralismo y la no discriminación, el artículo 2 del Tratado de Lisboa ([Tratado de la Unión Europea](#)) define la igualdad como uno de los valores principales sobre los que se fundamenta la Unión Europea (UE).

En esta línea, la [Carta de los Derechos Fundamentales](#), en su artículo 21, prohíbe toda discriminación y en particular aquella ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

La denominada integración de la dimensión de género, prevista en el artículo 8 del [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#) (TFUE), otorga a la UE el cometido de eliminar las desigualdades entre mujeres y hombres y de promover la igualdad real a través de todas sus acciones. De este modo, en el ámbito laboral, el principio de la igualdad de trato entre mujeres y hombres, regulado por el derecho de la Unión desde los primeros tratados constitutivos de 1957, queda reconocido, en la actualidad, por el artículo 157 del [TFUE](#).

En relación con el estudio de la presente sentencia, conviene traer a colación el artículo 153 del [TFUE](#), que requiere a la Unión actuar en el ámbito más amplio de la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, así como el artículo 19 del [TFUE](#), que contempla la posibilidad de adoptar la legislación necesaria para luchar contra todas las formas de discriminación, entendida también esta por motivos del género de la persona.

El citado principio de igualdad de trato es de debida aplicación en los regímenes jurídicos nacionales reguladores de los sistemas públicos de pensiones, tal como lo establece el artículo 3, en su apartado 1, letra a), de la [Directiva 79/7/CEE del Consejo](#), de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en materia de Seguridad Social. De acuerdo con el artículo 4 de la citada directiva, en su primer apartado, el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de género, ya sea directa o indirectamente, en especial en relación con el estado matrimonial o familiar, particularmente en lo relativo al ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos.

En este sentido, resulta necesario subrayar el concepto de discriminación directa, tal como lo contempla el artículo 2, apartado 1, letra a), de la [Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo](#), de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre mujeres y hombres en asuntos de empleo y ocupación, que lo define como aquella situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable.

Además, del estudio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se desprende que una normativa nacional que supedita la obtención de una pensión de jubilación a un requisito relativo al estado civil no puede sustraerse de la observancia del principio de no discriminación por razón del género de la persona, reconocido en el artículo 157 del [TFUE](#) en el ámbito de la remuneración de los trabajadores (apdos. 34 a 36 de la [STJ de 2004 en el asunto C-117/01 –K.B. contra NHS Trust Pension–](#)).

Al hilo de la cuestión sobre la identidad de género de las personas, el TJUE también ha establecido que, a pesar de que el derecho de la Unión no puede afectar la competencia de los Estados miembros en la legislación civil reguladora de los trámites y requisitos para el reconocimiento jurídico de la identidad de género de una persona, los Estados miembros deben respetar el derecho de la Unión en el ejercicio de esta competencia, especialmente en relación con las disposiciones relativas al principio de no discriminación (apdos. 21 a 24 de la [S. de 27 de abril de 2006, en el asunto C-423/04 –Richards contra Secretary of State for Work and Pensions–](#); apdo. 59 de la [S. de 1 de abril de 2008, en el asunto C-267/06 –Maruko contra Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen–](#); apdos. 37 y 38 de la [S. de 5 de junio de 2018, en el asunto C-673/16 –Coman y otros contra Inspectoratul General pentru Imigrări and Ministerul Afacerilor Interne–](#)).

## 2. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN CONTROVERTIDA

La sentencia versa sobre un supuesto de discriminación directa de una mujer británica, transgénero y casada con otra mujer, en relación con la edad que le corresponde para la obtención de la pensión de jubilación.

Identificada como MB, después de conseguir el reconocimiento de su identidad de género en su pasaporte y en su permiso de conducir, emitidos por las autoridades del Reino Unido, decide someterse a una operación de cirugía de reconstrucción genital en 1995. Sin embargo, MB no obtiene el certificado provisional de reconocimiento de su identidad de género hasta 2004 en el marco de la Ley de reconocimiento de género del Reino Unido (Gender Recognition Act). En 2008, MB alcanza la edad de jubilación de 60 años prevista para las mujeres y, en consecuencia, solicita su correspondiente pensión de jubilación.

En virtud del artículo 44 de la Ley británica de 1992 sobre cotizaciones y prestaciones de la Seguridad Social (Social Security Contributions and Benefits Act 1992), en relación con el artículo 122 de esta ley y con el anexo 4, apartado 1, de la Ley de pensiones de 1995 (Pensions Act 1995), una mujer nacida antes del 6 de abril de 1950 en el Reino Unido puede optar a la pensión estatal de jubilación de «categoría A2» al cumplir 60 años, mientras que un hombre nacido antes del 6 de diciembre de 1953 solo puede solicitar dicha pensión una vez cumplidos los 65 años de edad.

Sin embargo, la solicitud de MB es desestimada bajo el argumento de que no puede ser considerada como mujer, a efectos de la prestación de la pensión de jubilación, porque no ha adquirido aún el certificado de reconocimiento definitivo de su identidad de género y, por tanto, se le debe aplicar la edad de jubilación prevista para los hombres.

Conviene destacar, en este punto, que el artículo 9 de la citada Ley de reconocimiento de género del Reino Unido, en la versión aplicable al litigio de la presente sentencia, establece que la expedición de un certificado de reconocimiento definitivo implica el pleno reconocimiento de todos los efectos jurídicos que constituye el género adquirido por la persona solicitante. Sin embargo, el apartado 3 de dicho artículo matiza que una persona solicitante de un cambio de su identidad de género, que esté casada con otra persona del mismo género con el que se identifica, solo puede obtener un certificado de reconocimiento provisional mientras conserve su estado civil, exigiéndole la anulación del matrimonio o divorcio para la consecución del certificado de reconocimiento definitivo.

En esta misma línea, la legislación británica reguladora del matrimonio civil (Matrimonial Causes Act 1973), vigente a los efectos del litigio de la sentencia, solo reconoce como válido el matrimonio celebrado entre una mujer y un hombre, siendo regulada la unión civil entre personas del mismo género en la legislación de 2013 (Same Sex Couples Act 2013), no aplicable a la presente sentencia, cuyo anexo 5 modifica el artículo 4 de la Ley de reconocimiento de género, en el sentido en el que se requiere desde su entrada en vigor un certificado de reconocimiento definitivo a toda persona solicitante, con independencia de si está casada con una persona del mismo género, siempre que su cónyuge preste su consentimiento.

Sin embargo, MB y su cónyuge no quieren divorciarse, lo que lleva a MB a una difícil situación en la que o bien debe esperar a la edad de jubilación prevista para los hombres, aun siéndole reconocida jurídicamente de forma provisional su identidad de género de mujer, o debe divorciarse de su cónyuge para la posterior adquisición de un certificado de reconocimiento definitivo de su identidad de género con el objeto de obtener la pensión de jubilación a partir de la edad prevista para las mujeres.

MB recurre la decisión ante los tribunales británicos, argumentando que el requisito previo de anulación matrimonial o de divorcio equivale a un trato desigual contrario al derecho de la UE. El asunto llegó hasta el Tribunal Supremo del Reino Unido, que decide suspender el procedimiento y plantear al TJUE una cuestión prejudicial preguntando si la [Directiva 79/7](#) es contraria a una normativa nacional que, además de exigir el cumplimiento de una serie de criterios de carácter físico, social y psicológico para el reconocimiento de la identidad de género de una persona, establece también el requisito de que no esté casada con otra persona de su mismo género para poder ser beneficiaria de una pensión pública de jubilación.

### 3. CLAVES DE LA POSICIÓN JURISPRUDENCIAL MANTENIDA EN LA SENTENCIA

El Tribunal de Luxemburgo concluye en la presente sentencia que la legislación británica controvertida en el litigio principal confiere un trato menos favorable por razón del sexo a una persona casada cuyo cambio de identidad de género ha sido reconocido en relación con otra persona *cisgénero*, que también esté casada, encontrando en ambas personas situaciones análogas y, por lo tanto, estimando que se trata de una vulneración del derecho de la UE.

Siguiendo la opinión del abogado general, el TJUE declara que la legislación británica reguladora del sistema público de pensiones constituye un supuesto de discriminación directa por motivo del sexo de la persona. En mayor detalle, el tribunal dictamina que la [Directiva 79/7](#) de la UE excluye la exigencia del Reino Unido de que las personas transgénero deban satisfacer, además de una serie de criterios físicos, sociales y psicológicos, la condición de no estar casadas con una persona del mismo género para poder, de este modo, solicitar una pensión de jubilación a partir de la edad aplicable a las personas del género con el que se identifican.

Uno de los principales elementos de la sentencia, siguiendo la línea jurisprudencial ya asentada por el TJUE, radica en el reconocimiento del obligado respeto de los Estados miembros de la UE al principio de no discriminación por razón de sexo, incluso en el ejercicio de aquellas competencias exclusivas de los mismos, como es la relativa a la adopción de la legislación civil reguladora del estado civil de las personas.

De este modo, los Estados miembros deben cumplir el artículo 4, apartado 1, de la [Directiva 79/7](#), que establece el principio de no discriminación por razón de sexo en materia de seguridad social, principio también reconocido por el artículo 157 del [TFUE](#) en el ámbito de la remuneración de los trabajadores.

A la luz de su jurisprudencia, el TJUE estima que, teniendo en cuenta la finalidad y la naturaleza de los derechos que protege, la directiva en cuestión es aplicable a los supuestos de discriminación por motivo de la identidad de género de la persona. De hecho, aun reconociendo en la sentencia que corresponde a los Estados miembros determinar los requisitos para el reconocimiento

jurídico de la identidad de género de una persona, el tribunal procede a declarar que, a efectos de la aplicación de la [Directiva 79/7](#), 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» (apdo. 35).

Para proceder a valorar si se encuentra ante un supuesto de discriminación directa por razón del sexo de la persona, el tribunal compara la situación de una persona que hizo la transición de su identidad de género después de casarse con la de una persona *cisgénero* casada. A este respecto, el TJUE recuerda que, de acuerdo con su reiterada jurisprudencia ([S. de 10 de mayo de 2011, en el asunto C-147/08 –Römer contra Freie und Hansestadt Hamburg–](#); [S. de 19 de julio de 2017, en el asunto C-143/16 –Abercrombie & Fitch Italia contra Antonino Bordonaro–](#)) la exigencia del carácter comparable de las situaciones no requiere que las situaciones sean idénticas, sino que basta con que sean análogas.

Además, el TJUE subraya que el carácter análogo de las situaciones no debe apreciarse de manera global y abstracta, sino de un modo específico y concreto, tomando en consideración todos los elementos que las caracterizan, especialmente a la luz del objeto y la finalidad de la normativa nacional que establezca la distinción controvertida (apdo. 42) y, en su caso, de los principios y objetivos del ámbito al que pertenezca dicha normativa nacional.

En esta línea, otro de los elementos clave de la presente sentencia reside en la apreciación de la finalidad para la que se establecen las pensiones de jubilación y su potencial relación con el supuesto de discriminación directa por motivo del sexo. De este modo, estableciendo que las pensiones de jubilación responden «a la protección de sus beneficiarios de los riesgos de la vejez al conferirles el derecho a una pensión adquirida en relación con las contribuciones que han pagado durante su vida laboral, independientemente de su estado civil», el tribunal dictamina que el requisito del divorcio o de la anulación previa del matrimonio, establecido para evitar los matrimonios entre personas del mismo género, no presenta ningún tipo de relación con los objetivos para los que se constituyen las pensiones de jubilación.

En consecuencia, de acuerdo con su reiterada jurisprudencia, el tribunal estima que no puede constituirse una excepción a la prohibición de toda discriminación directa por razón de sexo, establecida en el artículo 4, apartado 1, de la [Directiva 79/7](#), dado que esta solo es posible en los casos que se enumeran con carácter exhaustivo en la citada norma (apdo. 50).

#### 4. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA RELEVANCIA DE LA SENTENCIA

La presente sentencia se enmarca dentro de un contexto social, jurídico y político que tiende hacia un reconocimiento efectivo y garantista de la diversidad afectivo-sexual y de género, en línea con los recientes avances normativos y jurisprudenciales relativos a la protección jurídica de los derechos humanos de las personas LGBT+.

No puede dejar de mencionarse que el 18 de junio de este mismo año 2018, la Organización Mundial de la Salud retira la transexualidad como enfermedad mental de la nueva edición de la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-11), listado que contiene todas las enfermedades reconocidas, más de 55.000, utilizado para el diagnóstico médico a nivel mundial.

Además, dos semanas antes se pronuncia la Gran Sala del Tribunal de Luxemburgo, respecto al [asunto C-673/16](#), para determinar que las personas solicitantes de asilo no pueden ser sometidas a un examen psicológico cuyo fin sea la verificación de su orientación sexual, prohibiendo la práctica de este tipo de pruebas en todo el territorio de la UE a las personas que aleguen ser perseguidas en su país de origen por razón de su orientación sexual (de acuerdo con lo dispuesto en el art. 7 de la [Directiva 2004/38](#) en relación con el art. 21.1. del [TFUE](#)).

Aunque circunscrita al ámbito laboral, la protección jurisprudencial realizada por parte del TJUE de las personas transgénero sobre la base del principio de discriminación por razón del sexo ha supuesto un gran avance en la lucha por los derechos de un colectivo que sigue sufriendo un elevado grado de discriminación y de estigmatización social.

En un reciente informe publicado por las entidades Transgender Europe e ILGA-Europe en abril de 2018, se destacan los muchos obstáculos a los que tiene que hacer frente una persona transgénero en la UE. El informe subraya el aumento de delitos de odio contra personas LGBT+, así como las deficiencias del sistema europeo común de asilo para ofrecer protección internacional a las personas perseguidas en terceros países por su orientación sexual o por su identidad de género.

Peor aún, el citado informe señala que solo dos países europeos ilegalizan explícitamente las controvertidas terapias de conversión por motivos de identidad de género, mientras que en veinte países de la UE se siguen pidiendo diagnósticos sobre la salud mental de la persona que quiera solicitar el cambio de género en el registro civil, en once de ellos se requiere previamente la interposición de la demanda de divorcio del cónyuge de su mismo género y en siete Estados miembros de la UE, lamentablemente, se sigue requiriendo la esterilización previa.

El TJUE aborda por primera vez la cuestión de la discriminación por motivo de la identidad de género de la persona en la [Sentencia de 30 de abril de 1996, en el asunto C-13/94 –P. contra S. y Cornwall County Council–](#), en la que, rechazando el razonamiento esgrimido por las autoridades del Reino Unido, entiende que el despido de una mujer transexual, que se había sometido previamente al tratamiento quirúrgico de reconstrucción genital, vulnera el principio de igualdad por razón de sexo establecido en la [Directiva 76/207/CEE](#).

Del mismo modo, la cuestión de la identidad de género en el ámbito de las pensiones ya había sido previamente abordada por el TJUE. En 2004, en el [asunto C-117/01](#), el tribunal reconoce el derecho de una mujer británica, pareja de un hombre transexual, a cobrar la pensión correspondiente llegado el momento del fallecimiento de este.

En esta línea, en 2006, en el citado [asunto C-423/04](#), gracias a la interposición de una demanda por parte de una mujer transexual a la que se le exige la edad de jubilación correspon-

diente a los hombres, el tribunal estima que esta diferenciación es en sí misma discriminatoria y que, por tanto, es contraria al principio de igualdad de trato aplicable a las condiciones laborales de acuerdo con lo establecido en el artículo 4, apartado 1, de la [Directiva 79/7/CEE del Consejo](#), de 19 de diciembre de 1978.

En este sentido, el principal aspecto de la presente sentencia, diferenciador de las pronunciamientos previos del TJUE, es que con ella el tribunal desvincula el estado civil de la persona, y los criterios que para el reconocimiento del mismo puedan establecer los Estados miembros en el ejercicio de su competencia, del derecho de dicha persona a recibir la correspondiente pensión de jubilación en la edad prevista para las personas de su mismo género, estableciendo que el requisito del divorcio o de anulación del matrimonio previos para el reconocimiento definitivo de la identidad de género de una persona es contrario con la normativa laboral de la UE.

Esta cuestión es, sin duda alguna, un avance incuestionable hacia una sociedad europea más acorde con los valores de igualdad, diversidad y justicia. Sin embargo, partiendo del análisis crítico de la jurisprudencia del TJUE, así como de la normativa citada, conviene subrayar que nos encontramos ante una sentencia que perpetúa una comprensión de la identidad de género de la persona basada en una restrictiva y excluyente limitación del género con el sexo biológico.

Para garantizar una protección jurídica efectiva frente a la discriminación sufrida por las personas transgénero, la jurisprudencia del TJUE no puede limitarse a aquellas personas que «se hayan sometido a una operación de cambio de sexo», sino que debe desarrollar una conceptualización de la identidad de género, y de la expresión del mismo, que sea más amplia e inclusiva, basándose principalmente en el reconocimiento de la autonomía individual y de la dignidad de la persona y en el respeto a los derechos fundamentales que le son inherentes.

En este sentido, y a modo de conclusión, debe destacarse que la protección jurídica frente a los supuestos de discriminación por motivo de la identidad, y de la expresión, de género de la persona debe partir de un concepto de género inclusivo, plural y mutable en el tiempo, garantizando una protección extensiva tanto de las personas transexuales, que se han sometido a un tratamiento médico o quirúrgico de reconstrucción genital, como de aquellas que, identificándose con el género distinto al de su nacimiento, o no queriéndose identificar ni como hombre ni como mujer, deciden no someterse a dicho tratamiento quirúrgico por razones médicas, por falta de recursos socioeconómicos o por el mero ejercicio de su libertad.