

2014

El Tribunal Europeo De Derechos Humanos Y Su Respuesta Al Reto De La Transexualidad: Historia De Un Cambio De Criterio

Susana Sanz-Caballero

Follow this and additional works at: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/auilr>



Part of the [International Law Commons](#)

Recommended Citation

Sanz-Caballero, Dra. Susana. "El Tribunal Europeo De Derechos Humanos Y Su Respuesta Al Reto De La Transexualidad: Historia De Un Cambio De Criterio." American University International Law Review 29 no. 4 (2014): 831-868.

This Article is brought to you for free and open access by the Washington College of Law Journals & Law Reviews at Digital Commons @ American University Washington College of Law. It has been accepted for inclusion in American University International Law Review by an authorized administrator of Digital Commons @ American University Washington College of Law. For more information, please contact fbrown@wcl.american.edu.

EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y SU RESPUESTA AL RETO DE LA TRANSEXUALIDAD: HISTORIA DE UN CAMBIO DE CRITERIO

DRA. SUSANA SANZ-CABALLERO¹

I. INTRODUCCIÓN	831
II. LOS DERECHOS DE LOS TRANSEXUALES EN LA JURISPRUDENCIA EUROPEA ANTERIOR A LAS SENTENCIAS <i>GOODWIN E I.</i>	838
III. EL CAMBIO JURISPRUDENCIAL DE LAS SENTENCIAS <i>GOODWIN E I.</i> DE 11 DE JULIO DE 2002	844
IV. LA COHERENCIA DEL TEDH EN SU JURISPRUDENCIA MÁS RECIENTE.....	852
V. NUEVOS RETOS PARA EL TEDH EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS DE LOS TRANSEXUALES	863

I. INTRODUCCIÓN

Si hay una fecha que marcar en la agenda del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (“TEDH”) con relación al reconocimiento de los derechos de los transexuales—y sobre todo, del derecho de los mismos a contraer matrimonio con alguien del mismo sexo al suyo de nacimiento—esa fecha es la del 11 de julio de 2002. En ella, el Alto Tribunal con sede en Estrasburgo emitió sendas sentencias contra el Reino Unido (*Goodwin v. Reino Unido e I. v. Reino Unido*),² que

1. Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad CEU Cardenal Herrera, miembro del Consejo del Institut International des Droits de l’Homme (Estrasburgo) y Cátedra Jean Monnet de la UE en integración europea.

2. *Goodwin v. Reino Unido*, 2002-VI Corte E.D.H., *disponible en* http://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2002-VI.pdf; *I. v. Reino*

supusieron una inflexión jurisprudencial con respecto a su modo de aproximarse y de entender el fenómeno de la transexualidad.³

Hasta ese momento el TEDH no garantizaba el derecho de los transexuales a contraer matrimonio con personas del mismo sexo a aquél con el que el transexual nació. Sin embargo, en estos dos fallos, el TEDH entiende que incumple el Convenio Europeo de Derechos Humanos (“CEDH”) el Estado parte del mismo que permite a una persona someterse a una operación de cambio de sexo pero luego le impide cambiar en el registro civil los datos relativos a su sexo⁴ y, además, le niega la posibilidad de contraer matrimonio con una persona del mismo sexo a aquél con el que el transexual nació.⁵ La opinión del TEDH en estas sentencias fue que la negativa del Estado a proceder al cambio de datos oficiales supondría, por un lado, una

Unido, Demanda No. 25680/94, Corte E.D.H. (2002), *disponible en* <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60595>.

3. Véase Simone Wijte, *Post-Operative Transsexuals and the European Court of Human Rights* [Transexuales post-operativos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos], 21 SIM SPECIAL 501, 501-02 (1998) (quien explica que antes de 1998, El Tribunal Europeo de Derechos Humanos había evitado imponer a los Estados la obligación de modificar la información que figuraba en el registro civil a fin de acomodarla al nuevo sexo de los transexuales). Véase para un análisis general Annelise Singh et ál., *Counseling Competency with Transgender and Intersex Persons* [Aconsejar la competencia con las personas transgénero e intersexo], en HANDBOOK OF MULTICULTURAL CULTURAL COMPETENCIES, 415, 417–18 (Jennifer A. Erickson Cornish et al. eds., 2010) (quien define a los transexuales, bajo el término general de comunidad transgénero como las personas que solicitan hormonas y/o cirugía para alterar sus cuerpos con el objetivo de conseguir una mayor conformidad de su cuerpo con el sexo con el cual se auto-identifican).

4. Véase *Goodwin*, 2002-VI Corte E.D.H. ¶¶ 90–93 (traducción propia) (“90. . . . En resumen, la situación insatisfactoria de los transexuales operados, que viven entre dos mundos porque no pertenecen realmente ni a un sexo ni al otro, no puede durar más. 91. El tribunal no ignora las dificultades que implica un cambio tan fundamental del sistema ni las importantes repercusiones que tal medida inevitablemente acarrearán no sólo para el registro de nacimientos sino también para el derecho de familia, la filiación, la sucesión, la justicia penal, el empleo, la seguridad social y los seguros.

93. A la vista de lo que precede, el tribunal estima que el Estado demandante no puede seguir invocando su margen de apreciación en la materia salvo para poner en marcha las medidas que aseguren el reconocimiento del derecho protegido por el Convenio.”).

5. Véase *id.* ¶ 101 (traducción propia) (“En el caso de autos, la demandante lleva una vida de mujer, mantiene una relación con un hombre y desea casarse con un hombre únicamente. Sin embargo, no goza de esa posibilidad. Para el tribunal, la interesada puede realmente quejarse de una violación de la esencia misma del derecho a contraer matrimonio.”).

intromisión desproporcionada en el disfrute de las personas transexuales a su derecho a la vida privada.⁶ Por otro lado, que el Estado prohibiera al transexual casarse con personas de su mismo sexo cromosómico pero distinto sexo aparente supondría, en definitiva, negarles sin más el derecho a contraer matrimonio protegido por el artículo 12 del CEDH.⁷

En *Goodwin e I.*, el TEDH sanciona la hipocresía por la que algunos Estados consienten las operaciones de cambio de sexo—incluso con cargo al presupuesto público—y otorgan tratamiento psicológico y hormonal a quienes padecen estos trastornos para luego negarse a aceptar todas las consecuencias jurídicas que entraña ese cambio.⁸ Estas consecuencias jurídicas incluyen la corrección del dato referido al sexo en todos los documentos oficiales de identificación personal—

6. Véase Consejo de Europa, Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales art. 8, 4 nov. 1950, E.T.S. 5, 213 U.N.T.S. 221, *disponible en español en* http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf [en adelante Convenio Europeo] (“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”).

7. *Id.* art. 12 (“A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.”).

8. Véase *Goodwin*, 2002-VI Corte E.D.H. ¶ 81 (donde se indica que varios países, entre ellos el Reino Unido, reconocen la existencia de esta condición física y proporcionan o permiten el tratamiento, incluida la cirugía irreversible); I. v. Reino Unido, Demanda No. 25680/94, Corte E.D.H. ¶ 58 (2002), *disponible en* <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60595> (donde se destaca la contradicción de que la reasignación de sexo se proporcione legalmente, pero que no se cumpla con su pleno reconocimiento ante la ley); véase también François Rigaux, *Les Transsexuels devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme: Une Suite d'Occasions Manquées* [Los transexuales ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Una sucesión de oportunidades perdidas], 9 REVUE TRIMESTRIELLE DES DROITS DE L'HOMME [REV. TRIM. DR. CIV.] 117, 140 (1998) (quien resalta la incongruencia de los Estados que autorizan y financian tratamientos o cirugías, y que permiten que los transexuales y sus parejas utilicen la inseminación artificial, pero a la vez les niegan otros efectos jurídicos necesarios para garantizar la vida privada y familiar, lo cual es incompatible con el artículo 8 de la Convención).

incluida el acta de nacimiento—y la aceptación de su derecho a casarse y fundar una familia con una persona del sexo opuesto a aquél que el transexual siente como propio. Con estas dos sentencias, el TEDH exige a los Estados coherencia en sus acciones de modo que, si permiten médicamente la transexualidad y la aceptan socialmente, reconozcan todas las consecuencias jurídicas que ésta conlleva por complicadas, revolucionarias y chocantes que puedan antojarse y pese a los problemas de orden moral que, sin duda alguna, suscitan.⁹

Se puede compartir o no la argumentación del Tribunal en función de consideraciones de muy distinto orden: ético, social, religioso o político. Sin embargo, desde el punto de vista de la lógica jurídica, resulta bien hilvanada y razonada. Por eso, esta nueva jurisprudencia contrasta vivamente con la que el TEDH había desarrollado hasta ese entonces. En efecto, desde hace décadas, este Tribunal se había visto en la tesitura de tener que estatuir en varios asuntos sobre la transexualidad y nunca, hasta 2002, había llegado a las conclusiones a las que llega en los asuntos *Goodwin e I.*¹⁰ El TEDH es consciente del cambio jurisprudencial: justifica sus pronunciamientos aludiendo a que el CEDH es un “instrumento vivo,” que ha de interpretarse siempre atendiendo a las circunstancias específicas de cada momento histórico, y que sólo recientemente ha empezado a vislumbrarse un consenso europeo favorable al reconocimiento de la transexualidad con todas sus consecuencias.¹¹

9. Véase Susana Sanz Caballero, *Unmarried Cohabiting Couples before the European Court of Human Rights [Parejas cohabitantes solteras ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos]*, 11 COLUM. J. EUR. L. 152, 165 (2005) (sobre el reconocimiento del Tribunal de las contradicciones legales en los derechos de los transexuales).

10. Véase *infra* exposición en el apartado II; véase, por ejemplo, Van Oosterwijck v. Bélgica, Demanda No. 7654/76, Corte E.D.H. (1980); Rees v. Reino Unido, Demanda No. 9532/81, Corte E.D.H. (1986), <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57564>; Cossey v. Reino Unido, Demanda No. 10843/84, Corte E.D.H. (1990), <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57641>; B. v. Francia, Demanda No. 13343/87, Corte E.D.H. (ser. A) (1992); D.N. v. Francia, App. No. 17557/90, Com. E.D.H. (1993); Sheffield y Horsham v. Reino Unido, 1998-V Corte E.D.H.; X., Y. y Z. v. Reino Unido, 1997-II Corte E.D.H.

11. Véase, por ejemplo, *Société Colas y otros v. Francia*, 2002-III Corte E.D.H. ¶ 41, disponible en http://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2002-III.pdf (donde se enfatiza que la Convención es un instrumento vivo, y que el Tribunal tiene esto en cuenta al interpretar el significado de los términos “domicilio” y “hogar”); A., B. y C. v. Irlanda, Demanda No. 25579/05, Corte E.D.H. (2002),

El matrimonio de transexuales no es el matrimonio de personas homosexuales. Los científicos se han encargado de diferenciar ambos fenómenos. Por lo general, desde el momento de su pubertad, el transexual tiene la sensación de que vive encerrado en un cuerpo que no es realmente el suyo.¹² Se siente de sexo contrario a su sexo biológico. En cambio, el homosexual tiene clara su identidad de género: sabe que es hombre o mujer y no quiere dejar de serlo.¹³ Simplemente se siente atraído físicamente por personas de su mismo sexo. El transexual es coherente en su actuación y en sus reivindicaciones con el sexo que siente como propio, no con el que sus rasgos físicos de nacimiento le muestran de sí mismo.¹⁴ La mayoría de

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-102332> (donde el TEDH destaca la importancia de la Convención como un documento vivo y dinámico que se utiliza al interpretar el consenso de varios países europeos en cuanto al aborto).

12. Véase Shannon Price Minter, *Supporting Transgender Children: New Legal, Social, and Medical Approaches* [Apoyando a los niños transgénero: Nuevos enfoques jurídicos, sociales y médicos], 59 J. HOMOSEXUALITY 422, 426–27 (2012) (quien afirma que los médicos y psicólogos reconocen cada vez más la auto-identificación de género cruzado de niños, que puede ser síntoma de otros problemas o la identidad auténtica del niño); Diane Ehrensaft, *Boys Will Be Girls, Girls Will Be Boys: Children Affect Parents as Parents Affect Gender Nonconformity* [Los niños serán niñas, las niñas serán niños: Los niños afectan los padres como los padres afectan la no conformidad de género], 28 PSYCHOANALITIC PSYCHOLOGY 528, 535 (2011) (quien explica que si a niños que sufren de trastornos de género no se les da la oportunidad de vivir su verdadera identidad, empiezan a sentir la angustia de estar atrapados en una vida y/o un cuerpo que sienten irreal); Richard R. Pleak, *Formation of Transgender Identities in Adolescence* [Formación de identidades transgénero en adolescencia], 13 J. GAY & LESBIAN MENTAL HEALTH, 282, 285 (2009). “Algunos niños empiezan a manifestar comportamientos distintos al de su sexo de nacimiento alrededor del año y medio o dos años de edad. En la edad preescolar, algunos niños ya declaran abiertamente que quieren ser del otro sexo. Algunos jóvenes tienen este sentimiento a lo largo de toda su pubertad. También existen casos menos comunes de adultos que no manifestaron estos sentimientos en la infancia y que luego en la adolescencia empiezan a tener el sentimiento de que son distintos al sexo de nacimiento.” *Id.* (traducción propia).

13. Véase Kimberly A. Stieglitz, *Development, Risk, and Resilience of Transgender Youth* [Desarrollo, riesgo y resistencia de la juventud transgénero], 21 J. ASS’N NURSES AIDS CARE 192, 193 (2010) “La orientación sexual se define cuando alguien se siente romántica o sexualmente atraído hacia cierto sexo. La orientación sexual se puede distinguir de la identidad sexual y el comportamiento sexual de una persona. El término *transgénero*, y por ende transexual, no incluye orientación sexual. Muchas personas transgénero se sienten atraídas por las mismas personas después de haber hecho una transición al otro sexo” *Id.* (traducción propia).

14. Véase *id.* (quien aclara que, generalmente, las personas transgénero experimentan una incongruencia entre el sexo que sienten como definitivamente

los transexuales busca ansiosamente el reconocimiento social y la posibilidad de fundar una familia con una persona del sexo contrario a su sexo cerebral, que es aquél que la conciencia le dicta que es el suyo. En definitiva, aspira a poder vivir de conformidad con su identidad sexual psico-social.¹⁵

En el asunto *Goodwin*, el TEDH llegó a la conclusión de que el Reino Unido había traspasado su margen de apreciación al impedir que la señorita Christine Goodwin, un transexual convertido del sexo masculino al sexo femenino, contrajera matrimonio con un hombre.¹⁶ Pero el TEDH no llegó a esta conclusión porque hubiera olvidado el tenor literal del artículo 12 del CEDH, que permite al hombre y a la mujer contraer matrimonio desde la edad núbil. Tampoco porque, como algunos pretendían, el TEDH interpretara ahora el artículo 12 *contra legem* garantizando el derecho a contraer matrimonio de hombres y mujeres, pero no necesariamente entre sí.¹⁷ En los asuntos

suyo y sus características físicas).

15. Véase José María Morenilla Rodríguez, *El derecho al respeto de la esfera privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS 289, 308 (Consejo General del Poder Judicial ed., 1993). “La búsqueda de una identidad sexual reconocida públicamente no sólo se manifiesta en la demanda de aceptación social de las tendencias homosexuales frente a actos discriminatorios sino en aquellos casos en que el sujeto siente compulsivamente pertenecer al sexo opuesto no obstante presentar unos caracteres biológicos y cromosómicos que lo definen socialmente como hombre o mujer. Esto lleva a personas a tratamientos hormonales o quirúrgicos, con ablaciones de sus órganos o con implantes genitales incluso, para adaptar su sexo físico al psíquico, a manifestarse socialmente como del sexo opuesto y a reclamar la modificación de su estado civil o a que se reconozca jurídicamente su relación con una pareja del mismo sexo biológico. Las dificultades que experimentan estas personas en su vida cotidiana, la complejidad de situaciones familiares y la determinación que muestran los afectados para obtener el reconocimiento jurídico de su situación.” *Id.*

16. Véase *Goodwin v. Reino Unido*, 2002-VI Corte E.D.H. ¶ 103 (donde el TEDH explica que el margen de apreciación no es tan amplio en este caso, ya que una interpretación más amplia significaría que el Estado parte podría impedir el derecho a contraer matrimonio de manera generalizada).

17. Véase también Rhoda E. Howard-Hassmann, *Gay Rights and the Right to a Family: Conflicts Between Liberal and Illiberal Belief Systems* [Los derechos gay y el derecho a una familia: Conflictos entre sistemas de creencias liberales e iliberales], 23 HUM. RTS. Q. 73, 74 (2001) (quien resalta que la Declaración Universal de Derechos Humanos no define la familia como una relación heterosexual, pero es de suponer que los redactores y firmantes originales de la Declaración cuando redactaron el documento no tuvieron en mente más que a la familia heterosexual).

Goodwin e I., el TEDH sigue entendiendo que el matrimonio al que se refiere la disposición del CEDH es el tradicional, entre un hombre y una mujer. Pero también añade que para determinar el sexo de la persona, no se debe atender únicamente al sexo biológico/cromosómico, sino que también deben tomarse en consideración otros criterios, entre ellos, el del sexo cerebral.¹⁸ De la argumentación del Tribunal, no se extrae que el TEDH vaya a otorgar a partir de ese momento siempre y en todo lugar preeminencia al sexo psíquico para identificar a una persona como mujer o como hombre. En cada caso concreto que le sea sometido, hará un estudio pormenorizado y casuístico de las circunstancias específicas del individuo demandante a fin de conocer el grado de prevalencia de su transexualidad.¹⁹

Rectificar es de sabios, y el TEDH lo hizo en 2002 al entender y defender, por fin, que los transexuales son un colectivo vulnerable cuyos derechos fundamentales no quedan convenientemente protegidos en la legislación interna de muchos Estados miembros del Consejo de Europa, todos los cuales deben ser partes obligatoriamente del CEDH. El objetivo de este trabajo es doble: por un lado, mostrar las claves de este viraje jurisprudencial—un giro en la doctrina del TEDH que ha sido un hito en relación al derecho de las personas transexuales a contraer matrimonio—comprobando si el TEDH ha sido coherente con ese cambio en sus pronunciamientos posteriores. Por otro, el objetivo es demostrar que, pese a este giro, el de la transexualidad no es un terreno fácil ni amable. Subsisten numerosos retos, aristas e imprecisiones, tanto para los Estados europeos como para el propio TEDH, derivados del reconocimiento del derecho del transexual a la rectificación de sus datos y a contraer matrimonio con alguien que pertenezca a su mismo sexo cromosómico pero al sexo

18. Véase *Goodwin*, 2002-VI Corte E.D.H. ¶¶ 81–83, 100 (donde se reitera que ha habido cambios dramáticos en la medicina y la ciencia en cuanto a la transexualidad, pero se reconoce que el conocimiento científico disponible hoy en día no es el argumento determinante para el Tribunal en este caso); I. v. Reino Unido, Demanda No. 25680/94, Corte E.D.H. ¶ 80 (2002), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60595> (donde el TEDH consigna que las autoridades médicas reconocen el transexualismo como una condición que requiere de tratamiento, incluida la cirugía).

19. Véase Jacqueline Pousson-Petit, *Une illustration: Le cas du transsexualisme* [Una ilustración: El caso de transexualismo], en *DE LA BIOETHIQUE AU BIO-DROIT* 133, 141 (Claire Neirinck ed., 1994) (quien describe varios elementos de la identidad sexual, entre ellos, los resultados de las modificaciones morfológicas, los roles sociales y la psique).

aparente opuesto.

II. LOS DERECHOS DE LOS TRANSEXUALES EN LA JURISPRUDENCIA EUROPEA ANTERIOR A LAS SENTENCIAS *GOODWIN E I.*

En los primeros casos presentados por demandantes transexuales que se consideraban víctimas de violaciones del CEDH, al emitir sus decisiones, el Tribunal siempre había sido muy condescendiente con las políticas y leyes nacionales en relación con este fenómeno. Para ello aludía a que la dispar legislación de los Estados en la materia demostraba la falta de unidad de criterio entre ellos y, en consecuencia, el amplio margen de apreciación estatal que quedaba y que el TEDH les debía reconocer. El TEDH no parecía mostrarse especialmente sensible hacia el drama que viven a diario los transexuales en su vida. Entre los asuntos que se pueden citar a este respecto destacan *Van Oosterwijck v. Bélgica* del 27 de febrero de 1980,²⁰ *Rees v. Reino Unido* del 24 de enero de 1986,²¹ y *Cossey v. Reino Unido* del 27 de septiembre de 1990.²²

El caso *Van Oosterwijck* afectó a un funcionario belga de la Comisión Europea, nacido mujer pero que desde su primera infancia entendió que tenía una doble personalidad dado que se sentía un varón atrapado en un cuerpo de mujer.²³ Los psiquiatras diagnosticaron su transexualidad y, entre episodios de depresión y un intento de suicidio, le prescribieron una terapia hormonal seguida de tratamiento quirúrgico.²⁴ Tras completar su proceso de transformación en varón, solicitó una rectificación de su estado civil en el registro civil que no fructificó.²⁵ Según la legislación belga del momento, sólo se podían rectificar datos personales en el archivo oficial de nacimientos si se podía demostrar que hubo un error en la verificación del sexo de la

20. *Van Oosterwijck v. Bélgica*, Demanda No. 7654/76, Corte E.D.H. (1980), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57549>.

21. *Rees v. Reino Unido*, Demanda No. 9532/81, 9 Corte E.D.H. 56 (1986), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57564>.

22. *Cossey v. Reino Unido*, Demanda No. 10843/84, Corte E.D.H. (1990), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57641>.

23. *Van Oosterwijck*, Demanda No. 7654/76, Corte E.D.H. ¶¶ 8–9.

24. *Id.*

25. *Id.* ¶ 12.

persona en el momento de la inscripción.²⁶ De otra forma, los datos inscritos se convierten en definitivos. El demandante apeló a consideraciones de equidad, humanidad, dignidad y a los intereses de la sociedad y de sí mismo para exigir la modificación de datos, dado que error en el momento del registro no había existido, estando demostrado que nació mujer.²⁷ Sin embargo, el TEDH consideró que el demandante no había agotado los recursos internos que el sistema belga le ofrecía²⁸ y evitó dar opinión sobre el fondo del asunto.

La sencilla resolución del caso *Van Oosterwijck* no se repitió cuando el TEDH tuvo que analizar los asuntos *Rees* y *Cossey*. En estos casos sí tuvo que entrar en el fondo de los asuntos. Sin embargo, los resolvió con idéntico resultado, esto es, sin condena al Estado demandado: el Reino Unido.²⁹

En el caso *Rees*, un transexual británico de mujer a varón reclama que es víctima de prácticas nacionales y de una legislación estatal contrarias al respeto de su vida privada, todo lo cual le impide su plena integración en la sociedad.³⁰ En concreto, su queja se basa, aquí de nuevo, en la negativa estatal a rectificar los datos referidos al sexo en el registro de nacimientos, que estima que vulnera su derecho a la vida privada³¹ y su derecho a contraer matrimonio.³² El TEDH considera que estamos ante un conflicto de intereses: el interés general en que los datos registrados sean fiables e inamovibles, y el interés particular del demandante en que sus datos se modifiquen por razones personales.³³ Ante esta disyuntiva, el TEDH opta dar más importancia

26. *Id.* ¶ 12.

27. *Id.* ¶ 13.

28. Véase *id.* ¶¶ 40–41 (donde se indica que el caso nunca había llegado al Tribunal de Casación).

29. Véase *Rees v. Reino Unido*, Demanda No. 9532/81, 9 Corte E.D.H. 56, ¶¶ 46, 51 (1986), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57564> (donde el TEDH concluye que no existe ni violación del artículo 8 ni del 12 de la Convención); *Cossey v. Reino Unido*, Demanda No. 10843/84, Corte E.D.H. ¶¶ 42, 48 (1990), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57641> (donde el TEDH concluye que no existe ni violación del artículo 8 ni del 12 de la Convención).

30. Véase *Rees*, 9 Corte E.D.H. 56, ¶¶ 12–13, 34 (donde el TEDH reconoce las dificultades que experimenta el demandante, que se siente humillado cada vez que tiene que mostrar la documentación personal que indica su sexo femenino).

31. Convenio Europeo, *supra* nota 6, art. 8.

32. *Id.* art. 12; véase *Rees*, 9 Corte E.D.H. 56, ¶¶ 33, 34, 48.

33. Véase *id.* ¶¶ 43, 44 (donde el TEDH recoge el deseo del demandante de

a lo primero por varios motivos. El TEDH señala que a Rees sí se le ha dejado modificar sus datos en el resto de documentación personal, incluido su pasaporte: considera que no existe interferencia en la vida privada del señor Rees y considera que la noción de “respeto” de la vida privada no tiene un contenido claro y estricto.³⁴ A este respecto, aunque el TEDH constata que otros Estados europeos muestran una legislación en la materia más flexible, entiende que obligar al Reino Unido a flexibilizar la suya sería tan ridículo como obligar a los otros Estados europeos a tener que adoptar una legislación más rígida. En este sentido, entiende que Reino Unido ya ha intentado minimizar al máximo los perjuicios que causa su decisión en el demandante al haberle expedido un pasaporte con su nuevo nombre y su nuevo sexo. Asimismo, el TEDH da por hecho que las consecuencias administrativas de una flexibilización de la legislación serían excesivamente graves para la idiosincrasia británica. No en vano la posibilidad de modificación se debería extender al resto de ciudadanos que solicitara una rectificación de datos por otros motivos.³⁵ Respecto a la eventual violación del derecho a contraer matrimonio, el TEDH estima que el artículo 12 del CEDH protege el matrimonio tradicional entre hombre y mujer como base de la familia.³⁶ Además, estima que el derecho a contraer matrimonio está sometido a la legislación estatal, con la única limitación de que ésta última no restrinja de tal modo el derecho que llegue a afectar a su esencia.³⁷ En este sentido, el TEDH entiende que el hecho de que el Reino Unido impida el matrimonio de dos personas que no tengan sexo biológico opuesto en realidad no afecta a la esencia o núcleo del derecho a contraer matrimonio.

Por su parte, el caso *Cossey*, juzgado por el TEDH cuatro años más tarde, muestra rasgos muy similares al caso *Rees*. En realidad, la única diferencia consiste en que aquí quien demanda es una persona transexual que tenía una pareja con la que quería casarse, por lo que no reclamaba *ex* artículo 12 del CEDH de modo teórico, sino con el

modificar sus documentos y a la vez mantener su derecho a la vida privada frente a terceros).

34. Véase *id.* ¶¶ 35, 37 (en estos párrafos de la sentencia el TEDH indica que las obligaciones positivas que se derivan para el Estado del término “respeto” a la vida privada del artículo 8 de la Convención no son completamente claras dada la diversidad de prácticas existentes en los Estados).

35. Véase *id.* ¶ 42.

36. Véase *id.* ¶¶ 49–51.

37. *Id.*

fin de contraer matrimonio.³⁸ Al negarse el Reino Unido a permitir el matrimonio de dos personas con el mismo sexo biológico pero distinto sexo aparente, puesto que quien demanda ha cambiado de sexo, la pareja decidió celebrar una ceremonia en una sinagoga. Dicha ceremonia fue declarada inválida por las autoridades posteriormente.³⁹ Los contrayentes decidieron separarse al mes de la ceremonia, pero la demandante continuó con su demanda ante el TEDH. Ella entendió que el rechazo británico a emitir un certificado de nacimiento que reflejara su nuevo sexo anatómico había impedido que su matrimonio fuera válido.⁴⁰

El TEDH en su argumentación comprueba que la diferencia con el caso *Rees* es que en aquél el demandante no tenía pareja y aquí, sí.⁴¹ No obstante, el Tribunal sostiene que esa diferencia no es relevante porque, a efectos del artículo 12 del CEDH, el derecho individual a contraer matrimonio no depende tanto de que la persona tenga efectivamente una pareja dispuesta a casarse sino de que se cumplan los requisitos legales para casarse.⁴² El TEDH considera que la protección del matrimonio tradicional es un valor tan importante para la sociedad que justificaría que el Estado siga empleando el criterio biológico a la hora de decidir quiénes pueden ser contrayentes.⁴³ Por eso el TEDH entiende que no debe cambiar su posición respecto a su

38. Véase *Cossey v. Reino Unido*, Demanda No. 10843/84, Corte E.D.H. ¶ 30 (1990), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57641> (donde se señala que la señorita Cossey declaró que al no poder cambiar su certificado de nacimiento para incluir su sexo femenino, no pudo contraer matrimonio válido con un hombre, lo cual dio lugar a violaciones del artículo 8 y 12 de la Convención).

39. Véase *id.* ¶ 14.

40. Véase *id.* ¶ 14. A raíz de una petición presentada por la señorita Cossey, que había sido informada de que éste era su único medio de obtener ayuda financiera, el matrimonio fue, por sentencia condicional, hecha por el Tribunal Supremo el 17 de enero de 1990, anulado ante la ley debido a que las partes no eran hombre y mujer. Ese decreto se hizo definitivo el 13 de marzo de 1990. *Id.*

41. Véase *id.* ¶ 32 (donde se indica el deseo de la señorita Cossey de contraer matrimonio en el futuro).

42. *Id.*

43. Véase *id.* ¶ 46 (donde el TEDH declara que en estas circunstancias, no considera que esté en disposición de adoptar un nuevo enfoque para interpretar el artículo 12; considerando, además, que el apego al concepto tradicional de matrimonio es motivo suficiente para que el Tribunal continúe optando por criterios biológicos para determinar el matrimonio, siendo ésta una cuestión que entra dentro de la competencia interna de los Estados).

jurisprudencia anterior.⁴⁴

Estas sentencias son absolutamente contrarias a los intereses de los demandantes. Pero, tres veces en el pasado antes de la emisión de sus sentencias de 11 de julio de 2002—en concreto, en las sentencias *B.*,⁴⁵ *X., Y. y Z.*,⁴⁶ y *Sheffield y Horsham*⁴⁷—el TEDH pareció que iba a empezar a alinearse con las pretensiones de los transexuales, mostrando una mayor sensibilidad en los casos *Van Oosterwijck*, *Rees* y *Cossey*.

Por un lado, en la sentencia *B. v. Francia*, el Tribunal condenó por primera vez a un Estado por el trato que había otorgado a un transexual.⁴⁸ En *B.*, el TEDH entendió que la legislación francesa era especialmente rígida y ofensiva en relación al transexual que sufría una operación de reasignación de sexo.⁴⁹ Casi todos los documentos oficiales de identificación de este país hacían alusión al sexo de la persona. Además, la administración francesa era especialmente rigurosa y celosa a la hora de exigir la exhibición de la documentación personal en cualquier tipo de contacto del ciudadano con los organismos públicos, a diferencia de lo que ocurre en otros Estados.⁵⁰

En la sentencia *X., Y. y Z.*, el TEDH admite que un transexual convertido de mujer a hombre pueda ejercer socialmente como padre

44. En cambio, la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos—hoy desaparecida—siempre se mostró más dispuesta que el TEDH a reconocer los derechos de los transexuales. Véase *Van Oosterwijck v. Bélgica*, Demanda No. 7654/76, Corte E.D.H. ¶¶ 28–31 (1980), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57549>; *Rees v. Reino Unido*, Demanda No. 9532/81, 9 Corte E.D.H. 56, ¶¶ 29–30 (1986), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57564>; *D.N. v. Francia*, Demanda No. 17557/9, Corte E.D.H. (1993).

45. *B. v. Francia*, Demanda No. 13343/87, Corte E.D.H. (ser. A) (1992), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57770>.

46. *X., Y. y Z. v. Reino Unido*, 1997-II Corte E.D.H. disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58032>.

47. *Sheffield y Horsham v. Reino Unido*, 1998-V Corte E.D.H., disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58212>.

48. *B.*, Demanda No. 13343/87, Corte E.D.H. (ser. A) ¶ 63.

49. Véase *id.* ¶¶ 49–51 (donde el TEDH considera que existen diferencias notables entre Francia e Inglaterra, en cuanto a su legislación y práctica sobre el estado civil, el cambio de nombre y el uso de documentos de identidad).

50. Véase *id.* ¶¶ 19–21 (sobre el reconocimiento de un hijo ilegítimo (el artículo 62 del Código Civil), la adopción (el artículo 354), el matrimonio (el artículo 75), el divorcio (el artículo 1082 del nuevo Código de Procedimiento Civil) y la muerte (el artículo 79 del Código Civil), entre otros).

del hijo de su compañera, concebido mediante inseminación artificial, e incluso que le pueda pasar su apellido al mismo.⁵¹ Sin embargo, niega que ello conlleve la obligación para el Estado de inscribir a tal persona como padre del menor en el registro civil.⁵²

Por último, en la sentencia *Sheffield y Horsham* el TEDH demuestra conocer bien la teoría sobre la existencia de un sexo cerebral, que es aquél que realmente la persona siente como propio, frente al sexo aparente o gonádico (el biológico o anatómico en el momento del nacimiento).⁵³ En este sentido, parece sensibilizado hacia el drama personal que sufren muchos transexuales, encerrados en cuerpos de los que abominan, incomprensidos y humillados socialmente, propensos a la depresión, a la automutilación e incluso al suicidio. Sin embargo, esta sentencia fue otra ocasión perdida. El TEDH no llegó a establecer que el transexual tuviera derecho en toda ocasión al cambio en la mención del sexo en todos sus documentos oficiales ni que, mucho menos, tuviera derecho a contraer matrimonio con una persona del sexo con el que el transexual nació pero con el que no se identifica sexualmente.⁵⁴

En las sentencias *B.*, *Sheffield y Horsham*, e incluso en *X.*, *Y.* y *Z.*, el TEDH decía entre líneas que simpatizaba con la difícil situación personal, familiar y social del colectivo transexual. Dicho eso, el TEDH no podía jurídicamente responder positivamente a sus reivindicaciones aunque “quisiera” porque no había un consenso europeo en la materia.⁵⁵ Con ello el TEDH nos demostraba que,

51. Véase *X.*, *Y.* y *Z.*, 1997-II Corte E.D.H. ¶¶ 16, 37 (donde el Tribunal se ocupa de la situación de X, transexual que convive con Y, ejerce de pareja masculina suya y actúa como “padre” de Z desde su nacimiento, lo cual ha creado lazos familiares entre ellos).

52. Véase *id.* ¶ 49 (donde ese indica que no existe un consenso europeo en cuanto a la concesión de derechos a padres transexuales).

53. Véase *Sheffield y Horsham v. Reino Unido*, 1998-V Corte E.D.H. ¶¶ 43, 53, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58212> (donde el Tribunal reconoce que las investigaciones del profesor L.J.G. Gooren sobre el sexo cerebral en la transexualidad constituyen una aportación importante al debate en este ámbito, pero concluye que esta teoría no cuenta con el apoyo universal de la profesión médico-científica por lo que el rechazo por parte de las autoridades del Estado demandado de esta teoría es razonable).

54. Véase *id.* ¶ 69 (donde el Tribunal señala que no hubo violación del artículo 12 de la Convención).

55. Véase *B.*, Demanda No. 13343/87, Corte E.D.H. (ser. A) ¶ 44; *X.*, *Y.* y *Z.*, 1997-II Corte E.D.H. ¶ 44; *Sheffield y Horsham*, 1998-V Corte E.D.H. ¶¶ 55, 57. De

habitualmente, era sólo tan rápido como el más lento de sus Estados partes.⁵⁶

III. EL CAMBIO JURISPRUDENCIAL DE LAS SENTENCIAS *GOODWIN* E *I.* DE 11 DE JULIO DE 2002

El TEDH se desquita en las sentencias a los asuntos *Goodwin* e *I.* de su indecisa y poco convincente jurisprudencia anterior en la que parecía decirnos “sí, pero no.” Cambió su papel, conservador hasta entonces, por el de locomotora que arrastra con su impulso los vagones de los Estados más tradicionales dentro de la organización del Consejo de Europa.

En *Goodwin*, el Tribunal de Estrasburgo se ocupó del caso de un varón británico casado con cuatro hijos que empieza a vestirse como una mujer. Tras recibir tratamiento psiquiátrico, decide vivir como

ahí el amplio margen de apreciación que dejaba a los Estados. *En el mismo sentido, véase también* Esther Arroyo i Amayuelas, *Sexo, identidad de género y transexualidad*, en MATRIMONIO HOMOSEXUAL Y ADOPCIÓN 113, 169 (A. Llanza & S. Navas eds., 2006); Clare Ovey, *The Margin of Appreciation Under the European Convention on Human Rights: Its Legitimacy in Theory and Application in Practice* [El margen de apreciación bajo el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos: Su legitimidad en teoría y aplicación en la práctica], 19 HUM. RTS. L.J. 10, 11 (1998); Michelangela Scalabrino, *La protection de la vie privée et familiale et l'évolution médicale sous la Convention Européenne des droits de l'homme* [La protección de la vida privada y familiar y los avances médicos en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos], 1 AFFARI SOCIALI INTERNAZIONALI, 1, 95 (1995); Martin Scheinin, *Sexual Rights as Human Rights – Protected under Existing Human Rights Treaties?* [Derechos sexuales como derechos humanos – ¿Protegidos bajo los tratados de derechos existentes?], 67 NORDIC J. INT.L. 17, 33 (1998); *Cour Européenne des Droits de l'Homme: X, Y et Z contre Royaume-Uni, Observations* [El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: X, Y y Z contra Reino Unido, Comentarios], 40 JOURNAL DES TRIBUNAUX, DROIT EUROPÉEN 142, 143 (1997).

56. Véase, por ejemplo, Rachael Young & Stewart Leech, *Marriage, Divorce and Ancillary Relief Under the Human Rights Act 1998: An Introduction* [El matrimonio, el divorcio y la mitigación secundaria bajo la Acta de Derechos Humanos de 1998: Una introducción], 3 EUR. HUM. RTS. L. REV. 300, 401 (2001) (donde se indica que los órganos de Estrasburgo no están dispuestos a imponer un cambio más rápido que el más lento de los Estados partes estén dispuestos a seguir), 401 (quien agrega que aunque el Tribunal debe aplicar la Convención a la luz de las condiciones actuales, el hecho de que un país no esté en sintonía con los demás Estados partes no necesariamente significa que haya una violación de la Convención, especialmente en el caso del derecho a contraer matrimonio, que está tan estrechamente ligado a la cultura e historia de cada sociedad).

mujer, siendo operado y siguiendo clases de foniatría con cargo al sistema público de salud.⁵⁷ Al final de este proceso, se divorcia de su esposa.⁵⁸ Con su nuevo aspecto empieza a sufrir acoso laboral y dice no poder demandar a la empresa porque la ley le considera varón.⁵⁹ Finalmente, es despedida y sospecha que es por su nueva condición de mujer.⁶⁰ Para conseguir un nuevo trabajo debe mostrar su cartilla de la seguridad social en la que se le identifica como varón. Su petición de que los datos de seguridad social sean modificados es rechazada.⁶¹ En su nuevo empleo, teme que se investigue su pasado. Cuando alcanza los sesenta años, no se le concede la pensión como mujer, de modo que debe seguir trabajando hasta la edad en la que se jubilan los varones, sesenta y cinco años, pero pagando directamente sus cuotas a la seguridad social, a fin de que su empleador no sospeche.⁶² Durante todo el resto de su vida sigue siendo considerada varón a efectos bancarios, de seguros y en cualquier otro tipo de asunto oficial. Por ello demanda al Reino Unido por violación del CEDH en sus artículos 8, 12 y 14.⁶³

Por su parte, en el asunto *I.* el TEDH se enfrenta a la demanda de un transexual operado de hombre a mujer que trabajó un tiempo como enfermera del ejército y que, cuando tuvo la oportunidad de que éste le empleara de forma definitiva, tuvo que renunciar al serle solicitado el certificado de nacimiento, en el que sigue figurando como de sexo masculino.⁶⁴ En todos sus trámites con la administración—la solicitud de un préstamo, de una pensión de discapacidad y de un nuevo trabajo, entre otros—se le exige un certificado de nacimiento que apoye su petición.⁶⁵ Además, vive con un varón y quiere casarse con él, pero no puede porque sigue figurando como varón en el registro civil.⁶⁶ Por

57. Goodwin v. Reino Unido, 2002-VI Corte E.D.H. ¶ 14, *disponible en* http://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2002-VI.pdf.

58. *Id.* ¶ 14.

59. *Id.* ¶ 15.

60. *Id.*

61. *Id.* ¶ 16.

62. *Id.* ¶ 17.

63. Véase, por ejemplo, *id.* ¶¶ 59–63, 94–95, 105–106; Convenio Europeo, *supra* nota 6, arts. 8, 12, 14.

64. *I. v. Reino Unido*, Demanda No. 25680/94, Corte E.D.H. ¶ 12 (11 julio 2002), *disponible en* <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60595>.

65. *Id.* ¶¶ 13–15.

66. *Id.* ¶ 75.

todo ello considera que el Reino Unido ha violado el CEDH en sus artículos 8, 12 y 14.⁶⁷

Tanto en uno como otro caso existe un conflicto entre la realidad social y la norma jurídica que deja a los transexuales en una difícil y anómala situación porque el derecho choca con aspectos básicos de la identidad personal. En *Goodwin e I.*, el TEDH admite que aún en 2002 no existe una opinión totalmente unánime en los Estados partes en el CEDH hacia el reconocimiento de todos los derechos que reclaman los transexuales. No obstante, afirma que hay una opinión más favorable hacia este colectivo que la que había hace unos años, jalonando su argumentación con ejemplos de prácticas y leyes recientemente adoptadas en algunos Estados europeos.⁶⁸ Con estos dos fallos el TEDH se erigió en adalid de la causa de los transexuales.

Su jurisprudencia hasta el 11 de julio de 2002 en la materia que nos ocupa había sido veleta, ambigua, confusa y llena de lagunas y debilidades en relación con la aplicación del artículo 12 del CEDH. La excesiva prudencia conectaba bien con la manera de actuar tradicional del Tribunal. Sin embargo, dicha prudencia llevaba a contradicciones e incoherencias. Por un lado, el TEDH aseguraba que en modo alguno estaba vedando el derecho a contraer matrimonio a las personas transexuales, ya que a éstas siempre les quedaba la posibilidad, tras su operación de conversión sexual, de contraer matrimonio con una persona de su mismo sexo morfológico externo pero de sexo cromosómico diferente.⁶⁹ Por otro lado, el TEDH afirmaba—pero sólo en relación a las parejas heterosexuales—que el derecho a fundar una familia no puede ser interpretado en el sentido de que sólo puedan contraer matrimonio personas con capacidad para procrear o personas

67. *Id.*

68. Véase *Goodwin*, 2002-VI Corte E.D.H. ¶ 103 (donde se consigna que aunque existe una aceptación generalizada del matrimonio de los transexuales en países europeos, pocos países permiten el matrimonio de los transexuales en su nuevo sexo); *I.*, Demanda No. 25680/94, Corte E.D.H. ¶ 64 (donde se menciona que se vislumbra un consenso emergente entre los Estados miembros del Consejo de Europa para ofrecer reconocimiento legal a la reasignación de sexo), ¶ 64 (donde se informa de que en Australia y Nueva Zelanda, los tribunales parecen estar alejándose de la opinión tradicional de evaluar solamente el sexo biológico del momento del nacimiento).

69. Véase *Goodwin*, 2002-VI Corte E.D.H. ¶ 101; *I.*, Demanda No. 25680/94, Corte E.D.H. ¶ 81; véase también Pascal Boucaud, *Le droit de se marier [El derecho de casarse]*, 9 REV. TRIM. DR. CIV. 3, 18 (1992).

que mantengan relaciones sexuales de tipo tradicional.⁷⁰

Con respecto a la posibilidad para el transexual operado de contraer matrimonio con una persona de su mismo sexo aparente, cabría puntualizar dos ideas. Por un lado, en principio, esta posibilidad representaría para el transexual convencido lo mismo que para un heterosexual representaría el que le dijese que únicamente puede contraer matrimonio con una persona de su mismo sexo. Al igual que el heterosexual preferirá mantener su soltería con tal de no casarse con alguien de su mismo sexo, también el transexual verá reducido a la nada su derecho a contraer matrimonio si la ley le prohíbe casarse con alguien de sexo opuesto a su sexo psico-social y cerebral pero de su mismo sexo cromosómico.

Por otro lado, cabe dudar si, a la hora de la verdad, el TEDH admitiría un matrimonio entre personas que, en apariencia, tienen el mismo sexo. En tal caso, parecería que los jueces europeos estarían propiciando algo que hasta el momento han negado como es el matrimonio de homosexuales.⁷¹ Es más, la condescendencia que mostró la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos hacia Suecia en su decisión al asunto *Eriksson y Goldschmidt v. Suecia*⁷²—en el que Suecia prohibió a un transexual no operado casarse con una persona de sexo cromosómico opuesto—parece demostrar y redundar en la confusión reinante entre los miembros de los órganos de Estrasburgo hasta la fecha de la emisión de las sentencias *Goodwin* e

70. Véase *Goodwin*, 2002-VI Corte E.D.H. ¶¶ 98, 99 (donde se aclara que el ejercicio del derecho a contraer matrimonio da lugar a consecuencias sociales, personales y legales y que aunque este derecho depende de las leyes nacionales de los Estados partes, las limitaciones no deben restringir o reducir este derecho hasta tal punto que su esencia misma se vea afectada); *I.*, Demanda No. 25680/94, Corte E.D.H. ¶ 80 (donde el TEDH interpreta que la primera frase del artículo 12 se refiere de manera explícita al derecho de un hombre y una mujer de contraer matrimonio, pero acepta que hoy en día no se puede suponer que estos términos deban hacer referencia necesariamente a la determinación del sexo según criterios estrictamente biológicos).

71. Véase Stephanie Evain, *Le Juge Européen, le Transsexualisme et les Droits de l'Homme* [El juez europeo, el transexualismo y los derechos humanos], 51 SEMAINE JURIDIQUE 523, 525 (1997).

72. Véase *Eriksson y Goldschmidt v. Suecia*, Demanda No. 14573/89, Com. E.D.H. (1998) disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-1138> (donde se opina que el derecho a contraer matrimonio garantizado por el artículo 12 se refiere al matrimonio tradicional entre personas del sexo biológico opuesto y se reitera que la redacción del artículo claramente protege el matrimonio como fundamento de la familia).

I. En efecto, en la decisión de *Eriksson y Goldschmidt*, la Comisión Europea de Derechos Humanos—hoy desaparecida—tuvo en cuenta que Suecia había consentido el cambio de nombre de la señorita Eriksson (nacida con sexo masculino) y que según su legislación, si permitiera su matrimonio con la señorita Goldschmidt, estaría aceptando el matrimonio de dos personas del mismo sexo.⁷³ Pese a la lógica de la resolución tomada individualmente, resulta paradójico su resultado en términos generales para la jurisprudencia de Estrasburgo, porque en realidad desde el punto de vista biológico-cromosómico, se trataba de dos personas de sexo diferente. En consecuencia, la Comisión Europea de Derechos Humanos prohibió en este asunto concreto lo que el TEDH decía que siempre estaría abierto a los transexuales, a saber, el matrimonio de una persona que sufre un trastorno de transexualidad con una persona de sexo cromosómico opuesto. Todo ello demuestra la falta de hilo conductor uniforme que existía hasta las sentencias *Goodwin* e *I.* en la jurisprudencia de Estrasburgo. Se podría decir que el transexual estaba encerrado en un círculo vicioso por el que los órganos de Estrasburgo no lo consideraban ni totalmente hombre ni totalmente mujer a efectos de contraer matrimonio, reconociendo sólo de forma parcial y fragmentaria su verdadera identidad sexual.⁷⁴

Con respecto a la afirmación del TEDH de que el derecho a fundar una familia no está restringido a las parejas heterosexuales que puedan procrear, lo cierto es que los órganos de Estrasburgo han venido aceptando desde antiguo otras formas de vida familiar al margen de la familia clásica o célula familiar—es decir, padres heterosexuales casados con hijos. En este sentido, han aceptado que pueda constituir vida familiar una unión de hecho estable con o sin hijos.⁷⁵ Han aceptado que se pueda fundar una familia con hijos concebidos de forma no natural y, por supuesto, con hijos adoptados.⁷⁶ También han

73. Véase *id.*

74. Rigaux, *supra* nota 8, en 133 (quien plantea que la jurisprudencia del Tribunal ha creado un ser “ambiguo”).

75. Véase, por ejemplo, Saucedo Gómez v. España, Demanda No. 37787/97, Corte E.D.H. (1999), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=002-228> (donde el Tribunal concluye que indudablemente existía una vida familiar entre el solicitante y su pareja en el sentido del artículo 8, ya que habían cohabitado durante dieciocho años).

76. Véase, por ejemplo, Rieme v. Suecia, Demanda No. 12366/86, Corte E.D.H. ¶¶ 54–56 (1992), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/>

reconocido que para contraer matrimonio no constituye una condición *sine qua non* ni la capacidad física para procrear ni tampoco la posibilidad física de mantener relaciones sexuales.⁷⁷ Todo parecía abocar, por tanto, a un reconocimiento de la eventual vida familiar y a fundar una familia de una pareja que no puede procrear, que no puede concebir hijos comunes sino sólo de forma artificial, y que puede—o no—querer tener hijos mediante métodos no naturales, mediante adopción, o mediante el reconocimiento por parte de uno de ellos del hijo del otro. La pregunta era entonces si el TEDH admitiría todo esto con una pareja en la que uno de sus miembros es transexual. El TEDH no se decidía ni a permitir a tal tipo de pareja contraer matrimonio *ex* artículo 12 ni tampoco a reconocer sin fisuras su derecho a fundar una familia y a calificar su convivencia como vida familiar. Ciertamente es que en el asunto *X., Y. y Z.*, el TEDH asume que un transexual operado pueda ejercer socialmente como padre del hijo de su compañera, concebido mediante inseminación artificial de un donante anónimo.⁷⁸ Ciertamente es también que el TEDH asume que entre esas tres personas puedan existir vínculos familiares.⁷⁹ Pero el TEDH no se atrevió en este pronunciamiento a llevar su argumento hasta sus últimas consecuencias: negó que la apariencia de paternidad del transexual

search.aspx?i=001-57792 (donde se deduce que la relación entre padres e hijos constituye un elemento fundamental de la vida familiar y que la relación familiar natural no termina cuando un niño queda bajo la custodia del Estado).

77. Véase *Van Oosterwijk v. Bélgica*, Demanda No. 7654/76, Corte E.D.H. ¶ 59 (1980), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57549> (donde el TEDH afirma que nada permite inferir que la capacidad de procrear sea una condición fundamental para contraer matrimonio, ni que la procreación sea siquiera un propósito esencial del mismo).

78. Véase *X., Y. y Z. v. Reino Unido*, 1997-II Corte E.D.H. ¶ 37 disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58032>.

79. Se trató de la primera y única vez (hasta los pronunciamientos de 11 de julio de 2002) en que el TEDH ha afirmado que puede existir vida familiar entre los miembros de una pareja transexual. Con ello el Tribunal diferencia la problemática de este colectivo de la de los homosexuales. Véase Susana Sanz-Caballero, *Las uniones de hecho en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en *LA LEY VALENCIANA DE UNIONES DE HECHO* 37, 40 (Manuel Martínez Sospedra ed., 2002); Stanley Naismith, *Private and Family Life, Home and Correspondence [La vida privada y familiar, el hogar y la correspondencia]*, en *THE BIRTH OF EUROPEAN HUMAN RIGHTS LAW* 141, 159–60 (Michele de Salvia et ál. eds., 1998); Paolo Pallaro, *I Diritti degli omosessuali nella Convenzione Europea per i Diritti Umani e nel diritto comunitario [Los derechos de los homosexuales en la Convención Europea de Derechos Humanos y el derecho comunitario]*, *RIVISTA INTERNAZIONALE DEI DIRITTI DELL'UOMO*, 104, 118–19 (2000).

operado bastara para que esa persona se convierta jurídicamente en padre.⁸⁰ Y todo ello pese a que X hubiera actuado en todo momento como padre del menor y constituyera el sostén económico de Z e Y gracias a su trabajo como profesor universitario.⁸¹ El Tribunal creó el concepto de “padre social” pero prefirió dejar al niño sin padre jurídico.⁸² Impidió la inscripción del transexual como padre antes de tener que reconocer a la convivencia de una pareja transexual todas las consecuencias jurídicas—en materia de derechos parentales y filiación—que, sin embargo, generalmente los Estados partes del CEDH sí atribuyen a la vida familiar de una pareja heterosexual estable en la que la mujer sea inseminada artificialmente de común acuerdo entre los dos miembros de la pareja.⁸³

Pero la fruta ya estaba madura en 2002. La Gran Sala del TEDH adoptó de forma unánime los fallos en las sentencias *Goodwin e I.*,⁸⁴ lo cual da cuenta de la fuerza del acuerdo alcanzado por los diecisiete jueces que la conforman. La argumentación jurídica del TEDH para este cambio de jurisprudencia se basa en una interpretación evolutiva

80. Véase *X., Y. y Z.*, 1997-II Corte E.D.H. ¶¶ 57–59.

81. *Id.* ¶¶ 17, 19.

82. Véase *id.* ¶¶ 37–38, 52 (donde se concluye que aunque X haya estado involucrado en todo el proceso de inseminación artificial por donante y actuado como “padre” de Z en todos los aspectos desde el nacimiento, el Estado no tiene la obligación de reconocer como padre a una persona que no es el padre biológico).

83. Véase *id.* ¶¶ 48, 50 (donde el Tribunal justifica la denegación del reconocimiento al demandante como padre de la niña en que las consecuencias de la denegación no le causarían una privación excesiva ni le impedirían gozar de los mismos derechos de los que gozan los padres de parejas heterosexuales), ¶ 50 (donde el TEDH agrega que el demandante puede asegurarse de que la niña perciba su herencia siempre que la nombre heredera en su testamento y que puede actuar como padre en ‘sentido social’ dándole apoyo emocional y financiero, pasándole su apellido y refiriéndose a sí mismo como su padre frente a los demás); véase también, M. Levinet, *La Revendication Transsexuelle et la Convention européenne des droits de l’homme*, 39 REV. TRIM. DR. CIV. 637, 648 n.6 (1999).

84. Véase *Goodwin v. Reino Unido*, 2002-VI Corte E.D.H. 34, ¶¶ 1–5, disponible en

http://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2002-VI.pdf (donde se sostiene por unanimidad que sí ocurrieron violaciones de los artículos 8 y 12 pero no se encontró ni una cuestión legal separada según el artículo 14 ni una violación del artículo 13); *I. v. Reino Unido*, Demanda No. 25680/94, Corte E.D.H. en 28–29, ¶¶ 1–5 (2002), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60595> (donde se sostiene por unanimidad que no hubo violación de los artículos 8 y 12, ni se identificó una cuestión legal separada en virtud de lo previsto en el artículo 14).

del CEDH que los jueces del TEDH emplean según la cual el convenio debe ser interpretado a la luz de las circunstancias actuales.⁸⁵ Hace años los procesos hormonales y quirúrgicos de cambio de sexo no eran ni conocidos científicamente ni practicados médicamente. Ahora todo ello es posible con bastantes visos de éxito. Por eso, recientemente, los Estados europeos han ido adoptando medidas legislativas que corresponden a un cambio de mentalidad en la materia por parte de la población.⁸⁶ Los avances de la ciencia médica, en general, y de la psiquiatría y la biomedicina, en particular, han permitido aumentar el acceso a los procedimientos para el cambio de sexo, cada vez se acepta más que el sexo no debería ser asignado o reasignado solamente en base a criterios físicos y gonádicos.⁸⁷ El TEDH entiende que está obligado a tener en cuenta todos estos avances en su jurisprudencia porque el precio a pagar si no—la negación de los derechos humanos de ciertos colectivos vulnerables—es demasiado alto.⁸⁸ Por todo ello,

85. Véase, por ejemplo, *Société Colas y otros v. Francia*, 2002-III Corte E.D.H. ¶ 41, disponible en http://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2002-III.pdf (donde el Tribunal recuerda que la Convención es un instrumento vivo y toma esto en cuenta al interpretar el significado de “los términos domicilio” y “hogar”).

86. Véase Gregory A. Knott, Nota, *Transsexual Law Unconstitutional: German Federal Constitutional Court Demands Reformation of Law Because of Fundamental Rights Conflict* [*La ley de transexuales no constitucional: Tribunal constitucional federal alemán exige reforma de la ley debido a un conflicto de derechos fundamentales*], 54 ST. LOUIS U. L. J. 997, 1014–15 (2010) (quien examina las tendencias legislativas más progresistas de países europeos, señalando que al menos veintidós de ellos permiten que las personas transexuales se casen y resaltando especialmente las reformas recientes española y alemana como reflejo de las tendencias sociales actuales); véase también María Elena Lauroba Lacasa, *El derecho de familia en España, hoy: Del matrimonio indisoluble al matrimonio entre personas del mismo sexo*, 75 REV. JUR. U.P.R. 935, 1001–05 (2006) (quien analiza la reforma legislativa española, que pretende fortalecer la protección de los derechos de las personas transexuales adecuando la norma con las tendencias sociales europeas).

87. Véase *I. v. Reino Unido*, Demanda No. 25680/94, Corte E.D.H. ¶ 39 (donde se cita el asunto *Kevin v Commonwealth* [2001] FamCA 1074, ¶ 329 (Austl.)) (donde se enumeran varios factores para considerar el sexo de una persona, tales como: “los rasgos biológicos y físicos de la persona al nacimiento (incluidas las gónadas, genitales y cromosomas); las experiencias vividas por la persona, incluido el sexo según el cual fue criada y su opinión al respecto; la autopercepción de la persona como hombre o mujer; el tiempo que ha vivido como hombre o mujer; los tratamientos hormonales, quirúrgicos u otros a los que se ha sometido con el fin de cambiar de sexo y los resultados de los mismos y los rasgos biológicos, psicológicos y físicos en el momento del matrimonio”) (traducción propia).

88. Véase *id.* ¶¶ 61–62 (donde el TEDH observa que, en virtud del debate aún

identificar a una persona como hombre o como mujer atendiendo únicamente a sus cromosomas puede suponer una violación de los derechos humanos de dicho individuo.⁸⁹

En 2002, el TEDH encontró en Europa un ambiente mucho más proclive para afirmar esta nueva jurisprudencia que el que había encontrado con anterioridad. La sociedad de un buen número de países europeos empezaba a considerar que lo que reclamaban los transexuales era justo. Además, no parecía coherente que los servicios públicos financiaran operaciones de cambio de sexo y luego negaran a las personas operadas las consecuencias jurídicas que se derivan de dicho cambio en cuanto a su estatus civil y sus derechos: su derecho a contraer matrimonio, a desarrollar su vida familiar de acuerdo con el sexo que sienten como propio y a fundar una familia. Esta incoherencia creaba seres humanos “ambiguos” a los que se consideraba hombre o mujer en según qué aspectos jurídicos, económicos—la edad de acceso a la jubilación y a las cuotas a la seguridad social—y sociales.

IV. LA COHERENCIA DEL TEDH EN SU JURISPRUDENCIA MÁS RECIENTE

Después de la emisión de las sentencias *Goodwin e I.*, el TEDH ha tenido la ocasión de ocuparse de los derechos humanos de personas

en curso en la comunidad científica y médica sobre las causas exactas de la transexualidad, los criterios biológicos no deberían ser considerados factores determinantes al asignar o rectificar el sexo de una persona).

89. A raíz de las sentencias pronunciadas por el TEDH en *Goodwin e I.*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (previamente llamado Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea) falló que la norma británica era contraria al derecho a la igualdad de retribución. Este derecho está reconocido en el artículo 157 de la Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, art. 157, Sep. 5, 2008, 2008 O.J. (C 115) 117, (anteriormente artículo 141 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea), interpretado de manera conjunta con el derecho a no ser discriminado por razón de sexo reconocido por el artículo 141 de la Directiva del Consejo 75/117, art. 141, 1975 O.J. (L 45) 19 (EC). La legislación impedía que un transhombre celebrara un matrimonio heterosexual en base de su sexo cromosómico a pesar de haber realizado un procedimiento de cambio de sexo al opuesto de su pareja femenina. En consecuencia, al no ser su esposo, no podía heredar la pensión de su pareja si ésta fallecía. Véase Caso C-117/01, *K.B. v. Nat'l Health Svc. Pensions Agency*, 2004 E.C.R. I-00541, ¶¶ 33–36, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:62001CJ0117> (citando a *Goodwin*, 2002-VI Corte E.D.H ¶¶ 97–104; *I.*, Demanda No. 25680/94, Corte E.D.H. ¶¶ 77–84).

transexuales en casi una decena de asuntos. Mientras algunos de ellos han prosperado y han acabado en sentencia, otros han finalizado con una decisión en la que el TEDH ha inadmitido los casos por un motivo u otro. La característica común a estas sentencias y decisiones consiste en el hecho de que el Tribunal de Estrasburgo ha despegado de su argumentación jurídica pre-*Goodwin* y ha comenzado a pedir cambios legislativos en los Estados europeos que permitan a los transexuales vivir su vida y su sexualidad con dignidad y sin discriminación. Entre las disposiciones del CEDH que han sido invocadas en estos pronunciamientos judiciales destacan principalmente los artículos 8 y el 11, como en los casos anteriores. También en alguna ocasión han sido invocados el artículo 3 (derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes),⁹⁰ el 6 (derecho a un juicio justo),⁹¹ el 14 (derecho a no ser discriminado),⁹² y el artículo 1 del Protocolo 1 (derecho de propiedad).⁹³

Así, sólo un año después de las sentencias *Goodwin e I.*, el TEDH se pronunció en el asunto *Van Kück v. Alemania*⁹⁴ indicando que la

90. *L. v. Lituania*, 2007-IV Corte E.D.H. ¶¶ 46–48, *disponible en* http://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2007-IV.pdf (donde el TEDH concluye que el Estado lituano no violó el derecho reconocido en el artículo 3 del Convenio Europeo cuando el Parlamento lituano retiró un proyecto de ley que le hubiera permitido al demandante someterse a un procedimiento de cambio de sexo, pese a la angustia que dicha retirada le causó).

91. *Van Kück v. Alemania*, 2003-VII Corte E.D.H. ¶¶ 64–65, *disponible en* http://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2003-VII.pdf (donde el TEDH concluye que en la audiencia judicial celebrada para dirimir la necesidad médica o no del demandante de someterse a un procedimiento de cambio de sexo, el Estado le negó su derecho a ser oído, protegido por el artículo 6(1) del Convenio Europeo).

92. Convenio Europeo, *supra* nota 6, art. 14 (“El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.”).

93. *Grant v. Reino Unido*, 2006-VII Corte E.D.H. ¶¶ 50-51, *disponible en* http://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2006-VII.pdf (donde el TEDH se negó a considerar si se había violado el derecho del demandante a “no ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley” protegido por el Protocolo al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, art. 1, 20 marzo 1952, 213 U.N.T.S. 262).

94. *Van Kück*, 2003-VII Corte E.D.H. ¶¶ 64–65, *disponible en* http://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2003-VII.pdf.

identidad sexual de la persona es una de las cuestiones más íntimas de la vida privada. Dio a entender que el artículo 8, relativo a la protección de la vida privada y familiar, protege el derecho al desarrollo personal y la autodeterminación de las personas.⁹⁵ En palabras del TEDH, si la esencia del CEDH es proteger la dignidad humana, entonces los Estados europeos deben proteger la seguridad física y moral de las personas transexuales.⁹⁶ Este caso se originó en la demanda de una persona que descubrió su transexualidad de modo tardío, puesto que nunca se comportó o se vistió como alguien del otro sexo, sino que se casó con alguien de su sexo opuesto, intentó tener hijos y sólo cuando se diagnosticó su esterilidad, se empezó a plantear un cambio de sexo.⁹⁷ Por esta razón, una aseguradora alemana se negaba a resarcirle del tratamiento médico y quirúrgico, siendo favorable únicamente al tratamiento psicológico del sujeto.⁹⁸ Sin embargo, el TEDH entendió que obligar al transexual a demostrar la necesidad médica de su tratamiento, incluyendo la cirugía irreversible, no es razonable.⁹⁹ También mantuvo que, teniendo en cuenta las numerosas y dolorosísimas intervenciones médicas que implica un cambio de sexo, no se puede sugerir que haya algo arbitrario o caprichoso en la decisión de una persona de cambiar de sexo.¹⁰⁰ Resulta llamativa la argumentación del Tribunal, sobre todo por comparación con su jurisprudencia anterior a 2002, en la que nunca se mostró tan sensible hacia la naturaleza y las dificultades que sufren los transexuales y siempre dio prioridad a la defensa de la legislación nacional.¹⁰¹

95. *Id.* ¶ 69.

96. *Id.* ¶ 69 (citando a *Goodwin v. Reino Unido*, 2002-VI Corte E.D.H. ¶ 90, disponible en http://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2002-VI.pdf, e *I. v. Reino Unido*, Demanda No. 25680/94, Corte E.D.H. ¶ 70 (2002), <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60595>).

97. *Id.* ¶¶ 26–27 (donde se cita una opinión pericial extractada de la sentencia emitida por el tribunal nacional de apelación, el cual señaló que la esterilidad fue un ‘factor determinante’ que dio lugar al proceso de cambio de sexo) (traducción propia).

98. *Id.* ¶ 12.

99. *Id.* ¶ 57; véase también *id.* ¶ 55.

100. *Id.* ¶ 59.

101. *Compárese id.* ¶ 81 (donde el TEDH critica al tribunal de apelación alemán por haber exigido que el demandante demostrara no sólo la causa de su transexualidad, sino también que ésta era auténtica, antes de aceptar la recomendación del perito, el cual opinaba que desde una perspectiva médica el procedimiento de cambio de sexo era necesario para asegurar el éxito del tratamiento

Tres años más tarde, en 2006, emitió una sentencia igualmente favorable a los intereses del demandante en *Grant v. Reino Unido*.¹⁰² Este caso afectó a un transexual de hombre a mujer al que la seguridad social había cobrado sus cuotas sociales desde su operación de cambio de sexo como si fuera una persona del sexo femenino.¹⁰³ No obstante llegado el momento, el TEDH le denegó el derecho a jubilarse y recibir una pensión a los sesenta años, edad a la que en el Reino Unido podían jubilarse sólo las mujeres—los varones debían esperar como muy pronto a los sesenta y cinco.¹⁰⁴ El TEDH, en esta sentencia al caso *Grant v. Reino Unido*,¹⁰⁵ entendió que el tratamiento que esta persona había sufrido a manos de las autoridades del país había violado el CEDH. En el párrafo 39 el TEDH afirma, como ya hizo en *Goodwin e I.*, la necesidad de interpretar el CEDH de acuerdo con las condiciones de vida actuales.¹⁰⁶ Por eso, dadas las consideraciones médicas y científicas en el siglo XXI, el impacto del sistema de registros oficiales y el desarrollo del derecho interno, el gobierno británico no puede considerar que esta cuestión entre dentro del margen de apreciación de los Estados.

Un año más tarde, el Estado demandado fue Lituania, un país que ha sido bastante lento tanto a la hora de aprobar una legislación sobre el cambio de sexo como a la hora de proveer de servicios médico-quirúrgicos a sus ciudadanos que les permitan transformar su sexo

psicológico), *con* Rees v. Reino Unido, Demanda No. 9532/81, 9 Corte E.D.H. 56, ¶ 42 (1986), *disponible en* <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57564> (donde el TEDH exige que el Reino Unido atienda las solicitudes del demandante dentro de lo que permita el sistema del registro civil británico pero sin que ello obligue al Estado a modificar este sistema porque esto supondría para él una carga desproporcionada).

102. *Grant v. Reino Unido*, 2006-VII Corte E.D.H., *disponible en* http://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2006-VII.pdf.

103. *Id.* ¶ 7 (donde el TEDH toma nota de que bajo el sistema de seguridad social británico, hombres y mujeres pagaban cuotas diferentes hasta que se abolió esta diferencia en 1975).

104. *Id.* ¶ 8.

105. *Id.*

106. *Id.* ¶ 39 (donde se alude a la necesidad de tener en cuenta factores como los avances de la medicina y la ciencia, el grado de consenso entre Estados europeos y a nivel internacional, el impacto en el registro civil, así como el desarrollo social y legal como razones para impedir que el Estado pueda invocar su margen de apreciación para justificar una discriminación de las personas transexuales).

anatómico.¹⁰⁷ En la sentencia *L. v. Lituania*¹⁰⁸ de 11 de septiembre de 2007, se describe este caso como el de un transexual de mujer a hombre. El demandante ha comenzado pero no ha terminado aún su proceso quirúrgico de transformación en varón debido a la escasez de cirujanos especializados en este campo.¹⁰⁹ La víctima se muestra incapaz de aceptar su cuerpo, siente frustración y angustia en su vida diaria y humillación cada vez que debe mostrar su documentación. Por ello considera que se ha violado su derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes,¹¹⁰ su derecho a la vida privada¹¹¹ y su derecho a contraer matrimonio, puesto que tiene pareja y quiere casarse y adoptar hijos.¹¹² El TEDH se muestra sensible hacia su situación pero entiende que, aunque el artículo 3 del CEDH incluye los tratos mentales vejatorios y no sólo los físicos,¹¹³ en este caso esa situación no se ha producido. Tampoco entiende que se haya violado su derecho a contraer matrimonio con su pareja. De hecho, la demanda sería prematura en relación con este particular, porque en cuanto su transformación sexual sea completa, la legislación lituana permitirá dicho matrimonio. En cambio, sí considera que se ha violado el derecho a la vida privada de L.—reconocido en el artículo 8 del CEDH—ya que las autoridades no han cumplido con su obligación positiva de proceder al cambio de los datos relativos al estado civil de una persona que ya ha comenzado su proceso quirúrgico de cambio de

107. *L. v. Lituania*, 2007-IV Corte E.D.H. ¶¶ 2, 25–26, 30, 57, disponible en http://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2007-IV.pdf (donde el TEDH constata que no existía posibilidad de realizar un procedimiento de cambio de sexo en el país a pesar de la aprobación del nuevo Código Civil en 2000—que establecía el derecho al mismo— debido a que el Código preveía la aprobación de legislación de desarrollo sobre el cambio de sexo y ésta nunca fue promulgada por el Parlamento lituano).

108. *Id.*

109. *Id.* ¶¶ 16, 19 (donde el TEDH observa que en 1999 el médico del demandante había rehusado prescribirle terapia hormonal debido a que había dudas sobre la legalidad del procedimiento de cambio de sexo en el derecho lituano de entonces y que, a pesar de eso, el demandante siguió un curso de terapia ‘no oficial’ durante dos años, momento en el cual se sometió a un ‘procedimiento parcial de cambio de sexo’) (traducción propia).

110. Convenio Europeo, *supra* nota 6, art. 3.

111. *Id.* art. 8.

112. *Id.* art. 12; *Lituania*, 2007-IV Corte E.D.H. ¶ 38 (donde el TEDH se hace eco de que el demandante atribuye la severa estigmatización social que dice sufrir a las fuertes tradiciones católicas del país).

113. Véase Convenio Europeo, *supra* nota 6, art. 3 (“Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.”).

sexo.¹¹⁴ En este sentido, la lentitud en la aprobación de normativa legal de desarrollo sobre el cambio de sexo ha tenido el efecto de dejar a esta persona a mitad, no sólo desde el punto de vista anatómico, sino también desde el punto de vista de su reconocimiento legal como hombre o mujer.¹¹⁵

De oportunidad perdida se puede considerar el caso de *Bellinger v. Reino Unido*,¹¹⁶ que terminó con el retiro voluntario de la demanda por parte de los demandantes. En él, un transexual que nació varón pero sufre disforia y vive como mujer se casa con una mujer que conoce y acepta sus antecedentes pero los tribunales no aceptan el matrimonio como válido.¹¹⁷

Sin embargo, esta oportunidad perdida se recuperó de algún modo en un asunto posterior, en la decisión de inadmisión del caso *Parry v. Reino Unido*.¹¹⁸ La posibilidad para el TEDH de dar respuesta a un asunto como el caso *Bellinger*—en el que, contrariamente a lo que es habitual, la persona transexual con quien quiere casarse es con alguien de su mismo sexo aparente pero distinto sexo cromosómico—reapareció en el asunto *Parry*. En *Parry*, las circunstancias son todavía más complicadas porque los demandantes ya están casados y se les fuerza a divorciarse so pena de no reconocimiento del nuevo sexo de uno de los miembros de la pareja. En concreto, un pastor anglicano casado y con tres hijos comienza un tratamiento hormonal y quirúrgico de cambio de sexo con el consentimiento de su esposa.¹¹⁹ El cambio de sexo es completo y, como efecto de la sentencia *Goodwin*, el reconocimiento de su nuevo sexo en el registro británico también lo podría ser, puesto que en 2004 el Reino Unido aprobó la *Gender Recognition Act*, que permite solicitar a un panel de expertos la

114. Véase *Lituania*, 2007-IV Corte E.D.H. ¶¶ 57, 60.

115. Véase *id.* ¶ 57 (donde el TEDH afirma que el demandante se encuentra en una ‘posición intermedia’, dado que se sometió a un procedimiento quirúrgico parcial y las autoridades procedieron a cambiar los datos referidos a su sexo en algunos documentos oficiales. Sin embargo, no cambiaron los datos del documento nacional de identidad y no lo harán hasta que la cirugía sea completa.) (traducción propia).

116. *Bellinger v. Reino Unido*, Demanda No. 43113/01, Corte E.D.H. 4 (2006), disponible en <http://echr.ketse.com/doc/43113.04-en-20060711/view> (decisión sobre admisibilidad).

117. *Id.* en 2.

118. 2006-XV Corte E.D.H., disponible en http://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2006-XV.pdf (decisión sobre admisibilidad).

119. *Id.* en 2.

expedición de un certificado que acredite el nuevo sexo de la persona que parece disforia.¹²⁰ Sin embargo, el panel de expertos exigió a la demandante transexual (Doña Wena, antes Don William) que previamente se divorciase de su mujer porque si no, eso supondría para el Reino Unido tanto como aceptar un matrimonio de dos personas homosexuales.¹²¹ Aunque el Reino Unido permite la unión civil de homosexuales (el *civil partnership*), con efectos similares—pero no idénticos—a los del matrimonio, no permite el matrimonio entre personas del mismo sexo.¹²² Sin embargo, la esposa del demandante transexual, que quiere seguir casada con éste, se niega a la anulación del matrimonio por sus profundas convicciones religiosas y desea simplemente seguir casada con esa persona, independientemente de su sexo aparente.¹²³

Este caso es realmente complejo: el demandante se ve forzado a optar por su matrimonio o por el reconocimiento legal completo de su nueva identidad sexual. Frente a la situación del demandante, el TEDH asumió la argumentación del gobierno británico, y la secundó. En efecto, el Tribunal, aunque entiende el dilema del demandante—sacrificar su matrimonio o sacrificar el reconocimiento de su nuevo sexo—estima que tras la sentencia *Goodwin*, el Reino Unido ha reformado su legislación a fin de reconocer legalmente de modo completo la nueva identidad sexual de los transexuales. Sin embargo el TEDH señaló que esto no obliga a este Estado a tener que aceptar el matrimonio homosexual, aunque otros países europeos sí lo acepten.¹²⁴ El TEDH entiende que la opción que se le da a los

120. *Id.* en 3–4 (donde se indica que el certificado equivale a un nuevo certificado de nacimiento).

121. *Id.* en 4.

122. *Id.* en 5, 10; véase también *id.* en 8 (donde se recaba la posición del Estado británico, dispuesto a conceder a los demandantes los mismos beneficios financieros y legales que otorga a las parejas heterosexuales casadas desde el mismo día de la anulación del matrimonio, y donde se indica que los gastos estimados que se derivarían del cambio del matrimonio a una unión civil serían modestos, de aproximadamente 570 libras esterlinas).

123. *Id.* en 9 (donde se recoge el alegato de los demandantes, que se niegan a contraer una unión civil aunque ésta les otorgue casi los mismos derechos que el matrimonio porque para ellos carecería de “las implicaciones históricas, sociales y religiosas del matrimonio” el cual constituye desde hace tiempo “una base de la estructura social”) (traducción propia).

124. *Id.* en 12 (donde el TEDH señala que el matrimonio reconocido por el CEDH a efectos del derecho a casarse, no abarca el matrimonio homosexual. Por

demandantes no es desproporcionada ni abusiva, puesto que pueden seguir con su vida familiar y un estatus legal similar a través del *civil partnership*.¹²⁵ Respecto a la eventual violación de su derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, entiende el TEDH que los Estados regulan este derecho, y en esa regulación, hay muchas cuestiones sensibles.¹²⁶ Por tanto, entra dentro del margen de apreciación de los Estados el decidir si aceptan el matrimonio homosexual puesto que el CEDH al que se refiere y protege en el artículo 12 es sólo al matrimonio tradicional, esto es, el heterosexual. Por eso considera la demanda abusiva y la inadmite.¹²⁷

Muy similares son los antecedentes de hecho del caso *H. v. Finlandia*,¹²⁸ cuya resolución es de 13 de noviembre de 2012 aunque el Estado demandado es otro y, además, este asunto sí terminó en una decisión contra la demandante.¹²⁹ En él, una persona nacida de sexo masculino que se casó y tuvo un hijo es diagnosticada posteriormente como transexual y sigue todos los tratamientos médicos necesarios para adaptar su cuerpo al sexo que siente como propio (el femenino).¹³⁰

tanto, el hecho de que otros países europeos reconozcan el matrimonio homosexual no surge de la interpretación del CEDH sino de su propia visión sobre el papel del matrimonio en sus propias sociedades).

125. *Id.* en 12–13 (donde el TEDH admite que a pesar del significado emocional que los demandantes atribuyen a la institución del matrimonio, ello no justifica que el TEDH pueda limitar el margen de apreciación del Estado inglés puesto que la unión civil les permite gozar de muchos de los beneficios del matrimonio).

126. *Id.* en 12 (donde el TEDH entiende los dilemas en los que se encuentra el Estado al regular el matrimonio dado que implica tomar decisiones sobre cuestiones morales sensibles como la protección de los niños y la necesidad de promover ambientes familiares seguros. Ello lleva al Tribunal a entender que no debe “correr a sustituir” con su propio juicio a los Estados porque éstos están en mejor posición que el TEDH para conocer las necesidades específicas de cada sociedad) (traducción propia).

127. *Id.* en 13.

128. *H. v. Finlandia*, Demanda No. 37359/09, Corte E.D.H. (2012), *disponible en* <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-114486>.

129. *Id.* La demandante apeló la decisión en su contra ante la Gran Sala del TEDH, que admitió el recurso y celebró una audiencia el 16 de octubre de 2013. Véase Comunicado de Prensa No. 300, Corte E.D.H. (16 octubre 2013), *disponible en* <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-4536045-5475302>.

130. *H.*, Demanda No. 37359/09, Corte E.D.H. ¶¶ 6–8 (donde se relata que a pesar de haber vivido como mujer desde 2006, de haberse sometido a un procedimiento de cambio de sexo en 2009 y de haber cambiado su nombre en pasaporte y permiso de conducir, la demandante no pudo cambiar su número de identidad personal).

Completado el proceso, lo único que pide la legislación finlandesa para proceder a cambiar su nombre y sexo en el registro según la normativa aplicable (*Act on Confirmation of the Gender*) es, o bien que no esté la persona casada, o bien que su cónyuge consienta transformar su matrimonio—contraído legalmente—en una unión civil homosexual, regulada también en la legislación finesa.¹³¹ La esposa se niega a ello y sólo desea mantener su matrimonio. La demandante, por su parte, reprocha al Estado que quiera convertir a su esposa en una lesbiana y teme dejar de figurar como “padre” del hijo común, puesto que un niño no puede tener dos madres.¹³² El TEDH en su resolución al caso enfatiza que el Estado tiene la obligación positiva de asegurar el respeto de la vida privada y familiar, incluido el respeto a la dignidad humana y a la calidad de vida de las personas.¹³³ También reconoce que algunos Estados europeos han extendido el derecho al matrimonio a las personas homosexuales, pero que esto sólo refleja su propia visión sobre el rol del matrimonio en la sociedad.¹³⁴ Sin embargo, entiende que la interferencia que se produce en este caso en la vida del demandante está prevista en la ley y tiene el fin legítimo de proteger la salud, la moral, los derechos y libertades de los demás.¹³⁵ En este sentido, aunque la pareja está legalmente casada y quiere seguir casada, el derecho finés no permite los matrimonios entre personas del mismo sexo. En cambio, sí que admite un partenariado o unión civil homosexual al que la demandante y su cónyuge—que hasta su conversión sexual era su esposa—tendrían acceso en cualquier momento si deciden disolver su matrimonio. Si no consiente la esposa al cambio de unión, la consecuencia será que permanecerán casados

131. *Id.* ¶ 35 (donde el Estado indica que si emite el nuevo número de identidad personal, su matrimonio automáticamente se convertiría en un *civil partnership*).

132. *Id.* ¶ 13.

133. *Id.* ¶ 37 (citando a *L. v. Lituania*, 2007-IV Corte E.D.H. ¶ 56, *disponible en* http://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2007-IV.pdf; *Grant v. Reino Unido*, 2006-VII Corte E.D.H. ¶¶ 50–51, *disponible en* http://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2006-VII.pdf; *Van Kück v. Alemania*, 2003-VII Corte E.D.H. ¶¶ 64–65, *disponible en* http://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2003-VII.pdf; *Goodwin v. Reino Unido*, 2002-VI Corte E.D.H., *disponible en* http://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2002-VI.pdf; *I. v. Reino Unido*, Demanda No. 25680/94, Corte E.D.H. (2002), *disponible en* <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60595>).

134. *Id.* ¶ 38.

135. *Id.* ¶ 45.

pero el cónyuge transexual no podrá ver reconocido su nuevo sexo. Todo ello resulta porque el TEDH entiende que hay que preservar el interés de Finlandia en mantener la institución tradicional del matrimonio intacta.¹³⁶ Aunque el TEDH reconoce que la demandante se puede ver enfrentada a diario a situaciones incómodas, el Estado le ofrece la posibilidad real de cambiar ese estado y por eso no es desproporcionado pedir a la pareja que se divorcie y que se una en un partenariado civil.¹³⁷

Llaman la atención tanto el caso *Parry* como el caso *H.* porque en ellos los transexuales demandantes, que han vivido y contraído matrimonio como personas heterosexuales antes de descubrir y/o aceptar su transexualidad, se ven apoyados de modo completo en sus reivindicaciones sexuales por sus parejas y tanto unos como otros desean a toda costa salvar sus respectivos matrimonios. En estos asuntos, a la pareja del transexual no parece importar el sexo aparente de su cónyuge: se casó con esa persona teniendo ésta un sexo concreto y la cónyuge sigue queriendo mantener su matrimonio ahora que su pareja tiene el sexo aparente opuesto. Parece que ama a la persona, independientemente de su sexo. Lo mismo ocurre con el cónyuge que sufre el cambio de sexo, lo cual no deja de ser llamativo. El transexual habitualmente se siente atraído por alguien de su mismo sexo cromosómico pero diferente sexo aparente. Sin embargo, tanto en el caso *Parry* como en el caso *H.*, el demandante transexual lucha por contraer matrimonio aunque ahora, tras su terapia y cirugía de cambio de sexo, muestra caracteres y rasgos sexuales similares a los de su propio cónyuge. En todo caso, el TEDH no acepta los argumentos de los demandantes, diferenciando en todo momento la situación y las consecuencias jurídicas de la transexualidad de las que tiene la homosexualidad.¹³⁸

Por su parte, en la sentencia *P. V. v. España*,¹³⁹ nos encontramos con

136. *Id.* ¶ 47 (donde el TEDH observa que a diferencia de Finlandia, algunos países europeos permiten que una persona, una vez ha cambiado de sexo, se case con otra persona del mismo sexo a aquél al que el transexual ha mutado).

137. *Id.* ¶ 50 (donde se enfatiza que la institución de la asociación civil proporciona a las parejas homosexuales una protección casi idéntica a la del matrimonio).

138. Véase *Parry*, 2006-XV Corte E.D.H., en 12 (donde se dice que el derecho británico permite al demandante cambiar de sexo aunque no le conceda el derecho a casarse con una persona del mismo sexo después de dicho cambio).

139. *P.V. v. España*, Demanda No. 35159/09, Corte E.D.H. ¶ 3 (2010), *disponible*

una transexual del sexo masculino al sexo femenino que se queja de que su transexualidad ha pesado de manera determinante en la decisión judicial de restringir el régimen de visitas a su hijo.¹⁴⁰ Antes de iniciar su tratamiento de conversión sexual, la demandante había estado casada con una mujer con la que tuvo un hijo.¹⁴¹ Tras su divorcio, el juez atribuyó la patria potestad a la madre pero fijó un régimen de visitas para el padre.¹⁴² Cuando el padre inició el tratamiento de cambio de sexo la madre se negó a permitir las visitas.¹⁴³ El juez acogió parcialmente sus pretensiones dada la corta edad del niño (seis años), restringiendo pero no suspendiendo totalmente dichas visitas.¹⁴⁴ La demandante considera que ha habido discriminación por su nuevo sexo, pero el TEDH entendió que esto no es así.¹⁴⁵ El Tribunal entendió que, habiendo menores de por medio, la prioridad es el interés superior del menor antes incluso que la protección de la relación paterno-filial.¹⁴⁶ El TEDH interpretó que la restricción de las visitas no se hizo de manera discriminatoria por la distrofia de género sino porque, mientras durara el tratamiento y los cambios físicos y psicológicos que estaba sufriendo la demandante, no era bueno para el niño ver a su antiguo padre.¹⁴⁷ En efecto, dada la inestabilidad emocional por la que la demandante reconocía estar pasando y la confusión que estaba generando al niño ver la transformación del padre, estaba justificado no sólo restringir el derecho de visitas sino incluso obligar a que las reuniones tuvieran lugar en presencia de la madre.¹⁴⁸ De este modo, el Tribunal concluye que no ha habido discriminación por razón de transexualidad, sino protección del equilibrio emocional del niño.¹⁴⁹ La limitación de las visitas se ha producido a fin de que el niño se pueda ir progresivamente habituando a la nueva apariencia del progenitor con el que, por otro lado, la relación afectiva es buena.¹⁵⁰

en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-102597>.

140. *Id.* ¶ 3.

141. *Id.* ¶ 6.

142. *Id.*

143. *Id.*

144. *Id.* ¶¶ 7–9.

145. *Id.* ¶¶ 36–37.

146. *Id.* ¶ 36.

147. *Id.* ¶ 9.

148. *Id.*

149. *Id.* ¶¶ 36–37.

150. *Id.* ¶¶ 11, 37.

Finalizaremos este *excursus* por la reciente jurisprudencia del TEDH aludiendo a la sentencia al caso *Schalk & Kopf v. Austria*¹⁵¹ de 24 de junio de 2010. Aunque trata sobre personas homosexuales y no sobre transexuales, los demandantes precisamente hacen alusión a la discriminación que sufren no sólo respecto a las parejas heterosexuales sino también a las transexuales. Los demandantes, una pareja de hombres austríacos que desean contraer matrimonio, alegan que su derecho al matrimonio y a fundar una familia del artículo 12 del CEDH se ve violado al no admitirse el matrimonio entre homosexuales en su país, y sí el de un transexual con otra persona de su mismo sexo cromosómico pero distinto sexo aparente.¹⁵² Sin embargo, el TEDH entendió que así como, a día de hoy, existe en Europa un consenso muy extenso para aceptar el matrimonio de transexuales, no ocurre lo mismo con el de homosexuales.¹⁵³ El TEDH apunta que sólo seis de los cuarenta y siete Estados partes del CEDH aceptan el matrimonio de personas del mismo sexo.¹⁵⁴ Por ello, el TEDH ve razones para preservar la institución del matrimonio tal como aparece en el artículo 12 del CEDH, como la unión entre un hombre y una mujer.¹⁵⁵ Sin perjuicio de que algún Estado pueda ir más allá de esta lectura, tampoco se puede obligar a los demás a cambiar su legislación a fin de aceptar el matrimonio homosexual.¹⁵⁶ De este modo, el TEDH diferencia entre la transexualidad y la homosexualidad como fenómenos radicalmente diferentes. Opta por una interpretación del artículo 12 del CEDH que asimila el transexual a una persona heterosexual en cuanto a su derecho a contraer matrimonio.

V. NUEVOS RETOS PARA EL TEDH EN RELACIÓN

151. *Schalk y Kopf v. Austria*, Demanda No. 30141/04, Corte E.D.H. ¶ 113 (2010), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99605>.

152. *Id.* ¶¶ 7, 39.

153. *Id.* ¶ 52 (donde el TEDH observa que a diferencia del artículo 12 del CEDH, el derecho a casarse consagrado en el artículo 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 12 dic. 2000, 2000 O.J. (C 364) 1, 10, no adopta los términos “hombre” y “mujer,” sino que establece que los Estados Partes “garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”).

154. *Id.* ¶ 58.

155. *Id.* ¶ 58; véase también *id.* ¶ 59.

156. *Id.* ¶ 63.

CON LOS DERECHOS DE LOS TRANSEXUALES

En aras de planteamientos progresistas que se justifican por la necesidad de proteger internacionalmente los derechos humanos de todos, parece que a principios del nuevo milenio el tiempo iba jugando en favor de una interpretación más liberal de los artículos 8 y 12 del CEDH desde dos puntos de vista. Un punto de vista se basa en el derecho de la persona transexual al respeto de su vida privada a través de la tramitación de documentos de identidad acordes con su nueva sexualidad. Otro punto de vista se funda en el derecho a contraer matrimonio de los transexuales y fundar una familia con alguien de su mismo sexo cromosómico pero no aparente. Una interpretación más amplia del CEDH que, ciertamente, acarreará tantos problemas como los que ha querido solucionar, como son los siguientes: ¿cómo deberá proceder el Estado si un transexual operado, al que las autoridades rectifican toda su documentación personal de carácter oficial (DNI, pasaporte, registro civil, cartilla de la seguridad social) se vuelve atrás y decide someterse a una intervención quirúrgica de reversión sexual a fin de recuperar sus caracteres sexuales de nacimiento? ¿Qué ocurre si el transexual operado quirúrgicamente desea contraer matrimonio con una persona de sexo cromosómico opuesto a aquél con el que él/ella nació?¹⁵⁷ ¿El tratamiento jurídico que reciba el transexual operado quirúrgicamente también lo recibirá el que no lo esté, a fin de no discriminar a éste último, dado que muchos transexuales nunca se operan por temor a las secuelas de una dificultosa y siempre arriesgada intervención quirúrgica o por el alto coste de la operación, etc.? ¿Un transexual puede figurar en el registro civil primero como esposo de una mujer y, después, como esposa de un varón, o viceversa? ¿Qué pasa con los hijos previos que el transexual pueda haber tenido antes de su intervención quirúrgica, especialmente si decide tener un hijo con su nuevo/a compañero/a mediante técnicas médicas artificiales o

157. Los científicos alertan que no todos los transexuales son totalmente coherentes con su condición y que muchos de ellos pasan a lo largo de su vida por fases en las que su comportamiento y su aspecto físico alternan entre el de un hombre y el de una mujer. Véase Stieglitz, *supra* nota 13, en 197 (quien explica que, para los jóvenes transexuales, la identidad de género no es un rasgo binario—masculino o femenino—sino que tiene que resolverse con la orientación sexual e integrarse con las características personales, las circunstancias familiares y los antecedentes culturales y étnicos del transexual).

mediante la adopción¹⁵⁸? ¿Puede figurar como padre de unos y madre de otros? ¿Podrán verse suspendidos sus derechos de visita sobre los hijos que tuvo antes de su conversión sexual en aras del interés superior del menor¹⁵⁹? ¿El matrimonio que pueda haber contraído el transexual antes de su conversión sexual queda forzosamente anulado tras la intervención quirúrgica? ¿En qué queda la familia a partir de ahora?

Hasta los fallos del 11 de julio de 2002, el matrimonio de transexuales constituía una “ciudad prohibida,”¹⁶⁰ un tema que se eludía,¹⁶¹ al menos por lo que respecta a su garantía por parte de las instituciones internacionales de derechos humanos de Estrasburgo. A partir de ese momento, el argumento que había venido siendo utilizado

158. Esta posibilidad ya se planteó ante la Comisión Europea de Derechos Humanos en los asuntos *W. v. Reino Unido* y *James v. Reino Unido*. Véase *W. v. Reino Unido*, Demanda No. 9749/82, Corte E.D.H. 34, ¶¶ 5, 15–17 (1989), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-45366> (donde el TEDH se hace eco del deseo del demandante, que ya ha completado su proceso de cambio de sexo, de adoptar un hijo con una pareja del mismo sexo cromosómico); *James v. Reino Unido*, Demanda No. 10622/83, Corte E.D.H. 37, ¶ 15 (1988), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-45418> (donde se indica que la demandante ha tenido dos hijos antes de someterse a la operación de cambio de sexo).

159. Este problema ya se puso de manifiesto en el caso *L.F. v. Irlanda*. *L.F. v. Irlanda*, Demanda No. 28154/95, Corte E.D.H. ¶ 2(a) (1997), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-3757> (no publicado) (decisión sobre admisibilidad). En él y atendiendo a las circunstancias concretas del caso, la Comisión Europea de Derechos Humanos entendió que la denegación de acceso a los hijos era una medida proporcionada y justa que iba en beneficio de los mismos. *Id.* Sin embargo siempre es posible que, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, el TEDH pueda llegar a una solución diferente si las relaciones entre los ex-esposos son buenas, o si la edad de los hijos les permite comprender la decisión tomada por su progenitor o si la relación del mismo con sus hijos es tan fluida que éstos aceptan la nueva situación sin traumas ni problemas—de hecho, esto parece desprenderse de los antecedentes del caso *Goodwin*, en el que el antiguo padre, hoy transexual femenino, sigue manteniendo unas excelentes relaciones con sus hijos pese a su conversión en mujer.

160. *Young & Leech*, *supra* nota 56, en 311; véase también *id.* en 301 (quienes critican la doctrina del margen de apreciación porque ha justificado interpretaciones conservadoras del CEDH por parte del TEDH).

161. Véase *Pousson-Petit*, *supra* nota 19, en 141–42 (quien observa que en uno de los primeros casos en los que el TEDH declaró una violación del CEDH respecto de los derechos de personas transexuales, *B. v. Francia*, el Tribunal no se ocupó del derecho a casarse sino del hecho de que tener que mostrar documentos referidos al sexo de la persona en muchos momentos de su vida cotidiana le causaba humillación y suponía una violación del derecho al respeto de su vida privada).

por las mismas para impedir el matrimonio de personas transexuales (la defensa de la familia tradicional) deja de tener peso en la jurisprudencia del TEDH porque se le asimila a la persona heterosexual. Pese a que el paso dado supuso un terremoto jurídico y cultural respecto a conceptos como la filiación, el parentesco o la familia, el TEDH parece que con este giro jurisprudencial opta finalmente por aceptar una nueva forma alternativa de vida familiar más polimórfica.¹⁶²

En realidad, el círculo se le había ido cerrando al TEDH casi sin darse cuenta: una vez aceptada la protección de familias no unidas por el vínculo del matrimonio, una vez establecido en su jurisprudencia que la capacidad de procreación no es una condición fundamental para el matrimonio, una vez reconocido que se puede fundar una familia con niños adoptados, y una vez aceptada la adopción individual o que la esterilidad no tiene porqué invalidar el matrimonio, el Alto Tribunal de Estrasburgo se iba encontrando con lo que, según su razonamiento jurídico, era una paradoja, a saber: que aplicaba toda esta jurisprudencia a parejas heterosexuales pero no a aquéllas en las que uno de los miembros era transexual,¹⁶³ con el riesgo de ser acusado de trato discriminatorio.¹⁶⁴ Esta crítica se le hacía desde parte de la doctrina, porque permitía sin problemas a un varón heterosexual su inscripción en el registro como padre del hijo de su pareja, inseminada artificialmente mediante esperma de un donante anónimo, mientras que lo mismo no se autorizaba con respecto al “padre” social

162. Véase Marie-Thérèse Meulders-Klein, *Biomédecine, Famille et Droits de l'Homme: Une Même Éthique pour Tous?* [La biomedicina, la familia y los derechos humanos: ¿Una Misma ética para todos?], 43 REV. TRIM. DR. CIV. 429, 447 (2000) (quien denomina a estas familias alternativas como familias “à la carte”).

163. Cf. Gérard Niveau, Marinette Ummel & Timothy Harding, *Human Rights Aspects of Transsexualism* [Los aspectos de derechos humanos de la transexualidad], 4 HEALTH & HUM. RTS. 134, 154 (1998).

164. Véase Caroline Forder, *The Anti-Discrimination Principle as an Instrument of Change in Family Law* [El principio de no discriminación como un instrumento de transformación en el derecho familiar], 45 NETH. INT'L L.R. 29, 62–63 (1998) (quien se pregunta por qué el TEDH, al resolver el caso X., Y. y Z., pareció tratar de manera distinta a un transhombre que deseaba ser registrado como padre del hijo de su pareja, obtenido a través inseminación artificial, respecto de cómo trataría a una persona nacida como hombre, cuyo derecho a ser registrado como padre nunca sería cuestionado aunque el niño naciera con técnicas de reproducción asistida a través de esperma de padre anónimo).

transexual.¹⁶⁵ El abismo que existía entre el tratamiento de las parejas heterosexuales y las transexuales era tanto más evidente y dramático cuando el vínculo familiar afectaba a un menor, porque en tal caso el Estado debe siempre actuar de modo que respete y haga posible el desarrollo de ese vínculo, otorgándole una protección jurídica que permita la integración del niño en esa familia.¹⁶⁶ Tras los pronunciamientos *Goodwin e I.*, lo que exige el TEDH es que si una legislación nacional admite la posibilidad de proceder a operaciones de conversión sexual, el Estado debe ser luego consecuente en cuanto a la autorización del cambio de datos sobre el estado civil, la facultad para el transexual de casarse con una persona de su sexo de origen o la posibilidad de asumir los roles sociales reconocidos al nuevo sexo en relación a la paternidad o maternidad.¹⁶⁷ En lo que esta nueva jurisprudencia afecta al derecho a contraer matrimonio, el TEDH abandona definitiva y totalmente el concepto de matrimonio como unión de dos personas de sexo biológico opuesto con el fin de procrear y fundar una familia por el de matrimonio como asociación de hombre y mujer ligados por unos vínculos de solidaridad tales que de los mismos se derivan consecuencias jurídicas.¹⁶⁸ Pese a que desde el punto de vista ético todo ello se pueda antojar cuanto menos complicado y, hasta incluso, preocupante, lo cierto es que para el Tribunal Europeo ya la (¿condición?, ¿trastorno?, ¿situación?) de transexualidad ha dejado de concebirse como una amenaza para el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia.¹⁶⁹

Sin embargo, una década después de las revolucionarias sentencias *Goodwin e I.*, la situación dista mucho de estar pacificada, lo cual demuestra que el consenso en Europa no es tan total como el Tribunal de Estrasburgo pretendía. El TEDH tiene frente a sí en estos momentos

165. Véase *id.*

166. Jacques Massip, *Où l'on Retrouve les Transsexuels [¿Dónde se encuentran los transexuales?]*, 387 PETITES AFFICHES. LA LOI 17, 17 (1998).

167. *Id.* en 20.

168. Véase, por ejemplo, *Goodwin v. Reino Unido*, 2002-VI Corte E.D.H. ¶ 100, disponible en http://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2002-VI.pdf (donde se alude a los importantes cambios sociales que se han producido en la institución de matrimonio desde que se adoptó el CEDH en 1950).

169. Cf. Howard-Hassmann, *supra* note 17, at 93 (quien opina que resulta difícil proteger a las personas transexuales porque en muchos lugares son percibidas como “inherentemente deshonrables”) (traducción propia).

el asunto *Cassar v. Malta*¹⁷⁰ en el que deberá juzgar la actuación de la pequeña y católica Malta, que consintió la rectificación del certificado de nacimiento de un transexual de hombre a mujer pero ahora le impide casarse con un varón.¹⁷¹ La razón esgrimida por las autoridades de la isla es que accedieron a la alteración del registro civil únicamente para facilitar la vida privada de esta persona pero que no están dispuestas a alterar los efectos jurídicos del matrimonio.¹⁷² Malta insiste en que no se pueden disociar los dos derechos que figuran en el artículo 12 del CEDH (el de contraer matrimonio y el de fundar una familia) y que tampoco está obligada a dar prioridad al sexo “social” frente al sexo “biológico.” En este sentido, considera que el matrimonio tiene un fin social y que la lectura que el TEDH hace del mismo no sólo lo redefine sino que, además, lo reduce a un derecho individual sin conexión con la familia. Todo un nuevo reto para el TEDH, cuya propia legitimidad ha sido cuestionada por la parte demandada. Malta ha considerado la jurisprudencia del Tribunal en *Goodwin* como poco relevante y ha defendido explícitamente que los cambios sociales más relevantes de la institución del matrimonio en una sociedad o cultura concreta no pueden ser impuestos por un órgano judicial europeo, que carece de poder legislativo, como si se tratara de un ejercicio de “ingeniería social.”

170. *Cassar v. Malta*, App. No. 36982/11, Corte E.D.H. (2013), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-123392> (no publicado).

171. Véase *id.* ¶¶ 8–9 (decisión sobre admisibilidad).

172. Véase *id.* ¶ 12.