

La identidad de género en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Gender identity at the European Court of Human Rights

Por JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO
Universidad de La Rioja

RESUMEN

Este artículo describe y analiza la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre la identidad de género de las personas transexuales. En el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos (CEDH), como en otros tratados internacionales sobre derechos humanos, no existe un derecho que reconozca y proteja la situación del colectivo trans. Sin embargo, el Tribunal ha elaborado una doctrina propia a partir del artículo 8 del CEDH, el derecho al respeto a la vida privada y familiar, en la que cobra especial importancia su análisis de las obligaciones negativas y positivas de los Estados y su aplicación a la protección de la autonomía personal, de la libertad y de la dignidad humana de las personas transexuales.

Palabras clave: identidad de género, derechos de las personas transexuales, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, derecho al respeto a la vida privada y familiar, Convenio Europeo de Derechos Humanos.

ABSTRACT

This article describes and analyzes the doctrine of the European Court of Human Rights (ECHR) on the gender identity of transsexual people. In the

European Convention on Human Rights (ECHR), as in other international human rights treaties, there is no right that recognizes and protects the situation of the trans community. However, the Court has developed its own doctrine based on Article 8 of the ECHR, the right to respect for private and family life, in which its analysis of the negative and positive obligations of States and their application to protection of personal autonomy, freedom and human dignity of transsexual people is particularly important.

Keywords: *Gender identity, rights of transsexual people, European Court of Human Rights, the right to respect for private and family life, European Convention on Human Rights.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. LA IDENTIDAD DE GÉNERO EN LA AGENDA DEL CONSEJO DE EUROPA. 2.1 *Los informes del Comisario para Derechos Humanos.* 2.2 *Resoluciones del Consejo de Europa sobre la identidad de género.* – 3. EL CASO GOODWIN VS. REINO UNIDO Y SUS DERIVACIONES. 3.1 *La doctrina del TEDH en materia de identidad de género antes del caso Goodwin.* 3.2 *El cambio doctrinal en materia de identidad de género: el caso Goodwin.* 3.3 *Repercusiones jurisprudenciales y proyección del caso Goodwin.* 3.3.1 *El reconocimiento de la identidad de género de los transexuales con posterioridad al caso Goodwin.* 3.3.2 *De la autonomía personal a la autodeterminación sexual.* 3.3.3 *De las obligaciones negativas y positivas de los Estados.* 3.3.4 *El derecho al matrimonio de las personas transexuales.* 3.3.5 *Sobre las relaciones paternofiliales.* 3.3.6 *Sobre la edad de jubilación y el derecho a la pensión.* – 4. LA DOCTRINA DEL TEDH SOBRE LA IDENTIDAD DE GÉNERO. UNA SÍNTESIS.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION. – 2. GENDER IDENTITY ON THE AGENDA OF THE COUNCIL OF EUROPE. 2.1 *The reports of the Commissioner for Human Rights.* 2.2 *Resolutions of the Council of Europe on Gender Identity.* – 3. THE CASE OF GOODWIN VS. UNITED KINGDOM AND ITS DERIVATIONS. 3.1 *The ECHR doctrine on gender identity before the Goodwin case.* 3.2 *The doctrinal change regarding gender identity: the Goodwin case.* 3.3 *Jurisprudential repercussions and projection of the Goodwin case.* 3.3.1 *Recognition of the gender identity of transsexuals after the Goodwin case.* 3.3.2 *From personal autonomy to sexual self-determination.* 3.3.3 *On the negative and positive obligations of the States.* 3.3.4 *The right to marriage of transsexual people.* 3.3.5 *On parent-child relationships.* 3.3.6 *Regarding the retirement age and the right to a pension.* – 4. THE DOCTRINE OF THE ECHR ON GENDER IDENTITY. A SYNTHESIS.

1. INTRODUCCIÓN

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha sido, en estas primeras décadas del siglo XXI, un importante adalid de los derechos de las personas LGBTIQ¹. Todos los expertos coinciden en que dos sentencias del TEDH marcan un cambio doctrinal muy importante en su jurisprudencia en relación con los derechos de las minorías sexuales: las sentencias del *caso Dudgeon vs. Reino Unido*, de 22 de octubre de 1981, y del *caso Goodwin vs. Reino Unido*, de 11 de julio de 2002. La primera resolvía un caso de injerencia de los poderes públicos en la vida privada de dos adultos homosexuales y la segunda tuvo por objeto un supuesto de discriminación por la condición de transexual de la demandante, así como de violación de su vida privada y de su identidad personal. Ambas sentencias supusieron una inflexión en la tradicional doctrina del Tribunal y, al mismo tiempo, irradiaron sus efectos sobre la interpretación del conjunto de derechos y libertades del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950 (CEDH).

Los autores, a la vista de ambas sentencias y de la actitud del TEDH, están de acuerdo en que el Tribunal, con este cambio doctrinal y con los fallos que han venido posteriormente, ha realizado una interpretación dinámica y extensiva de los artículos del CEDH, especialmente, el artículo 8, en el que se recoge el derecho a la vida privada, y el 14, en el que se reconoce el derecho de igualdad y el principio de no discriminación, pero también otros como el artículo 2, derecho a la vida, artículo 3, prohibición de la tortura, artículo 5, derecho a la libertad y seguridad, artículo 6, derecho a un proceso judicial equitativo, el artículo 9, el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, el artículo 11, el derecho a la libertad de reunión y manifestación, artículo 10, derecho a libertad de expresión, el artículo 12, el derecho a contraer matrimonio, etc.

Una interpretación dinámica, puesto que ha ido virando el sentido de las sentencias a medida que ha percibido un cambio en las opiniones y en los juicios del conjunto de las personas que compo-

¹ LGBTIQ es el acrónimo de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, intersexuales y *queer*. En España, lo más habitual es utilizar LGTBI. No obstante, en el trabajo utilizo el primero por ser el más habitual en los movimientos sociales, activistas y organismos internacionales. En última instancia, es también el empleado por la Unión Europea en su *Unión of Equality. LGBTIQ Equality Strategy 2020-2025*, (https://ec.europa.eu/info/files/lgbtiq-equality-strategy-2020-2025_en, última vez consultado: 6 de enero de 2021). Según la *Estrategia*, dada a conocer el 12 de noviembre de 2020, las personas LGBTIQ son aquellas que sienten atracción hacia otras de su propio género (lesbianas, gays) o de ambos (bisexual); aquellas cuya identidad y/o expresión de género no corresponde al sexo asignado en el momento del nacimiento (*trans*, no-binarios); aquellas que han nacido con características que no se ajustan a la definición típica de hombre o mujer (intersex); y aquellas cuya identidad no se ajusta a la clasificación binaria de la sexualidad y/o género (*queer*).

nen la compleja sociedad europea. Una interpretación extensiva, puesto que ha hecho sobre todo del artículo 8 y del concepto de vida privada y de la intimidad un ámbito semántico cada vez más amplio en el que cabe también la orientación sexual y la identidad de género. Esta es una interpretación, a la postre, sumamente importante, pues ha permitido deslizar el viejo concepto de la intimidad como «el derecho a estar solo» hacia un derecho más abierto en el que debe integrarse y proteger el derecho a la identidad personal y, dentro de ella, la sexual y la de género. Como consecuencia de esta interrelación hermenéutica, el TEDH, además, ha procedido a considerar que los poderes de las autoridades gubernativas no deben ser ilimitados, esto es, que los Estados no tiene una total y plena discrecionalidad para restringir los derechos de la CEDH y, aún menos, los referidos a las personas LGBTIQ.

Puede afirmarse que, de esta manera, a falta, en el CEDH, en las constituciones nacionales o en las declaraciones internacionales de derechos humanos, de un derecho específico que reconozca, proteja y garantice la especial situación del colectivo LGBTIQ, el TEDH con sus fallos ha ido configurando un marco normativo propio de enorme calado². Pues, en efecto, puede considerarse que ha ido paulatinamente configurando vía jurisprudencial el entramado de un derecho específico para las minorías sexuales: un derecho a la orientación sexual y la identidad de género³. Éste es un derecho que no deja de ser controvertido e, incluso, aún con la mejor intención puede entenderse que no

² No existe en los textos normativos sobre derechos humanos un derecho específico que pueda aplicarse a la realidad LGBTIQ. Por eso, como ha expresado C. Monereo Atienza, hasta la fecha, en la vía jurisdiccional, se ha utilizado el principio general de no discriminación para defender los derechos de este colectivo amparándose en la cláusula general de «razones de otra índole» acompañada de la referencia a otro derecho o libertad fundamental. Vid. MONEREO ATIENZA, C.; *Diversidad de género, minorías sexuales y teorías feministas*, Dykinson/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 60.

³ Según los *Principios de Yogyakarta (PY, 2006)*, «la orientación sexual se refiere a la vivencia de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. La identidad de género se refiere a la vivencia interna e individual del género tal y como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales». Estos principios, que fueron elaborados por 29 expertos reunidos en esta ciudad, constituyen un importante punto de partida en el reconocimiento del derecho a la orientación sexual y la identidad de género. Su definición de estos conceptos ha sido aceptada por el mundo LGBTIQ y por la comunidad científica. *Principios de Yogyakarta: Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género* (<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2>).

carece de limitaciones, pues, como iremos viendo, no parece amparar las particulares situaciones y reivindicaciones de las personas transgénero, intersexuales, *queer*, *cuir*, no binarios, etc⁴. Esto es, no reconocería plenamente la libre determinación de sexo y género tal y como la interpretan estos colectivos.

Todo ello, en fin, ha supuesto un avance muy importante en el reconocimiento y protección de los derechos de las minorías sexuales que no solo ha afectado a los ciudadanos europeos, sino que también se ha proyectado por la comunidad global incidiendo de forma importante en las actuaciones de los organismos internacionales, especialmente, del sistema de Naciones Unidas.

El objetivo de este trabajo no es dar cuenta de todas y cada una de las variaciones doctrinales acaecidas en seno de la actividad del TEDH en torno a las minorías sexuales, pues en los últimos años está siendo una labor ingente. Aún siendo consciente de la relevancia que tienen las resoluciones de este Tribunal para la configuración y la protección de los derechos de las minorías sexuales, este texto se va a ceñir exclusivamente a la descripción, estudio y análisis de la construcción doctrinal realizada por el TEDH en torno a la identidad de género que constituye un supuesto especial dentro de la realidad del colectivo LGBTIQ. Previamente, se comentarán los informes y documentos aprobados por los órganos del Consejo de Europa en esta materia y, en el desarrollo jurisprudencial, tomaré como elemento diferenciador la ya mencionada sentencia del *caso Goodwin vs. Reino Unido*.

Una cuestión conceptual previa. La noción de identidad de género, definida por los *Principios de Yogyakarta* como «vivencia interna e individual del género», tiene por objeto enunciar, describir y comprender la realidad de las personas *trans*, su difícil situación, sus inquietudes y sus reclamaciones. La persona *trans*, principalmente, entiende que no hay una correspondencia entre el sexo asignado al

⁴ Son muchas las personas del colectivo que creen que no hace falta establecer un derecho específico que reconozca, proteja y garantice la situación y el estatus de las personas LGBTIQ. Esta misma posición está presente también en los organismos internacionales. Entre otros, la Alta Comisionada para Derechos Humanos (ACNUDH), Navi Pillay: «La protección de las personas sobre la base de su orientación sexual e identidad de género no exige la creación de nuevos derechos ni que se concedan derechos especiales a las personas LGBT. En realidad, solo es necesario que se cumpla la garantía aplicable universalmente de no discriminación en el goce de todos los derechos...». Vid. ACNUDH, *Nacidos libres e iguales. Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos*, Nueva York/Ginebra, Oficina del Alto Comisionado Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2012, p. 9. No comparto esta opinión. Como tengo escrito, en un mundo en el que se han ido especificando los derechos no creo que esté de más un derecho a la orientación sexual y la identidad de género e, incluso, un derecho a la libre determinación del género que asegure el derecho a la libre perfección, a la identidad personal y a la dignidad humana del colectivo LGBTIQ. Vid. MARTÍNEZ DE PISÓN, J.: «Los derechos de las personas LGBTI: ¿hacia un derecho a la orientación sexual y la identidad de género?», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 42, 2020, pp. 209-239.

nacer y el sentido individualmente. Hay una disconformidad que afecta directamente al género y a su identidad personal. Pero, el mundo *trans*, como todos los asuntos que tienen que ver con la identidad personal, la dignidad humana y la libre perfección de la personalidad, engloba experiencias vitales diferentes. Como es asumido mayoritariamente, el término *trans* es la voz genérica que engloba a todo el colectivo. Los *transexuales* son aquellos *trans* favorables a la reasignación del sexo mediante la aplicación de protocolos sobre hormonación y el uso de la cirugía; los *transgénero* son aquellos *trans* que se niegan a las soluciones médicas y quirúrgicas y quieren disfrutar de sus vivencias de género de forma autónoma y sin cortapisas, pues fundamentalmente cuestionan la necesidad de escoger entre el rol masculino o femenino; y *travesti* es el término usado en Latinoamérica para referirse a los transexuales⁵.

2. LA IDENTIDAD DE GÉNERO EN LA AGENDA DEL CONSEJO DE EUROPA

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido y es especialmente sensible a los cambios en la actitud y en las opiniones de las sociedades europeas, sobre todo, en la cuestión de los derechos de las personas LGBTIQ y, dentro de este colectivo, a los grupos trans. Este es, precisamente, uno de los argumentos utilizados por el TEDH para justificar el giro doctrinal en las dos sentencias antes mencionadas. Al mismo tiempo, la acción jurisprudencial supuso un impulso importante a la elaboración de informes y la aprobación de resoluciones y otros documentos por parte del Consejo de Europa y de sus órganos de dirección, por un lado, poniendo de manifiesto y denunciando la situación del colectivo LGBTIQ en Europa y, por otro, proponiendo recomendaciones a los Estados miembros de reforma legal, recopilación de información y establecimiento de políticas específicas. Me referiré a continuación a dos aspectos de la acción de los órganos del Consejo de Europa: los informes del Comisario para Derechos Humanos y las resoluciones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

2.1 Los informes del Comisario para Derechos Humanos

Entre las áreas de interés, investigación y preocupación del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa está el estudio y análisis de la situación del colectivo LGBTIQ y de sus derechos. Son

⁵ Vid. COLL-PLANAS, G.; *La voluntad y el deseo. La construcción social del género y la sexualidad: el caso de lesbianas, gays y trans*, 2.^a edic., Barcelona, Egales, 2011, p. 26.

varios los informes realizados por esta institución que ha mostrado una especial atención por la realidad *trans* e intersexual⁶ en Europa. En particular, sobre la situación de los *trans*, dos informes resultan esclarecedores: 1.– El informe *Human rights and gender identity* (2009) de Th. Hammarberg, Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa⁷. 2.– El documento *Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe* (2011)⁸.

Coincidiendo con el interés global por conocer la realidad de las personas LGBTIQ, el Consejo de Europa encargó a Th. Hammarberg, Comisario de Derechos Humanos, un primer informe sobre uno de los colectivos más sensibles. En efecto, el informe de Th. Hammarberg, *Derechos humanos e identidad de género* (2009), tuvo por objeto el estudio y el análisis de la realidad personal, social y legal del colectivo «trans» en Europa y resulta ser un elemento clave para entender las cuestiones principales relacionadas con la «identidad de género»⁹. Partiendo de la diferencia entre «sexo» y «género», procura distinguir con claridad lo que es «orientación sexual» e «identidad de género», lamentando que haya países del Consejo de Europa cuya legislación trata ambas categorías indistintamente. El Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa constata que, a pesar de que «las herramientas internacionales de derechos humanos protegen a todo el mundo sin discriminación», las personas *trans*, sin embargo, son las que son objeto de mayor discriminación en Europa y en el mundo. Recoge la opinión del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en la Conferencia de Montreal, en 2006, sobre la existencia de abusos, ataques, tortura e incluso asesinatos de las personas LGBTIQ y, lo que es peor, el estigma asociado a las cuestiones relacionadas con la orientación sexual e identidad de género, la violencia contra este colectivo y el vergonzoso silencio con el que

⁶ El Comisario de Derechos Humanos realizó en 2015 un interesante estudio sobre las personas intersexuales, un colectivo poco conocido, muy discriminado y sometido, muchas veces, a ostracismo y estigmatización. Este documento puede consultarse en <https://rm.coe.int/human-rights-and-intersex-people-issue-paper-published-by-the-council-/16806da5d4> (última consulta: 21 de febrero de 2021).

⁷ Puede consultarse en [https://rm.coe.int/ref/CommDH/IssuePaper\(2009\)2](https://rm.coe.int/ref/CommDH/IssuePaper(2009)2). Hay versión en español en https://transrespect.org/wp-content/uploads/2015/08/Hberg_es.pdf (última consulta: 21 de febrero de 2021).

⁸ Puede consultarse en https://www.coe.int/t/commissioner/Source/LGBT/LGBTStudy2011_en.pdf (última consulta el 21 de febrero de 2021).

⁹ Como afirma en la «Introducción», «mientras ‘sexo’ se refiere, en primer lugar, a las diferencias biológicas entre mujeres y hombres, ‘género’ también incluye el aspecto social de la diferencia entre géneros en adición al elemento biológico». La noción de identidad de género «hace referencia a la experiencia de género interna e individual de cada persona, sentida a un nivel profundo, que puede o no corresponderse con el sexo asignado al nacer, e incluye el sentido personal del cuerpo y de otras expresiones de género como la forma de vestir, el habla o los gestos». HAMMARBERG, T.; *Derechos humanos e identidad de género*, Berlín, TvT, 2010, 5, en el link citado antes.

acaban todas estas violaciones del principio de igualdad y de universalidad de los derechos humanos.

En cuanto al estudio de la realidad del colectivo *trans* en Europa el panorama no es muy esperanzador, especialmente, en algunos casos. Utilizando información de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA), el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa pone de manifiesto «una situación de incertidumbre legal en lo concerniente a las medidas específicas de protección antidiscriminación para las personas trans» y que esta información, extrapolada al resto de países del Consejo, permite afirmar que la identidad de género no se define específicamente como motivo de discriminación¹⁰.

El informe presta una especial atención a los aspectos más sensibles para el colectivo *trans*, como el reconocimiento legal del género elegido, el cambio de sexo y de nombre, las consecuencias para la familia de las modificaciones de género, el acceso a la atención sanitaria, del acceso al mercado laboral, de la transfobia y la violencia contra las personas *trans*, de la situación de los refugiados y migrantes. Concluye afirmando que «la situación de derechos humanos de las personas trans en Europa no es positiva. Sin embargo, algunos problemas se han reconocido y las ‘buenas prácticas’ están aumentando». Aboga por un remedio: «lo que se necesita particularmente ahora es la promoción de un enfoque de derechos humanos a los retos que enfrentan las personas trans»¹¹.

Hammarberg es especialmente contundente no solo en la necesidad de la prestación sanitaria a las personas *trans*, sino, sobre todo, en los efectos perniciosos de las clasificaciones médicas internacionales en los procesos de diagnóstico en el ámbito europeo: «Tales clasificaciones pueden convertirse en un obstáculo para el disfrute pleno de los derechos humanos de las personas *trans*, especialmente cuando se aplican como una forma de restringir la capacidad legal o de elección del tratamiento médico»¹². Asimismo, constata que la experiencia de las personas *trans* con los sistemas sanitarios es, más bien, negativa, ya sea por la falta de información o de preparación para el trato con este colectivo¹³. Por estos y otros motivos, el informe de Hammar-

¹⁰ *Ibidem*, p. 11.

¹¹ *Ibidem*, p. 25-26.

¹² Se refiere al Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM) y a la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y otros Problemas de Salud (CIE) de la OMS que, en sus diferentes versiones, ha definido la transexualidad como «un trastorno mental», una enfermedad mental o, en el mejor de los casos, «disforia de género». Esta clasificación estigmatizante dio lugar a una campaña internacional *STOP Pathologización* que, finalmente, ha logrado su objetivo de que la transexualidad deje de ser una «enfermedad mental». Hammarberg también recoge la diversidad de posiciones existente dentro del movimiento *trans* entre quienes seguir gozando de la asistencia sanitaria para la reasignación de sexo y entre quienes no la creen imprescindible e, incluso, la rechazan.

¹³ *Ibidem*, pp. 16-17.

berg, fue, como puede suponerse, recibido por los grupos *trans* como una auténtica victoria en el reconocimiento de su situación, en la despatologización de su condición, en la lucha por la no discriminación y por la reivindicación de sus derechos.

El documento *Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe* (2011), auspiciado y prologado también por Th. Hammarberg, comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, realiza una importante descripción de la realidad socio-legal de las personas en LGBTIQ en los Estados miembros del Consejo de Europa.¹⁴ A pesar de que hay una constante reclamación en la dificultad de acceder y monitorizar datos sobre la situación de estos ciudadanos europeos, especialmente, en algunos países, el análisis, los comentarios y las conclusiones son muy relevantes, un punto de partida en el conocimiento de la discriminación que sufren y en la posibilidad de poner remedio. En efecto, para la elaboración del trabajo, que se ha centrado en el periodo 2004-2010, se ha contado con la ayuda de la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA), que ha aportado datos de los 27 países de la Unión. Más dificultad ha habido con la información de los otros 20 países. A pesar de todo, con la colaboración de otras agencias, funcionarios, organizaciones no gubernamentales, etc., se llega a interesantes conclusiones. Además, el estudio va acompañado por una serie de recomendaciones realizadas por el comisario Hammarberg.

El documento tiene por objeto el estudio de la discriminación basada en la orientación sexual e identidad de género en los estados miembros del Consejo de Europa. Se estructura en varios apartados en los que se analizan las actitudes y las percepciones sociales hacia las personas LGBTIQ; las normas legales y su implementación en cada estado miembro; la situaciones de homofobia y transfobia en las sociedades europeas que da lugar a diferentes manifestaciones de criminalización y violencia (conductas y crímenes de odio, *bullying*, etc.) y, en especial, el problema de los asilados LGBTIQ; igualmente, las posibilidades y los modos de asociarse y de participar en la vida política y social de los países; el reconocimiento o no y protección de su vida privada, de contraer matrimonio, tener o adoptar hijos, etc.; finalmente, su situación en relación con la asistencia sanitaria, el sistema educativo y el acceso al mercado laboral. Todo ello presenta un panorama y nos da un diagnóstico certero en relación a los derechos básicos de las personas LGBTIQ en los Estados miembros del Consejo de Europa: el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, el derecho a la seguridad personal y familias, los derechos de asociación y de participación, la libertad de expresión, el derecho a la intimidad, a la vida privada y en familia, el derecho a la salud, a la educación y el

¹⁴ En https://www.coe.int/t/commissioner/Source/LGBT/LGBTStudy2011_en.pdf

derecho al trabajo. Especialmente, de las causas de la violación de estos derechos y de las situaciones de discriminación¹⁵.

2.2 Resoluciones del Consejo de Europa sobre la identidad de género

Los diferentes órganos del Consejo de Europa han emitido durante estas primeras décadas del siglo XXI diferentes resoluciones o recomendaciones sobre la cuestión de la identidad de género. Haré referencia a dos: 1) la recomendación CM/Rec(2010)5 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las *Medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género*, de 31 de marzo de 2010. Y 2) la más importante resolución 2048 (2015) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 22 de abril de 2015, sobre *Discriminación contra las personas transgénero en Europa*¹⁶.

La recomendación del Comité de Ministros, CM/Rec (2010)5, inicia su discurso con un recordatorio acerca de la unidad y universalidad de los derechos humanos y el firme compromiso con la igual dignidad de todos los seres humanos y el disfrute de los derechos humanos y libertades de todas las personas sin discriminación», y su anclaje en el *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales* (CEDH), lo que no es una declaración banal en el caso de las personas LGBTIQ, a la que se añade la constatación de otras realidades como la homofobia, transfobia y otras formas de intolerancia y discriminación. El Comité de Ministros realiza cinco recomendaciones que son desarrolladas en un anexo al texto. Su objetivo apunta al papel de los Estados en la modificación y revisión de las normas jurídicas, en la toma de datos e información sobre la realidad de las personas LGBTIQ y en las medidas para paliar la discriminación por motivo de orientación sexual o identidad de género, su conocimiento y el resarcimiento de la víctima. Sus recomendaciones se extienden a todos los ámbitos de la existencia individual y social de las minorías sexuales: desde la vida privada y familiar, el derecho a la vida y la seguridad personal, los delitos de odio, libertad de expresión, derecho de reunión y manifestación, la no discriminación en la educa-

¹⁵ No debería ser así, pues como todo ciudadano del mundo las personas LGBTIQ deberían gozar de la universalidad de los derechos reconocida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y trasladada a la Carta Europea de Derechos Humanos, así como en las constituciones de los Estados miembros.

¹⁶ El colectivo LGBTIQ ha sido objeto de atención de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. Junto a la mencionada más arriba, hay que citar también la resolución 2191, de 2017, sobre la *Promoción de los derechos humanos y la eliminación de la discriminación de las personas intersex*, y la 2239, de 2018, sobre *Vida privada y familiar: lograr la igualdad independientemente de la orientación sexual*.

ción, la salud y el empleo, etc.¹⁷. En definitiva, un paso importante en el reconocimiento de la realidad del colectivo LGBTIQ en el ámbito europeo y una relevante toma de postura sobre las medidas que deben tomar los Estados miembros para paliar la discriminación y la violación de los derechos de estas personas.

Más importante ha sido la Resolución 2048 (2015) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 22 de abril de 2015, sobre *Discriminación contra las personas transgénero en Europa*¹⁸. Los apartados 1 a 3 de esta Resolución son una constatación y un repudio de la situación a la que se ven sometidas las personas *trans*: de nuevo, se insiste en la discriminación, en los delitos de odio, acoso y violencia física y psicológica, que evidencian una falta de respeto hacia su dignidad personal y un obstáculo a su inclusión social. Igualmente, pone de manifiesto las violaciones de sus derechos fundamentales, en particular el derecho a la vida privada y a la integridad física. Otro dato importante de esta resolución, realizada por un órgano tan relevante del Consejo de Europa, es su repudio a la consideración de las personas *trans* como enfermos mentales, tal y como, en ese momento la OMS y la APA consideraba a la transexualidad –como «disforia de género»-. Así, el Consejo de Europa se manifestó a favor del movimiento por la despatologización de la transexualidad, muy importante en ese momento y que se logró en 2018.

Además, la Resolución 2048 (2015) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa constató los avances promovidos en algunos países europeos en el reconocimiento legal del género. Señala que algunas legislaciones basan este reconocimiento en «el principio de autodeterminación y no requieren procedimientos largos y complejos ni la participación de médicos o psiquiatras» (parágrafo 5). Cita en concreto el caso de la ley de Malta «que otorga a toda persona el derecho al reconocimiento de su identidad de género y el derecho a ser tratado e identificado de acuerdo con esta identidad».

Finalmente, la Resolución 2048 (2015) concluye también con un importante elenco de recomendaciones y medidas para los Estados miembros. Estas se estructuran en cuatro bloques (parágrafo 6): 1) En torno a la legislación y la prohibición de la discriminación aplicando el derecho internacional de los derechos humanos, incluida la jurisprudencia del TEDH. 2) En torno al reconocimiento legal del género, con «procedimientos rápidos, transparentes y accesibles, basados en la autodeterminación», en la abolición de la esterilización u otros tratamientos médicos obligatorios. Su recomendación se basa en la tesis de que la transexualidad no es una enfermedad mental y aboga por incluir en los documentos oficiales «una tercera opción al género». 3)

¹⁷ Vid. https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805cf40a (última consulta: el 22 de febrero de 2021).

¹⁸ Vid. <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=21736> (última consulta: 28 de febrero de 2021).

En torno al tratamiento de reasignación de género y la atención a la salud, accesibles para las personas *trans* y cubiertos por los sistemas públicos de salud. 4) Por último, en torno a asuntos tan importantes como la información, la sensibilización y la formación.

A su vez, el Congreso de Poderes Locales y Regionales del Consejo de Europa también ha aprobado resoluciones en el mismo sentido de las ya descritas de denuncia de la situación y a favor de los derechos de las personas LGBTIQ. En particular, la Resolución 230 (2007), de 26 de febrero, *Freedom of assembly and expresión for lesbians, gays, bisexuals and transgendered persons*, y la Resolución 380 (2015), de 24-26 de marzo, *Guaranteeing lesbian, gay, bisexual and transgender (LGBT) people's rights: a responsibility for Europe's towns and regions*¹⁹.

En definitiva, el Consejo de Europa, en sus diferentes órganos, ha mostrado en la última década una especial sensibilidad por la situación de las personas LGBTIQ, por las cuestiones de orientación sexual e identidad de género, denunciando la discriminación y la persecución y acoso por motivos de odio, y por la garantía de sus derechos fundamentales. Pero esta preocupación y este interés vino motivado, entre otras circunstancias, por los cambios en la jurisprudencia del TEDH con las sentencias citadas al principio, el *caso Dudgeon vs. Reino Unido*, de 22 de octubre de 1981, para los temas relacionados con la orientación sexual, y el *caso Goodwin vs. Reino Unido*, de 11 de julio de 2002, para la identidad de género.

3. EL CASO GOODWIN VS. REINO UNIDO Y SUS DERIVACIONES

3.1 La doctrina del TEDH en materia de identidad de género antes del caso Goodwin

Antes del año 2002, fecha en la cual se produce la importante sentencia del *caso Goodwin vs. Reino Unido*, el TEDH tuvo la oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones sobre la situación de personas transexuales, sobre las obligaciones en la reasignación del sexo, el cambio de nombre y el derecho al matrimonio. Como se ha puesto de manifiesto en diferentes ocasiones, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) no recoge un derecho específico que ampare las reivindicaciones de las personas *trans*. Como consecuencia, las reclamaciones ante el TEDH se han justificado bajo el paraguas del artículo 8, que regula el derecho a la vida privada, el 12, el derecho al matrimonio, y el 14, donde se establece el principio general de no

¹⁹ Vid. <https://www.coe.int/en/web/sogi/adopted-texts> (última consulta: 28 de febrero de 2021).

discriminación, aunque en este último no se refleja el motivo de la orientación sexual o la identidad de género como causa de una violación del mismo.

En estos primeros compases, el TEDH se mostró un tanto timorato condicionado por las dudas sobre la definición de la transexualidad, los cambios en la opinión pública y el margen de apreciación de los Estados miembros. El caso es que, en este primer momento, la jurisprudencia europea no acogió las reivindicaciones de las personas *trans*, sobre todo de cambio de nombre en los documentos oficiales y, de paso, sobre el matrimonio, pese a que las autoridades nacionales habían posibilitado y financiado el tratamiento y la operación de reasignación de sexo. Esta circunstancia ha llevado a algún especialista a denunciar el enfoque biologista de la identidad de la visión jurisprudencia apadrinada por el TEDH: «Con anterioridad al caso Goodwin, el TEDH mantiene una concepción estrictamente médica de la identidad sexual en general y del sexo en particular. La discusión sobre el reconocimiento y los efectos jurídicos del cambio de identidad queda supeditada a aquella concepción»²⁰. Claro que este condicionamiento tiene una importante repercusión en los derechos de la persona *trans*, pues, en efecto, si no se produce el reconocimiento legal u oficial del cambio de sexo el titular ve restringidos sus derechos concretos, como es el caso del derecho al matrimonio, a tener o adoptar hijos, la pensión, etc., además de tener importantes consecuencias sobre la identidad, la dignidad y el autorrespeto del individuo, de sus posibilidades de perfeccionamiento, en suma.

Son varias las sentencias anteriores al caso Goodwin que trataron estas reivindicaciones de las personas *trans*, sobre cuestiones de identidad de género²¹. Entre ellas, conviene mencionar las sentencias del caso *Rees vs. Reino Unido*, de 17 de octubre de 1986; la del caso *Cossey vs. Reino Unido*, de 27 de septiembre de 1990; la del caso *B. vs. Francia*, de 25 de marzo de 1992; y la del caso *X, Y y Z vs. Reino*

²⁰ MERINO SANCHO, V.; «Una revisión de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la intimidad sexual y la autonomía individual», *Derechos y Libertades*, 38, época II, enero 2018, p. 340.

²¹ Hay diferentes estudios sobre la jurisprudencia del TEDH acerca de la identidad de género: MONEREO ATIENZA, C.; *Diversidad de género, minorías sexuales y teorías feministas*, Dykinson/Instituto Bartolomé de Las Casas, Madrid, 2015; MANZANO BARRAGÁN, I.; «La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre orientación sexual e identidad de género», *Revista Española de Derecho Internacional*, julio-septiembre 2012, pp. 49-78; MERINO SÁNCHEZ, V.; «Una revisión de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la intimidad sexual y la autonomía individual», *cit.*; RUIZ-RUISEÑO MONTOYA, F.; «Los derechos de las personas LGBT en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista General de Derecho Constitucional*, 17, 2013, pp. 1-39; SUESS, A.; «Derechos de las personas trans e intersex: revisión del marco legislativo en el contexto español desde una perspectiva de despatologización y derechos humanos», *Derecho y Salud*, vol. 28, 2018, pp. 97-115; SALAZAR, O.; «La identidad de género como derecho emergente», *Revista de Estudios Políticos*, 169, 2015, pp. 75-107.

Unido, de 22 de abril de 1997. El eje central de las peticiones de los demandantes estriba en la reclamación del cambio legal y oficial del nombre y del sexo, es decir, un derecho a la identidad de género, y su repercusión sobre el derecho al matrimonio y a formar una familia.

Las sentencias de los *casos Rees* y *Cossey vs. Reino Unido* son las que determinan la primera jurisprudencia del TEDH sobre la cuestión de la identidad de género. En ambos casos, los demandantes eran personas transexuales que, tras tratamiento de reasignación sexual, demandaban el cambio legal del nombre y del sexo en los registros y documentos oficiales. Entendieron que la negativa de las autoridades británicas suponía una violación de su vida privada y, por tanto, del artículo 8 del CEDH²². Como ya se ha adelantado, este rechazo gubernamental tenía importantes consecuencias no solo para la definición de su identidad de género, sino también para su vida en general, pues les impedía formalizar una relación matrimonial con sus respectivas parejas. Así, también apuntan a la violación del artículo 12 del CEDH en el que se regula el derecho al matrimonio de los ciudadanos europeos. La clave, no obstante, residía en la primera de las negativas dado que el rechazo al cambio de nombre y de sexo derivaba en imposibilidad de matrimonio de acuerdo con la legislación británica. Esta exigía que el matrimonio se realizase entre un hombre y una mujer.

En concreto, en *el caso Rees*, el demandante se sintió varón, pese a tener «las características físicas y biológicas del sexo femenino», y se sometió a tratamiento médico con hormonas muy pronto²³. Incluso, con el tiempo, empezó un «tratamiento quirúrgico para su transformación sexual física» sufragado por el Servicio Nacional de Sanidad. Los problemas vinieron cuando, sobre la base de que existía un «error», intentó «sin éxito, que el jefe del Registro del estado civil permitiese que se modificase la mención del sexo en su partida de nacimiento», para lo cual presentó, entre otros documentos, un informe médico sobre la definición de los criterios del sexo y su aplicación al Sr. Rees argumentado que el «sexo psicológico» del interesado era decisivo en su identidad sexual. No lo consideró así el Jefe del Registro.

²² Artículo 8 CEDH: «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 del delito, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y libertades de los demás».

²³ Puede consultarse la sentencia del *caso Rees* en [https://hudoc.echr.coe.int/spa#/{%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22kpdata%22:\[%221986-10-17T00:00:00.OZ%22,%221986-10-17T00:00:00.OZ%22\],%22itemid%22:\[%22001-57564%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/spa#/{%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22kpdata%22:[%221986-10-17T00:00:00.OZ%22,%221986-10-17T00:00:00.OZ%22],%22itemid%22:[%22001-57564%22]}) (última consulta: 5 de marzo de 2021).

El TEDH muestra un específico conocimiento de la realidad transexual, de su definición y de los tratamientos médicos y quirúrgicos a los que se someten para «conseguir una identidad coherente y menos ambigua». También de las consecuencias para el matrimonio, el desempeño de algunos puestos de trabajo y para los derechos de jubilación. Sin embargo, la opinión mayoritaria no considera que la negativa al cambio de nombre y sexo en el registro suponga una violación del artículo 8 CEDH, pues ello supondría imponer al Reino Unido un régimen distinto al vigente «para la determinación y la inscripción del estado civil». El margen de apreciación de los Estados, en este caso, del Reino Unido, avala el que sean las autoridades nacionales las que establezcan el «modelo de documentación que refleje y pruebe el estado civil actual». «Los gobernantes británicos, al utilizar su margen de apreciación, tienen derecho indiscutible a tener en cuenta la situación de su patria para resolver qué medidas deben tomarse». En consecuencia, dado que el funcionario del registro civil actuó de acuerdo a la legislación vigente y no se lo puede imponer al gobierno británico ni un cambio de modelo, ni entra en las obligaciones positivas del artículo 8 la protección de los intereses de los transexuales, el Reino Unido no violó el derecho a la vida privada del Sr. Rees.

Similares argumentos a los utilizados en la respuesta a la demanda del sr. Rees, van a ser empleados en la sentencia que resuelva el *caso Cossey vs. Reino Unido*. En este supuesto, la demandante es una mujer transexual que se sometió a un tratamiento de reasignación de sexo y que pretendió formalizar con el matrimonio la relación con su pareja. El funcionario del Registro General informó que, pese a todo, el matrimonio sería nulo, puesto que la legislación británica requería que dicha institución fuese realizada por un hombre y una mujer. El jefe del Registro Civil denegó un certificado de nacimiento en el que constara que era de sexo femenino dado que se le registró en su día como hombre. La Sra. Cossey entendió que esta situación vulneraba su vida privada y su derecho a la identidad personal y alteraba también su estabilidad psíquica y emocional. Y así se lo manifestó al TEDH.

El Tribunal aplica la doctrina del *caso Rees* a la demanda de la sra. Cossey, no apreciando diferencias sustanciales. Por un lado, el TEDH manifiesta que no ha tenido noticia de «ningún progreso científico importante en el intervalo» en relación con la transexualidad. Por otro, tampoco ha variado sustancialmente el panorama normativo entre los Estados miembros del Consejo de Europa. Por el contrario, constata que, en línea de la resolución de la Asamblea Parlamentaria de 12 de septiembre de 1989, siguen existiendo notables diferencias en la regulación de los derechos de las personas *trans* y, en particular, de su derecho a la identidad de género. «Por tanto, se trata de un campo en el que todavía los Estados contratantes, debido a sus escasas coincidencias, disfrutan de un amplio margen de apreciación (sentencia

Rees, p. 15, apartado 37)»²⁴. Incluso, el Tribunal señala, como una especie de atenuante, el que el Reino Unido ha favorecido y sufragado los tratamientos médicos y quirúrgicos y, además, ha facilitado documentos oficiales (carné de conducir, pasaporte, etc.) en los que reflejaba su identidad sexual psicológica, paliando así las molestias ocasionadas a las personas transexuales por su falta de reconocimiento en el registro civil.

Lo más notorio del *caso Cossey vs. Reino Unido* es la emisión de un voto particular por el juez Martens, quien parte del conocimiento y de la descripción de las vivencias de los transexuales, «ese pequeño y trágico grupo de desgraciados, afligidos por la convicción de pertenecer al sexo opuesto, sentimiento al mismo tiempo incurable e irresistible» (¿?). Al margen de este inoportuno comentario, lo cierto es que en el largo voto particular se encuentran mimbres para disentir de la opinión mayoritaria y para resolver de forma distinta. De alguna manera, se apunta lo que ya será el sentido de la sentencia del *caso Goodwin*. El juez Martens, después de todo, defiende que, en los casos de los transexuales, «la nueva identidad adquirida de esta manera (hormonal y operación de transformación genital) no solo se debe reconocer por la sociedad, sino también por la legislación». Y es que el juez Martens señala la importancia de estos tratamientos para el «renacer» de la persona que solo tienen sentido pleno si la ley reconoce su nueva identidad sexual. En consecuencia, reclama una lectura de las obligaciones negativas y positivas derivadas del artículo 8 del CEDH que conduzca al reconocimiento legal de la nueva identidad de la persona *trans*. En suma, el TEDH debería haber resuelto el *caso Cossey* restringiendo el ámbito de apreciación de los Estados y no al revés.

Hasta la total consolidación de esta lectura del artículo 8 CEDH, el TEDH resolvió más casos de reclamaciones de personas *trans* siguiendo la línea argumentativa ya expuesta, aunque con importantes variaciones. En el *caso B. vs Francia*, no obstante, se observa que la reclamación y los argumentos van variando. En efecto, la demandante alega los avances en las investigaciones científicas sobre el origen de la transexualidad, así como sobre los cambios en la percepción social de la imagen de las personas *trans*. Como el mismo TEDH reconoce, es «innegable que las mentalidades han evolucionado, que la ciencia ha progresado y que se concede una importancia creciente al problema del transexualismo». Vista con un poco de distancia, esta sentencia no deja de ser una vía de transición a lo que se asentará en la sentencia del *caso Goodwin* pues, después de esta declaración, concluye que la

²⁴ Puede consultarse la sentencia del *caso Cossey* en [https://hudoc.echr.coe.int/spa#{{documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22kpdata%22:\[%221990-09-27T00:00:00.OZ%22,%221990-09-27T00:00:00.OZ%22\],%22itemid%22:\[%22001-57641%22\]}}](https://hudoc.echr.coe.int/spa#{{documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22kpdata%22:[%221990-09-27T00:00:00.OZ%22,%221990-09-27T00:00:00.OZ%22],%22itemid%22:[%22001-57641%22]}}) (última consulta: 6 de marzo 2021).

demandante «se encuentra cotidianamente colocada en una situación global incompatible con el respeto debido a su vida privada. Así, incluso teniendo en cuenta el margen de apreciación nacional, existe ruptura del justo equilibrio que hay que establecer entre el interés general y los intereses del individuo, por lo tanto, hubo infracción del artículo 8». El Estado tiene medios suficientes para poner remedio a estas situaciones y el TEDH no es el órgano que debe indicar cuál es el más oportuno²⁵. En fin, un paso más en la vía del cambio de orientación doctrinal sobre la cuestión de la identidad de género.

El cambio debería esperar pues el *caso X, Y y Z vs. Reino Unido* tenía unas características diferentes a las anteriores y el TEDH dejó escapar esta oportunidad. Se trataba de enfrentarse a una cuestión concerniente a la relación paterno-filial y el TEDH recuperó la vieja idea del «ámbito de apreciación» de los Estados contratantes para no entrar a valorar la importancia de las relaciones afectivas entre padre e hijo en los supuestos de que uno de ellos sea transexual. Así, declaró que «el Tribunal afirma que el artículo 8 no parece implicar que el Estado tenga la obligación de establecer como padre de un niño a una persona que no es su padre biológico»²⁶. Lamentable decisión que llevada en este punto a sus últimas consecuencias podría ser muy perjudicial en los supuestos de adopción. Al mismo tiempo, muestra una concepción de la familia muy tradicional. En fin, el TEDH refuerza con esta decisión el enfoque binario del sexo y las categorías jurídico-políticas más rancias, quebrando la posibilidad de una apertura a los derechos de las personas *trans* y a una visión adecuada del concepto de identidad de género²⁷.

3.2 El cambio doctrinal en materia de identidad de género: el caso *Goodwin*

No obstante, como ya ha sido adelantado, pronto vendría un importante giro doctrinal en la jurisprudencia del TEDH. Este cambio vendría al hilo de la sentencia al *caso Goodwin vs. Reino Unido* y al *caso I. vs. Reino Unido*, ambas de 11 de julio de 2002, con el mismo

²⁵ Puede verse el *caso B vs. Francia* en <https://hudoc.echr.coe.int/spa#%7B%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%22%5D%2C%22kdate%22:%5B%221992-03-25T00:00:00.0Z%22%2C%221992-03-25T00:00:00.0Z%22%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-57770%22%22%5D%7D> (última consulta: 6 de marzo de 2021).

²⁶ Puede ver la sentencia del *caso X, Y y Z vs. Reino Unido* en <https://hudoc.echr.coe.int/spa#%7B%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%22%5D%2C%22kdate%22:%5B%221997-04-22T00:00:00.0Z%22%2C%221997-04-22T00:00:00.0Z%22%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-58032%22%22%5D%7D> (última consulta: 6 de marzo de 2021).

²⁷ MERINO SANCHO, V.; «Una revisión de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la intimidad sexual y la autonomía individual», *cit.*, pp. 340 y 341.

contenido argumentativo y mismo fallo. En estos casos, el TEDH inicia la senda de reconocimiento de que los Estados violan el artículo 8 de la CEDH cuando, después de asegurar los tratamientos médicos y quirúrgicos de los transexuales, no garantizan la oportuna modificación del sexo, del nombre y de la identidad legal en el registro civil. A partir de este punto, los magistrados sacarán paso a paso las conclusiones más relevantes para el reconocimiento de la identidad de género de las personas transexuales.

Pero, ¿qué es lo que ha sucedido para que el Tribunal imprima este giro en, aparentemente, tan poco tiempo? Varios elementos confluyen, como veremos, en el cambio doctrinal. Con todo, parece ser decisiva la constatación de que los debates en la ciencia médica no alcanzaban un consenso sobre la transexualidad, especialmente, la polémica sobre su consideración o no como enfermedad, pero que, no obstante, se estaba produciendo un cambio importante en la percepción social y en la opinión pública de las sociedades europeas. De hecho, la calificación de la transexualidad como disforia de género originó desde principios del siglo XXI un poderoso movimiento social y global en su contra y en favor de la despatologización, que alcanzaría su momento álgido en 2012 y el éxito final en 2018.

El caso *Goodwin*, aunque la resolución sea distinta, es muy similar a los supuestos ya analizados y resueltos por el TEDH²⁸. Se trata de una transexual que quiere vivir como mujer, desde su vida privada, sus relaciones hasta el derecho a la jubilación y que, sin embargo, ve obstaculizadas sus pretensiones porque, a efectos legales, sigue siendo considerada como un hombre. El último episodio que motiva su demanda tiene que ver con su deseo de jubilación y de disfrutar de la correspondiente pensión. Como mujer hubiera podido jubilarse a los 60, pero, como no se le permite en el registro civil el cambio de identidad y sigue siendo considerada como un hombre, su edad de jubilación es a los 65 años. Todo derivó en una situación absolutamente kafkiana. Como no quería que su empleador conociese su condición de *trans*, acabó pactando con los funcionarios de la seguridad social el pago directo de las cotizaciones durante esos cinco años. Al conservar su número del seguro, el que poseía como varón, su empleador hubiera podido enterarse de su condición de transexual, lo que para la demandante ha «supuesto una fuente de molestias y humillaciones».

Lo curioso del caso es también que los tratamientos de reasignación del sexo fueron sufragados por el Servicio Nacional de Salud. A pesar de ello, ni las autoridades ni el derecho inglés autorizaron el cambio legal de la identidad de género con las consecuencias consta-

²⁸ La STEDH del caso *Goodwin vs. Reino Unido* puede verse en <https://hudoc.echr.coe.int/spa#%7B%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22kpage%22:%5B%222002-07-11T00:00:00.OZ%22,%222002-07-11T00:00:00.OZ%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-60596%22%5D%7D> (última consulta: 10 de marzo de 2021).

tadas por el propio TEDH de «grave atentado contra la vida privada, ya que un conflicto entre la realidad social y el Derecho coloca a la persona transexual en una situación anormal que le provoca sentimientos de vulnerabilidad, humillación y ansiedad».

El caso *I vs. Reino Unido* tiene muchas similitudes con el caso *Goodwin*²⁹ De ahí que el TEDH elaborará también una sentencia similar publicadas ambas el mismo día, el 11 de julio de 2002. La demandante es una mujer transexual que realizaba trabajos de enfermera dental para el ejército. Empezó a tener problemas laborales cuando le pidieron en sucesivos trabajos su certificado de nacimiento, en el que aparecía que era varón. Igualmente, los problemas aparecieron cuando decidió solicitar una pensión ocasionada por una enfermedad, donde también le solicitaron el mismo certificado. En suma, la demandante se queja de la falta de reconocimiento jurídico de su nueva identidad sexual y de sus consecuencias para la obtención de empleo, para el acceso a una pensión y para contraer matrimonio. En definitiva, como en el caso *Goodwin*, el caso *I* afecta a una mujer transexual que ha realizado la reasignación del sexo en el seno del Servicio Nacional de Salud, sufragado con presupuesto público y que, sin embargo, las autoridades no reconocen las consecuencias jurídicas de dicho cambio. Lo que contrasta con la vida ordinaria de la mujer y con la aceptación social de su condición.

En relación a la violación del artículo 8 CEDH, el derecho a la vida privada, el TEDH se pronuncia en parecidos términos que en el caso *Goodwin*. Considera que no ha habido grandes cambios científicos en el estudio de la transexualidad y, en particular, sobre sus causas. Sin embargo, lo significativo es el hecho de que ha cambiado la opinión pública mundial sobre la condición de la transexualidad. Vuelve a insistir en que «existen elementos claros e irrefutables que muestran una tendencia internacional continua no solamente a la aceptación social creciente de los transexuales, sino también al reconocimiento de la nueva identidad sexual de los transexuales operados».

Es importante tener en cuenta que el TEDH subraya que el fundamento del CEDH es la dignidad y la libertad del hombre y, en particular, la idea de la autonomía personal es la piedra angular del concepto de vida privada. E implica que «la esfera personal de cada individuo está protegida, comprendiendo el derecho de cada uno a establecer los derechos de su identidad como ser humano». El TEDH reafirma el derecho de los transexuales, como todos los demás seres humanos, al derecho al desarrollo personal y a la integridad física y moral.

El TEDH considera que el reconocimiento al cambio en la identidad oficial puede conllevar obstáculos y problemas en su materialización, pero cree que no son insalvables. De hecho, «el Tribunal consi-

²⁹ La SETDH del caso *I vs. Reino Unido* puede verse en <https://hudoc.echr.coe.int/spa#%7B%22itemid%22:%5B%22001-60595%22%5D%7D> (última consulta: 12 de marzo de 2021).

dera que se puede exigir razonablemente que la sociedad acepte ciertos inconvenientes con el fin de permitir a las personas que vivan en la dignidad y respeto, conforme a la identidad sexual que hayan elegido a costa de grandes sufrimientos». Consta luego que, mientras la ciencia y la sociedad han ido evolucionando en la consideración de la transexualidad, el Estado demandado no lo ha hecho pese a estar incurso en numerosos pleitos por esta cuestión y habérselo requerido el Tribunal. En consecuencia, el Estado ya no puede invocar el argumento del margen de apreciación en esta materia. Además, el TEDH, por primera vez, tiene en cuenta la incongruencia de que un mismo Estado financie y coadyuve a los tratamientos de reasignación de sexo, es decir, a lograr la identificación entre sexo asignado y sexo sentido, e impide el pleno reconocimiento de la identidad de la persona con el cambio en los documentos oficiales. El TEDH, en fin, realiza una tarea de ponderación con estos elementos para concluir que «la noción de justo equilibrio inherente al convenio hace que la balanza se incline inequívocamente a favor de la demandante».

Como se ha puesto de manifiesto, el TEDH estuvo muy atento a los cambios en la percepción internacional de la transexualidad de manera que promovió una interpretación dinámica del artículo 8 CEDH favorable a las personas transexuales. Se percató –conviene volver a insistir–, en la cada vez mayor aceptación de la transexualidad en la sociedad europea y en los movimientos sociales internacionales³⁰.

Igualmente, ambas sentencias son decisivas en el cambio sobre el reconocimiento legal de la identidad sexual de los transexuales, pero también lo son en la modificación de la postura del TEDH en relación a la institución matrimonial (art. 12 CEDH). Si hasta la fecha consideraba que el matrimonio como derecho a contraerlo entre un hombre y una mujer, ahora, en el 2002, ya no lo tiene tan claro: «el Tribunal no está convencido de que se pueda seguir admitiendo en la actualidad que estos términos impliquen que el sexo se deba determinar según criterios puramente biológicos». La institución del matrimonio ha sufrido también cambios como lo han hecho otras facetas de la vida social al hilo de las mutaciones que se producen en las sociedades modernas. De nuevo, el TEDH recurre al argumento de que los Estados no tienen un margen absoluto de apreciación tal que impida a una persona transexual contraer matrimonio con otra persona de otro sexo de manera que «el Tribunal no aprecia ninguna razón que justifique que se prive a los transexuales del derecho a contraer matrimonio bajo ninguna circunstancia».

En suma, con los *casos Godwin e I vs Reino Unido*, el TEDH, que hasta ese momento había sido considerado como una instancia judicial de corte muy tradicional, da un giro importante a la doctrina sobre

³⁰ MANZANO, I.; «La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre orientación sexual e identidad de género», *cit.*, p. 70.

el tratamiento jurisprudencial de la transexualidad que va a tener importantes consecuencias, pues no solo afectaba a esta materia. También va a influir al contenido mismo del derecho a la vida privada del artículo 8 CEDH y a los poderes de los Estados, a su ámbito de apreciación y a sus obligaciones negativas y positivas: «asimismo, las sentencias en los *casos Goodwin e I* mostraron cómo el Tribunal no entendió el derecho al respeto de la vida privada únicamente como la obligación negativa de los Estados partes del Convenio de interferir en el disfrute de dicho derecho, como ha hecho tradicionalmente en relación con la homosexualidad masculina. Por el contrario, el Tribunal reconoció la existencia de obligaciones positivas de los países miembros del Consejo de Europa a la hora de garantizar el respeto de los derechos de las personas transexuales, tales como la obligación impuesta a las autoridades británicas de modificar el registro civil de los transexuales»³¹.

3.3 Repercusiones jurisprudenciales y proyección de los *casos Goodwin e I vs. Reino Unido*

3.3.1 EL RECONOCIMIENTO DE LA IDENTIDAD DE GÉNERO DE LOS TRANSEXUALES CON POSTERIORIDAD A LOS CASOS *GOODWIN E I VS. REINO UNIDO*

La apertura de los *casos Goodwin e I vs. Reino Unido* a la identidad de género como espacio protegido abrirá también el campo de protección de los derechos de las personas *trans* a otros ámbitos de los derechos y de las libertades fundamentales de CEDH. A partir de este momento, la sensación es que la mención al principio de no discriminación, al artículo 14 CEDH, tendrá una menor relevancia, aunque se seguirá alegando. No obstante, el fondo de los argumentos se fundará en las apreciaciones desarrolladas en la aplicación del artículo 8, el derecho a la vida privada.

El giro doctrinal de los *casos Goodwin e I vs. Reino Unido*, principalmente, se basó en una doble apreciación. En primer lugar, el TEDH llegó a la conclusión de que el concepto de «vida privada» del artículo 8 CEDH incluye los aspectos relacionados a la identidad sexual y, dentro de estos, la transexualidad. Es este un importante paso, pues con esta interpretación vincula la identidad sexual con los valores de libertad y de dignidad humana que, como repite constantemente, son el fundamento de la misma Convención. En segundo lugar, el TEDH entiende, en consonancia con otra línea jurisprudencial, que el «respeto» a la vida privada implica tanto obligaciones negativas como positivas para los Estados. Obligaciones negativas de no injerencia al esti-

³¹ *Ibidem*, p. 72.

lo de los derechos y libertades liberales de la primera generación³². Y obligaciones positivas, más propias del Estado social de Derecho. La novedad reside en que el TEDH entra a precisar y a detallar en qué consisten estas obligaciones positivas de los Estados limitando el margen de apreciación de las autoridades nacionales. Precisamente, lo que reafirma es la obligación de los Estados al reconocimiento jurídico de los cambios en la identidad de género de los transexuales, máximo cuando la reasignación del sexo que ha sufragado con cargo al presupuesto de Servicio Nacional de Salud. A estas dos consideraciones hay que añadir la valoración positiva del TEDH de las modificaciones normativas que se están produciendo en los Estados miembros, producto, además, de la apreciación favorable de la opinión pública europea hacia la transexualidad.

Con posterioridad a estos casos, siguieron presentándose litigios reclamando el reconocimiento de la identidad de género de personas *trans*, aunque la línea argumentativa ya estaba determinada. Entre las reclamaciones más llamativas está la del caso *L. vs. Lituania*, de 11 de septiembre de 2007³³. En este caso, el TEDH aprecia una laguna en la legislación lituana que reconoce el derecho a cambiar el sexo e, incluso, el estado civil a los transexuales. Sin embargo, Lituania carecía de una ley que regulara la operación completa de cambio de sexo. Así, el demandante, que estaba en medio de la transición de mujer a hombre, pudo cambiar algunos documentos oficiales, pero no el registro civil, pues no tenía medio de concluir el proceso de reasignación sexual. El TEDH aprovecha la oportunidad para reafirmar «el pequeño margen de apreciación de los Estados en este campo» y justificar la obligación positiva de «implementar el reconocimiento del cambio de sexo tras la operación de los transexuales, *inter alia*, de la enmienda de los datos de su estado civil, con sus consecuencias consiguientes» (par. 56).

Otro litigio muy especial es el caso *H vs. Finlandia*, de 13 de noviembre de 2012³⁴. En este supuesto, el reconocimiento de la nueva identidad de género de la persona transexual se encuentra ligado al vínculo matrimonial en un nudo gordiano que el TEDH no supo rom-

³² Para un conocimiento más detallado de la noción jurídica de «intimidad» o «vida privada», como «el derecho a estar solo», Vid. MARTÍNEZ DE PISÓN, J.; *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Aranzadi, 1993 y «El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos de la jurisprudencia constitucional», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 32, 2016, pp. 409-430.

³³ Puede verse la sentencia del caso *L. vs. Lituania*, de 11 de septiembre de 2007, en [https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22kdate%22:\[%222007-09-11T00:00:00.0Z%22,%222007-09-11T00:00:00.0Z%22\],%22itemid%22:\[%22001-82243%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22kdate%22:[%222007-09-11T00:00:00.0Z%22,%222007-09-11T00:00:00.0Z%22],%22itemid%22:[%22001-82243%22]}) (última consulta: 14 de marzo de 2021).

³⁴ Puede verse la sentencia del caso *H. vs. Finlandia*, de 13 de noviembre de 2012, en [https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22kdate%22:\[%222012-11-13T00:00:00.0Z%22,%222012-11-13T00:00:00.0Z%22\],%22itemid%22:\[%22001-114486%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22kdate%22:[%222012-11-13T00:00:00.0Z%22,%222012-11-13T00:00:00.0Z%22],%22itemid%22:[%22001-114486%22]}) (última consulta: 15 de marzo de 2021).

per. En efecto, la persona transexual H nació hombre, aunque siempre se sintió mujer. Se casó con una mujer y tuvo un hijo. Con el tiempo, inicia un proceso de reasignación de sexo e, incluso, solicita y consigue el cambio del género en algunos documentos oficiales. El reconocimiento oficial de su nueva identidad de género no fue posible porque la legislación finlandesa, *the Act on Confirmation of the Gender of a Transsexual*, exige en los casos de matrimonio para el cambio de sexo y de género el consentimiento de la pareja. La esposa no dio el consentimiento, pues, según la misma legislación, la consecuencia en su relación era que el matrimonio se convertía en civil y ella era una persona de profundas creencias religiosas. La alternativa era, pues, o bien se divorciaban, lo que iba contra los sentimientos de la cónyuge, o bien la demandante no podía cambiar su identidad de género. El litigio tiene así por objeto un conflicto entre el artículo 8 CEDH, el derecho a la vida privada y a la propia identidad, y el 12, el derecho al matrimonio.

El TEDH consideró que no hubo violación del derecho a la vida privada pues, en cualquier momento, la demandante podía modificar su nombre e identidad de género con tal que su esposa diese su consentimiento, aunque ello supusiese la transformación del matrimonio religioso en uno civil. Las otras alternativas eran el divorcio o el mantenimiento de la situación con la particularidad de tener que «tolerar las molestias causadas por su número de identidad masculino». El TEDH no consideró desproporcionada la actuación de las autoridades finesas, ni perjudicial su legislación, pues la demandante podía adquirir la nueva identidad en cualquier momento con tal de que la esposa diese su consentimiento.

Un caso parecido al descrito fue el del *caso Hämäläinen vs. Finlandia*, de 16 de julio de 2014. Mismos hechos y mismo Estado, y misma legislación. El TEDH no supo o no quiso romper el nudo gordiano de la exigencia legal del consentimiento de la mujer en caso de matrimonio y las horcas caudinas de o divorcio o unión civil, pues el derecho finés no reconoce el matrimonio entre homosexuales.

3.3.2 DE LA AUTONOMÍA PERSONAL A LA AUTODETERMINACIÓN SEXUAL

La apelación a la «autonomía personal», en los *casos Goodwin e I.*, como parte de la vida privada y último fundamento del reconocimiento legal de la identidad de género de las personas *trans* acabará derivando en la justificación, a su vez, de «el derecho al respeto a la autodeterminación sexual como uno de los aspectos del derecho al respeto a la vida privada». Tal es el importante paso que el TEDH da en el *caso Van Kück vs. Alemania*, del 12 de junio de 2003, un año después de los *casos Goodwin e I. vs. Reino Unido*.

En el caso *Van Kück vs. Alemania*, el objeto del litigio es diferente a los casos *Goodwin e I. vs. Reino Unido*³⁵ Se trata de una reclamación contra la aseguradora que no financia los gastos del tratamiento de reasignación del sexo a pesar de que el sistema público de salud de Alemania financiaba las operaciones pertinentes. En su petición, la demandante presentó los informes psiquiátricos que avalaban su transexualidad y la necesidad de realizar los tratamientos médicos y quirúrgicos de cambio de sexo. La compañía de seguros tomó la decisión desfavorable al pago de los gastos en base a otros informes psiquiátricos que no recomendaban dichos tratamientos. El Tribunal Regional de Berlín, ante el cual reclamó la demandante, dio la razón a la empresa aseguradora justificando su decisión en unos informes psiquiátricos que afirmaban que la transexualidad era una enfermedad mental, que las operaciones de reasignación del sexo eran uno de los tratamientos de esta enfermedad y que, en el caso estudiado, no era necesario para curar la transexualidad del solicitante.

El TEDH rebatió estos argumentos. En primer lugar, dio la razón a la demandante en su petición de violación del artículo 6 del CEDH, en el que se recoge el derecho a la tutela judicial efectiva y, en particular, el derecho a una audiencia judicial justa. El Tribunal interpretó que los órganos jurisdiccionales alemanes habían violado este último derecho de la demandante al recurrir a informes psiquiátricos no alegados en el proceso y al interpretar sin justificación clara la noción de «necesidad de tratamiento médico» recogida en la legislación alemana. Además, consideró que se había violado el artículo 8 CEDH. El TEDH reitera el argumento de que la «vida privada» es un término amplio no susceptible de definición exhaustiva, pero en el cual se engloba la integridad física y social de la persona, así como la orientación sexual y la identidad de género, el nombre y el derecho al desarrollo personal y el derecho a establecer relaciones con otras personas. Igualmente, el TEDH recuerda los argumentos de los casos *Goodwin e I vs. Reino Unido* de que la libertad y la dignidad humana son el fundamento de la CEDH que, en el caso de los transexuales, protege su derecho al desarrollo personal y a su integridad física y moral. Pero, lo más relevante de esta argumentación reside en que el TEDH recoge la tesis de que «la noción de autonomía personal es un principio importante que subyace a las garantías» del artículo 8 CEDH. Lo que, aplicado al caso *Van Kück*, le conduce a afirmar que lo importante de la petición de la demandante no es el reembolso de los gastos de reasignación sexual, sino «el impacto de las decisiones judiciales en el derecho de la demandante al respeto de su autodeterminación sexual

³⁵ Puede verse la sentencia del caso *Van Kück vs. Alemania* en <https://hudoc.echr.coe.int/spa#%7B%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22kdate%22:%5B%222003-06-12T00:00:00.OZ%22,%222003-06-12T00:00:00.OZ%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-61142%22%5D%7D> (última consulta: 14 de marzo de 2021).

como uno de los aspectos de su derecho al respeto a su vida privada» (párrafo 78).

El TEDH da, pues, un paso importante en la justificación de un derecho a la libre autodeterminación de género, en la medida en que trasciende la referencia a la autonomía personal como un aspecto del derecho a la vida privada y lo concreta en la idea de la autodeterminación sexual antes mencionada. Aunque todavía en la redacción de la sentencia del *caso Van Kück*, el significado y contenido de este derecho son imprecisos, sin embargo, el TEDH justifica así la obligación positiva de los Estados de cargar con los gastos de los tratamientos de reasignación del sexo. Como ha afirmado V. Merino en relación a esta aportación del *caso Van Kück* a la configuración de los derechos de las personas *trans*, de lo anterior, «no se desprende la posibilidad de establecer un concepto claro de autonomía que permita a las personas determinar su identidad de género –ni, por tanto, un derecho de autodeterminación–, aunque sí una concreción de las obligaciones frente a terceros, también contractuales. En definitiva, el TEDH comienza a concretar un posible significado de la autodeterminación cuando sugiere que cada persona puede decidir libremente si inicia un procedimiento de cambio de identidad y establece que es obligación de los Estados garantizar que el proceso se lleve a cabo al margen de intereses económicos y/o privados»³⁶.

3.3.3 DE LAS OBLIGACIONES NEGATIVAS Y POSITIVAS DE LOS ESTADOS

Inicialmente, el TEDH interpretó el derecho a la vida privada como un derecho de libertad, es decir, como un derecho que protegía el espacio íntimo de las injerencias de los poderes públicos o de terceros. Esta interpretación fue objeto de aplicación en los primeros casos sobre identidad de género de personas transexuales, pero, una vez que dio el paso de considerar que los Estados debían garantizar jurídicamente el cambio de nombre, de sexo y de género, el TEDH entró a valorar la importancia de las obligaciones positivas en esta materia. Paso a paso, fue perfilando los aspectos de estas obligaciones positivas. La sentencia del *caso Hämäläinen vs. Finlandia*, de 16 de julio de 2014, resulta fundamental en la configuración final de los compromisos de los Estados y en la definición de sus «obligaciones positivas»³⁷.

En este caso, como en los similares, el TEDH afirma que las obligaciones positivas inherentes al concepto de «respeto» de la vida pri-

³⁶ MERINO SANCHO, V.; «Una revisión de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos...», *cit.*, p. 349.

³⁷ Puede verse la sentencia al *caso Hämäläinen vs. Finlandia*, de 16 de julio de 2014, en [https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22kpdate%22:\[%222014-07-16T00:00:00.OZ%22,%222014-07-16T00:00:00.OZ%22\],%22itemid%22:\[%22001-145768%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22kpdate%22:[%222014-07-16T00:00:00.OZ%22,%222014-07-16T00:00:00.OZ%22],%22itemid%22:[%22001-145768%22]}) (última consulta: 18 de marzo de 2021).

vada carece de nitidez. No obstante, señala una serie de «elementos relevantes para la valoración del contenido de las obligaciones positivas de los Estados: por ejemplo, la importancia de los intereses en juego u otros elementos que tienen que ver con los «valores» o «aspectos esenciales» de la vida privada, el impacto sobre la interesada de un conflicto entre la realidad social y el derecho, la coherencia de la práctica administrativa y la jurídica, etc. (apart. 66). En suma, en lo que se refiere a las obligaciones positivas, las autoridades nacionales tienen un «cierto margen de apreciación» que, según los términos de la sentencia del *caso Hämäläinen*, son más amplios cuando no existe consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa sobre cómo proteger los intereses en juego o si la cuestión plantea conflictos morales (apart. 67). En fin, el margen de apreciación de los Estados es amplio cuando tienen que realizar una labor de ponderación entre los intereses públicos y privados en conflicto.

Esta argumentación del TEDH en la que establece con bastante laxitud los límites de apreciación de las autoridades nacionales, como puede suponerse, avanza la decisión final del *caso Hämäläinen* a favor de la legislación finesa. Como afirma en el apartado 71, el Tribunal, en base a la distinción entre obligaciones negativas y positivas de los Estados y el menor o mayor margen de apreciación en cada caso, no puede imponer la obligación de modificar la legislación para permitir el matrimonio entre homosexuales, que hubiera resuelto más fácilmente el conflicto moral entre la demandante y su cónyuge. No lo puede hacer, según su argumentación, pese a que diez Estados del Consejo de Europa, en ese momento, ya reconocían la posibilidad del matrimonio homosexual. Se ampara en el hecho de que «no puede decirse que haya a nivel europeo un consenso» sobre esta cuestión. No habiendo acuerdo y dado que implica dilemas morales y éticos, es, pues, amplio el margen de apreciación del Estado. No solo eso, sino que, además, en opinión del TEDH, de acuerdo a la legislación finesa, la demandante y su cónyuge no verían mermados sus derechos en el caso de que optasen por la modificación de su vínculo matrimonial en favor de lo previsto el ordenamiento jurídico que es una unión civil. No parece que este sea un juicio muy convincente.

3.3.4 EL DERECHO AL MATRIMONIO DE LAS PERSONAS TRANSEXUALES

En *el caso Goodwin*, así como en *I. vs. Reino Unido*, la argumentación favorable a la identidad de género en los documentos oficiales tuvo ya una importante derivación en el reconocimiento también del derecho al matrimonio para las personas *trans*. El derecho al matrimonio se encuentra regulado en el artículo 12 del CEDH y es definido como el derecho de un hombre y una mujer a casarse. Hasta esa fecha, el TEDH había mantenido una defensa del «matrimonio tradicional» con una interpretación literal del derecho a casarse de un hombre y una mujer. Este fue el fundamento de la decisión de los casos *Cossey*

y *Rees vs. Reino Unido* una vez resuelta la cuestión acerca de la no violación del artículo 8 CEDH por parte de los Estados, al no reconocer oficialmente la nueva identidad de género de las personas transexuales.

Sin embargo, el TEDH, en las sentencias del 2002, sigue la senda de la realización de una interpretación dinámica y flexible del articulado del CEDH y cambia, como hemos visto, la doctrina jurisprudencial sobre los artículos 8 y 12 de este texto. Como afirma el propio TEDH, por un lado, la institución del matrimonio se ha transformado profundamente, al mismo tiempo que también evolucionaba la sociedad y la opinión pública europea. Lo más importante es que esta ya no considera imprescindible que los sujetos del matrimonio deban ser un hombre y una mujer. El TEDH asume, pues, este enfoque más actual.

Por otro lado, en consonancia con la argumentación sobre la identidad de género, el TEDH constata que, a pesar de que los tratamientos médicos y quirúrgicos de la reasignación del sexo no supone la asunción de todos los rasgos biológicos del hombre o de la mujer, sin embargo, la ciencia médica ha evolucionado en el conocimiento de la transexualidad y que esta no puede suponer un obstáculo en el reconocimiento jurídico de la nueva identidad de género.

En *Goodwin* y en *I.*, el TEDH argumenta que, si bien los Estados tienen un cierto margen de apreciación –ya escaso después de estas sentencias– en el establecimiento de los requisitos formales para el reconocimiento jurídico de la nueva identidad del género, sin embargo, una vez realizado este correctamente, ya no hay ninguna justificación para la privación del derecho al matrimonio de las personas transexuales. En consecuencia, se reconoció este derecho en dichas sentencias. Como se observa, el TEDH abandona así el enfoque biologista, la idea de que el matrimonio solo puede ser contraído por un varón y una hembra, en favor de una concepción más abierta de la que pueden beneficiarse también homosexuales y personas *trans*.³⁸

Lo que se puede observar es que, como en los supuestos ya vistos, la cuestión central del litigio es el reconocimiento o no de la nueva identidad de género. En cuanto se alcanza una solución legal, proporcionada y acorde con los criterios establecidos en los casos ya vistos, el TEDH resuelve con rapidez el conflicto en torno al artículo 12 CEDH, el derecho al matrimonio.

3.3.5 SOBRE LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES

Una derivación de la formalización del matrimonio o, mejor, de las rupturas o divorcios es el importante aspecto de las relaciones de las personas transexuales con sus hijos. El TEDH tuvo la oportunidad de tratar esta cuestión en el *caso p. V. vs. España*, de 30 de noviembre

³⁸ *Ibidem*, p. 344.

de 2010³⁹. La demandante transexual estuvo casada y de su matrimonio tuvo un hijo. El convenio regulador de la separación matrimonial estableció un régimen de visitas, con guarda y custodia de la madre y patria potestad compartida. Pasado un tiempo de la separación, la demandante inicia el tratamiento de reasignación de sexo. La exmujer, a continuación, promueve un proceso de revisión de las medidas pactadas, con el objetivo de privar a la demandante de la patria potestad y del régimen de visitas. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la pretensión de privación de la patria potestad y limitó el régimen de visitas. La demandante recurre, alegando violación de su vida privada y discriminación por su transexualidad.

Sin embargo, el TEDH consideró que no se había producido tal violación en la relación entre los artículos 8 y 14 del CEDH, que no se había producido una discriminación basada en su transexualidad, sino que se debía «a la inestabilidad emocional de la demandante», avalada por un informe pericial. En suma: «En opinión del Tribunal, el razonamiento de las decisiones judiciales da lugar a pensar que la transexualidad de la demandante no fue un motivo determinante en la decisión de modificar el régimen de visitas inicial. Fue el interés superior del menor el que primó en la adopción de la decisión».

3.3.6 SOBRE LA EDAD DE LA JUBILACIÓN Y EL DERECHO A LA PENSIÓN

El reconocimiento oficial, o no, de la nueva identidad de género ha tenido y tiene una importante repercusión en la edad de la jubilación y, en consecuencia, en el derecho a la pensión. Este aspecto ha afectado especialmente a las personas transexuales, especialmente en aquellos Estados en los que la edad de jubilación varía según si se es hombre o mujer. Tras el cambio doctrinal de los *casos Goodwin e I. vs. Reino Unido*, el TEDH tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la edad de la jubilación y el derecho a la pensión en el *caso Grant vs. Reino Unido*, de 23 de mayo de 2006, y en el *caso Schlumpf vs. Suiza*, de 8 de enero de 2008.

En el *caso Grant vs. Reino Unido*, el certificado de nacimiento de la demandante la declara como varón, a pesar de que se sometió a tratamiento de reasignación de sexo y vivía como mujer. De hecho, figuraba como tal en la tarjeta de la Seguridad Social y pagaba sus cuotas de seguro y fondos de pensiones de acuerdo a su condición femenina. Al ir a jubilarse a la edad de las mujeres en el Reino Unido –los 60 años–, sin embargo, el funcionario competente deniega el derecho a la jubilación por haberla solicitado «demasiado pronto», pues la edad correspondiente a los varones es de 65 años. La demandante apeló la decisión recibiendo una respuesta desfavorable.

³⁹ Puede verse la sentencia del *caso p. V. vs. España*, de 30 de noviembre de 2010, en <https://hudoc.echr.coe.int/spa#%7B%22itemid%22%3A%5B%5B%22001-102597%22%5D%7D> (última consulta: 15 de marzo de 2021).

Entre tanto, cumplió los 65 años y, además, el gobierno británico, tras las sentencias ya vistas de los *casos Goodwin e I.*, cambia en 2004 el ordenamiento jurídico interno y permite el reconocimiento oficial de la nueva identidad de género a las personas transexuales. La demandante consigue finalmente el certificado con el cambio solicitado al amparo de la Ley de Reconocimiento de Sexo de 2004. Pero el litigio no concluyó aquí, pues, a la vista de la documentación oficial como mujer, solicitó que le abonaran las cantidades no pagadas de la pensión a la que hubiera tenido derecho si se le hubiera reconocido como tal en su momento y, por tanto, hubiera gozado de su derecho a la jubilación a los 60 años.

Pues bien, en este caso como en los otros anteriores, el TEDH decidió que había habido violación del derecho de la demandante a la vida privada recogido en el artículo 8 CEDH, es decir, que el Reino Unido debería haber reconocido con anterioridad la reasignación sexual y el cambio de género, pero no concedió el derecho al pago de la pensión que hubiera recibido entre los 60 y los 65 años.

4. LA DOCTRINA DEL TEDH SOBRE LA IDENTIDAD DE GÉNERO. UNA SÍNTESIS

El TEDH, desde la sentencia de los *casos Goodwin e I. vs. Reino Unido*, ha ido afinando y perfilando su posición acerca de la identidad de género, al tiempo que aplicaba sus conclusiones a los diferentes aspectos que se le iban planteando: no solo fue dando contenido al derecho a la vida privada o al reconocimiento de la identidad de género de los transexuales, sino que también ha ido precisando el «ámbito de apreciación» de los Estados o el alcance de sus «obligaciones negativas» y «negativas» en relación con la intimidad, la libertad y la dignidad de las personas, como hizo también en la importante sentencia *Van Krück vs. Alemania* o en *Hämäläinen vs. Finlandia*. Puede decirse, pues, que, llegado a un punto, ha construido el *contenido esencial del derecho al reconocimiento de la identidad de género de los transexuales* y sus aplicaciones a las diferentes cuestiones que se han ido planteando. Dicho de otra forma, el TEDH ha articulado un patrón, un modelo y una regla práctica de interpretación y actuación que repite invariablemente hasta la fecha.

Dicho patrón se encuentra de forma clara y explícita en la sentencia del *caso S. V. vs. Italia*, de 11 de octubre de 2018, y se repite en los siguientes. Por ejemplo, en el *caso Y. Y. vs. República de Turquía*, de 10 de marzo de 2015, el *caso Y. T. vs. Bulgaria*, de 9 de julio de 2020, o el *caso Rana contra Hungría*, de 16 de julio de 2020.

Pues bien, la doctrina del TEDH en materia de identidad de género, una vez consolidado el contenido esencial, sigue, de acuerdo con

la sentencia del caso *S. V. vs. Italia*, de 11 de octubre de 2018, el siguiente esquema:

1. El concepto de «vida privada» del artículo 8 CEDH «es amplio, no susceptible de una definición exhaustiva»; «abarca no sólo la integridad física y moral del individuo, sino también en ocasiones, aspectos de la identidad física y social del mismo». La identidad o identificación sexual, el nombre la orientación y la vida sexual entran dentro de la esfera protegida por el derecho a la vida privada (ap. 54 del *caso V. S. vs. Italia*).

2. La noción de «autonomía personal» está protegida por el artículo 8 CEDH e incluye un principio importante que lleva a reconocer a las personas transexuales «un derecho a la autodeterminación», «donde la libertad de definir su pertenencia sexual es uno de los elementos más esenciales» (ap. 55 del *caso V. S. vs. Italia*).

3. El artículo 8 CEDH protege el derecho al desarrollo personal y a la integridad física y moral de las personas transgénero (ap. 55 del *caso V. S. vs. Italia*). El TEDH interpreta esta garantía tanto en el sentido de que debe reconocerse legalmente la identidad sexual de las personas transexuales que se han sometido a tratamiento de reasignación de sexo, como también de «aquellas personas transgénero que no se han sometido a un tratamiento de cambio autorizado por las autoridades o no desean someterse a tal tratamiento». Esta protección incluye a aquellas personas que, por diferentes cuestiones, no pueden obtener el cambio de nombre pese a estar en proceso de transición sexual (ap. 56 del *caso V. S. vs. Italia*).

4. Pese a que el artículo 8 CEDH tiene por objeto esencial la protección del individuo frente a las injerencias arbitrarias de los poderes públicos –obligaciones negativas–, su interpretación por parte del TEDH no se limita a este aspecto, sino que «a este compromiso negativo pueden añadirse obligaciones positivas inherentes a un efectivo respeto de la vida privada o familiar» (ap. 60 del *caso V. S. vs. Italia*; también ap. 60 de *caso Y. T. vs. Bulgaria*).

5. No está clara la frontera entre las obligaciones positivas y negativas del Estado en relación al artículo 8, pero «los principios aplicables en el caso de las primeras son comparables a los válidos para las segundas», lo que conduce a tener que valorar un «equilibrio justo» entre el interés general y los intereses del individuo. Esto conduce en buena parte de los casos analizados a que el TEDH realice una labor de ponderación entre uno y otro aspecto (ap. 60 del *caso V. S. vs. Italia*; ap. 65 del *caso Hämäläinen vs. Finlandia*).

6. En el *caso Hämäläinen vs. Finlandia*, el TEDH estableció «algunos elementos relevantes para la valoración de las obligaciones positivas de los Estados». Entre ellos, el impacto sobre las personas del «conflicto entre realidad social y derecho», la «coherencia de la práctica administrativa y jurídica con el ordenamiento interno», o

también «el impacto en el Estado de la obligación positiva» (ap. 66 del *caso Hämäläinen*).

7. El TEDH insiste en la necesidad de ponderación entre el interés general y los intereses de los individuos. Ahora bien, para realizar esta ponderación, el TEDH reconoce que los Estados tienen un «amplio margen de apreciación» en la regulación de las condiciones necesarias para el cambio de nombre (ap. 67 del *caso Hämäläinen*). Incluso, el Tribunal respeta las restricciones legales impuestas sobre dicha posibilidad en aras del interés público –preservación del principio de indisponibilidad del estado de las personas, garantía de la fiabilidad y la coherencia del estado civil, exigencia de seguridad jurídica, etc.– (ap. 61 del *caso V. S. vs. Italia*).

8. Sin embargo, dicho margen de apreciación es limitado cuando se trata del derecho a la identidad sexual de las personas, aspecto de los más íntimos de la vida privada (ap. 62 del *caso V. S. vs. Italia*).

9. En aras de este «justo equilibrio» del interés general y del interés personal, el TEDH, en su labor de ponderación, tiene muy en cuenta una serie de circunstancias relevantes: la regulación estatal del cambio de nombre y de sexo, los requisitos exigidos, el momento del tratamiento, si se ha efectuado total o parcialmente, si las dificultades son producto del sistema público de salud, la rigidez o no en la interpretación de los plazos o de los trámites, etc. (ap. 63-66 ss. del *caso V. S. vs. Italia*).

10. También, como hemos visto en el *caso Hämäläinen vs. Finlandia*, el margen de apreciación de los Estados en lo que se refiere a las obligaciones positivas puede ser amplio si no hay consenso en las legislaciones europeas, si hay un procedimiento claro de reconocimiento de la identidad de género o si plantea algún tipo de conflicto moral o ético entre las personas afectadas.

El TEDH, tanto en el *caso S. V. vs. Italia* de 11 de octubre de 1988, como en el *caso Y. Y. vs República de Turquía*, de 10 de marzo de 2015, el *caso Y. T. vs. Bulgaria*, de 9 de julio de 2020, o el *caso Rana contra Hungría*, de 16 de julio de 2020, llevó a cabo una aplicación lineal de esta estructura argumentativa para entrar a ponderar, de acuerdo con las circunstancias del caso, las actuaciones nacionales. En ambos litigios concluye que hay un exceso de rigidez que perjudicó a los demandantes. Conviene resaltar también que estos principios, especialmente, en lo que se refiere a las obligaciones positivas de los Estados, ha sido también ratificado en el *caso X. e Y. vs Rumanía*, de 19 de enero de 2021.

Como conclusión, este largo y prolijo estudio sobre las sentencias del TEDH relativas a personas transexuales permite afirmar que, pese a que el CEDH y otros documentos y tratados internacionales sobre derechos humanos no contemplan un derecho humano específico, se ha ido construyendo jurisprudencialmente un derecho a la identidad de género de forma paralela a que también se ha ido vertebrando otro

referido a la orientación sexual. En el análisis de los textos, se ha podido contemplar cómo no solo se identifica dicho derecho, sino también cómo se concreta su contenido, al tiempo que se perfilaban también las obligaciones negativas y positivas de los Estados y su margen de apreciación. Las personas transexuales tienen, así, un esquema básico sobre el reconocimiento oficial de la identidad de género, su derecho a la vida privada y familiar, su integridad física y psíquica, su derecho a la salud y a la jubilación correspondiente a su género, etc. Incluso, puede afirmarse también que el TEDH ha dado algún importante paso para reconocer también un derecho a la libre determinación de sexo y de género con el que completaría el marco general de los derechos de las personas LGBTIQ. Aunque este reconocimiento pudiera parecer un desiderátum, cabe que en los próximos años se materialice realmente, si no es legalmente, por lo menos por vía jurisprudencial.