

Evolución de la normativa y la jurisprudencia sobre los derechos de las personas LGBTI+

Evolution of LGBTI+ rights laws and jurisprudence

Elena PERIBÁÑEZ BLASCO

Universidad Rey Juan Carlos (España)
elena.peribanez@urjc.es

Recepción: Octubre 2021

Aceptación: Diciembre 2021

RESUMEN

El presente trabajo aborda la dispar evolución de la normativa y jurisprudencia para el reconocimiento de derechos a las personas LGBTI+ en la región europea. Las distintas recomendaciones realizadas por el Consejo de Europa y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no solo ofrecen una visión sobre cómo evoluciona la normativa, también el grado de aceptación social. Además, el análisis de los casos que llegan al Tribunal evidencia cuáles son las principales reticencias al reconocimiento pleno de derechos y libertades de las personas LGBTI+. Igualmente indican en qué Estados se evidencian las mayores intolerancias y fobias contra este colectivo o grupo social.

Palabras clave: discriminación, intolerancia, violencia, orientación sexual, identidad de género.

Clasificación JEL: K36, K49.

ABSTRACT

This paper addresses the different evolution of legislation and jurisprudence regarding the recognition of the rights of LGBTI+ people in the European region. The various recommendations made by the Council of Europe and the jurisprudence of the European Court of Human Rights not only offer an insight into the evolution of legislation, but also about the degree of social acceptance. In addition, the analysis of cases and Court sentences

reveals the main reluctance to fully recognize the rights and freedoms of LGBTI+ people. They also indicate in which States the greatest intolerance and phobias against this group or social group are evident.

74

Keywords: discrimination, intolerance, violence, sexual orientation, gender identity.

JEL Classification: K36, K49.



1. INTRODUCCIÓN

Desde principios de este siglo XXI, asistimos a un cambio socio-jurídico que se está produciendo a gran velocidad, en algunos países, pero que no está exento de riesgos de involución. Por el contrario, en otros lugares de nuestro entorno próximo ese cambio no sólo no termina de producirse, sino que cada vez hay esfuerzos institucionales mayores para evitar que se produzca. Dichos cambios, o más bien deberíamos decir que son evoluciones normativas y sociales que trata de aplicar *de facto* el derecho a la igualdad de todas las personas sin discriminación por ningún motivo, incluyendo la orientación sexual, la identidad de género o la diversidad corporal, entendida esta como intersexualidad.

En España, como europeos, nos gusta pensar que somos personas tolerantes y respetuosas con la diversidad, cualquiera que ella sea; pero los hechos y los datos recogidos sobre discriminación y violencia ejercida sobre personas lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, intersexuales y otras orientaciones y/o identidades de género (LGBTI+), evidencian que nuestra percepción no tiene por qué coincidir con la realidad de lo que acontece en la región europea. Tendemos a extrapolar lo que conocemos de la situación española, al resto del variado y amplio contexto europeo. España es uno de los Estados europeos mejor evaluados por la comunidad LGBTI+ por las leyes, políticas, prácticas y grado de aceptación social de “la diferencia”. El 8º de la región europea y 7º de la Unión Europea. No es un mal posicionamiento, aunque todavía hay un amplio margen para mejora. Hemos sido valorados con un 6,45 sobre 10, muy parecida a la valoración conseguida por Suecia, Finlandia o Noruega (Mena, 2021).

75

Las grandes diferencias culturales, religiosas y políticas que existen en la región europea tienen su reflejo tanto en el calado de las reformas hechas para la aceptación de la “diversidad sexual y de género”, como en el grado de reconocimiento de los derechos y libertades de las personas LGBTI+. Si en España, considerado un país *LGBTI friendly* y con unos niveles de aceptación social de la homosexualidad y de la identidad de género trans por encima de la media de la Unión Europea (EUROSTAT, 2019), hemos obtenido un 6,45 ¿qué grado de tolerancia podemos esperar en países como Polonia o Bielorrusia donde la puntuación no alcanza el 1,5? O peor aún, ¿de Estados como Rusia, Armenia, Turquía o Azerbaiyán donde la puntuación no llega ni tan siquiera al valor de 1? Estas variaciones también tienen su reflejo en la evolución de la normativa y sobre todo la jurisprudencia de los Estados, poniendo en evidencian dos cuestiones: por un lado, los avances en el reconocimiento de derechos básicos para poder llevar una vida digna y plena; por otro, las “lagunas” que existen en la puesta en práctica de tales derechos, incluso los retrocesos detectados en determinados lugares de nuestro contexto

europeo, caso de Rusia, Polonia o Hungría. Y aunque no se diga abiertamente, es obvio que los prejuicios y las intolerancias de estos países, suponen una barrera en la evolución del reconocimiento de derechos para las personas LGBTI+ en el seno del Consejo de Europa (CoE). Dentro de la Unión Europea el peso de los países más *lgbtifóbicos* es menor, lo que permite mayores avances *de iure* que facilitan una lenta progresión *de facto*.

La evolución de la normativa y sobre todo la jurisprudencia, ponen en evidencian dos cuestiones: por un lado, los avances en el reconocimiento de derechos básicos para poder llevar una vida digna y plena; por otro, las “lagunas” que existen en la puesta en práctica de tales derechos, incluso los retrocesos detectados en determinados lugares de nuestro contexto europeo por motivos políticos y religiosos (Datta, 2018). Los asuntos llevados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) nos exponen claramente cómo está siendo la evolución, dónde están las lagunas y qué países son actualmente la principal barrera a la consecución de una Europa tolerante y respetuosa de los derechos y libertades de todos, sin excepción. Ahora bien, no podemos obviar que la acción del TEDH y las respuestas del CoE siempre serán más lentas que la preocupante corriente de intolerancia *lgbtbifóbica* que está recorriendo Europa, alentada por la impunidad de situaciones extremas de violencia contra personas LGTBI+ como las sucedidas en la República de Chechenia en 2018, el descaro en las autoridades en la acción normativa de las autoridades armenias (2018), polacas y húngaras el pasado año, 2020, y en el actual 2021; así como el avance del discurso de odio explícitamente *lgbtbifóbico* en un número creciente de países como Albania, Armenia, Azerbaiyán, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, la República Checa, Estonia, Finlandia, Hungría, Italia, Letonia, la República de Moldavia, Macedonia del Norte, Polonia, la Federación Rusa, la República Eslovaca y Turquía (ILGA-Europe, 2021; Komidit, 2021 Mijatovi, 2019).

2. LAS INICIATIVAS DEL CONSEJO DE EUROPA (CoE)

El CoE es una organización intergubernamental de ámbito regional creada al objeto de «salvaguardar y promover los ideales y principios que constituyen su patrimonio común», así como para «la salvaguardia y la mayor efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales» (arts. 1.a y 1.b del Estatuto de Londres, respectivamente), entre otras cuestiones. No podemos sustraer su génesis como institución del contexto histórico y sociopolítico en el cual se crea, la reconstrucción de Europa tras la Segunda Guerra Mundial y la vivencia de unas situaciones de crueldad y violencia extrema¹. Esos ideales y principios aludidos se encuentran recogidos en el Estatuto fundacional, principios que han de ser garantes de «la libertad individual, la libertad política y el imperio del Derecho, principios sobre los cuales se funda toda auténtica democracia». Así pues, el ideario que mueve al CoE, y a sus Estados



miembros, son la democracia representativa, basada en la libertad política; el Estado de Derecho o imperio de la ley; y el respeto a los derechos humanos y los derechos fundamentales. Todo ello en línea con lo planteado por otras organizaciones internacionales contemporáneas, ya sean de carácter global como Naciones Unidas o de carácter igualmente regional, como la Organización de Estados Americanos (OEA). Como en las otras grandes organizaciones internacionales, caso de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la alusión explícita a cuestiones relativas a la protección de derechos de personas LGBTI+ es tardía, contando con un elemento común que se materializa formalmente en los años 90: la lucha contra la intolerancia (Peribáñez, 2019).

La Primera Conferencia sobre Intolerancia en Europa tuvo lugar en 1981 (5 y 6 de mayo). Tras ella, el Comité de Ministros del CoE hicieron una declaración, “Una amenaza para la democracia”, en el que se condenaban «todas las formas de intolerancia, así como los actos de violencia que [estas] provocan». Dicho documento político puso en evidencia, ya entonces, la necesidad de abordar la cuestión de la intolerancia más allá de un marco teórico, para intentar poner freno a las formas de expresión violentas de las intolerancias prejuiciosas que comenzaban a manifestarse en algunas áreas de Europa. La lucha contra la intolerancia aborda originariamente cuestiones relacionadas con el racismo, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia en general, como fórmula abierta que permitirá ir abordando de forma progresiva otras motivaciones. Entre las “otras motivaciones” que se van evidenciando a lo largo del tiempo encontraremos la orientación sexual y, mucho más tardíamente, las relacionadas con identidades de género *trans*. Durante la Segunda Conferencia sobre la Intolerancia (1989), se dejó constancia de que: «la situación europea en el tema de intolerancia no solo no ha[bía] mejorado demasiado durante esta década [de los 80], sino que se ha[bía] deteriorado considerablemente» (Fundación Encuentro, 1991)². Desde el CoE se advirtió entonces de los peligros derivados de la polarización política que se estaba produciendo en Europa, del aumento de la intolerancia y la violencia prejuiciosa aparejada, aunque no convino explicitar públicamente a qué se debía tal «clima de intolerancia». Evidentemente, estábamos y estamos ante un compendio de factores sociopolíticos (geopolíticos) y también económicos, por qué no decirlo, puesto que en situaciones de crisis es habitual la búsqueda de chivos expiatorios que siempre serán “los otros”. En materia de intolerancia, la principal atención se centró, y así sigue, en el racismo y la xenofobia; en tanto que las intolerancias “basadas en género”, como las violencias sobre las mujeres y la personas LGBTI+, se moverán en los foros públicos internacionales en un segundo plano. Las cuestiones LGBTI+, casi a rebufo de la acción principal en materia de “igualdad de género”.

Así pues, en la región europea los órganos del CoE trabajarán parsimoniosamente en el reconocimiento y respeto de los derechos de las personas LGBTI+, para evitar barreras

internas derivadas del posicionamiento prejuicioso de ciertos Estados. En este sentido, el Comité de Ministros del CoE ha realizado diversas Recomendaciones, Declaraciones y Resoluciones específicas en materia de orientación sexual, transexualidad y, más recientemente, sobre intersexualidad, en respuesta a las recomendaciones hechas desde su Asamblea Parlamentaria y desde el Congreso de los Poderes Locales y Regionales. Ocasionalmente, el Secretario General y el Comisario para los Derechos Humanos han realizado también declaraciones condenando la *lgbtifobia* y las discriminaciones por orientación sexual e identidad de género, particularmente en los últimos años. En este punto, es importante recordar que la orientación sexual y la identidad de género no figuran expresamente en la lista de motivos o razones de discriminación prohibidas por el art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), ni en su Protocolo 12, sobre prohibición general de la discriminación. Sin embargo, esto no ha sido obstáculo para que el TEDH haya ejercido su acción para seguir avanzando en la consecución efectiva de la igualdad, pronunciándose sobre distintos aspectos de la cuestión de la discriminación de personas LGBTI+ y, por extensión, en la prohibición de discriminar por motivos de orientación sexual e identidad de género. Ya a finales del siglo pasado el TEDH aclaró que la lista del art. 14 del CEDH no es sino orientativa (STEDH de 21 de diciembre de 1999, sobre el asunto *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*), cuestión que ha reiterado en varias sentencias del Tribunal (STEDH).

Empezaremos repasando los principales hitos del CoE para frenar la discriminación de las personas LGBTI+, antes de revisar la jurisprudencia.

2.1 Las primeras Recomendaciones del CoE sobre discriminación

Las primeras recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria del CoE al Comité de Ministros se producirán tras la celebración de las Conferencias sobre Intolerancia antes mencionadas, ambas en la década de los años 80. En la primera de ellas se aborda el tema más “sencillo”, el de la orientación sexual; dejando para la segunda la aproximación al asunto más “complejo”, por los enfrentamientos que provoca, que es el de la “identidad de género *trans*”.

2.1.1 La Recomendación 924(1981), sobre discriminación contra los homosexuales

En la Recomendación 924(1981), sobre “discriminación contra los homosexuales”, se hizo un llamamiento al compromiso de los Estados para «la protección de los Derechos Humanos y la abolición de todas las formas de discriminación». A pesar de los esfuerzos legislativos hechos para eliminar la discriminación que sufrían las personas homosexuales en la región europea, todavía había territorios en los que la discriminación directa era evidente e incluso podía hablarse de «opresión»; dado que en algunos Estados la homosexualidad, o sus actos continuaban tipificados como «delito». Más aún, se conocía que algunas policías mantenían en sus archivos información sobre personas “identificadas” como homosexuales (y aún mantienen en la actualidad); o que la judicatura de esos Estados impedía a estas personas el ejercicio de derechos, como los



de custodia o visita de sus hijos menores, sobre la única consideración de sus «tendencias sexuales».

Con esta recomendación, por primera vez se reconoce en la Asamblea que las personas adultas, hombres y mujeres, tienen el «derecho a la autodeterminación sexual» (párr. 5), por lo que los actos homosexuales consentidos entre personas adultas deben dejar de ser perseguidos y abolirse las normas que criminalizan a estas personas, calificándolas como «supervivientes de varios siglos de prejuicios» por su condición. La Asamblea urgió a los Estados donde se criminalizaba la homosexualidad entre adultos a que fueran derogadas las normas que prohibían y castigaban tales prácticas; y a que se aplicase la misma edad de consentimiento para los actos sexuales homosexuales que para los actos sexuales heterosexuales. Explícitamente se pidió ya entonces la destrucción de archivos policiales, la eliminación de prácticas de vigilancia y recopilación de información, así como a la finalización de las prácticas médicas de carácter obligatorio que se realizaban para «alterar la orientación sexual de personas adultas»; puesto que la homosexualidad hacía años que había sido descatalogada como enfermedad mental³.

79

2.1.2 Recomendación 1117(1989) sobre “las condiciones de los transexuales”.

A finales de la década de los años 80, uno de los asuntos tratado por el TEDH y los debates en el Parlamento Europeo sobre la “identidad” de las personas sometidas a cirugías de reasignación de sexo, harán que se traten en la Asamblea del CoE los derechos de las personas *trans* (transgénero/transexuales). Así, por un lado, en el *asunto B. Contra Francia* (no. 133343/87), el Tribunal puso en evidencia la necesidad de que se adoptaran medidas para el reconocimiento legal de aquellas personas que se habían sometido a una intervención quirúrgica de reasignación de sexo. Estas personas necesitaban cambios en sus documentos identificativos, a fin de poder preservar su derecho a la intimidad (este asunto no tendrá sentencia hasta 1992). Por otro lado, se estaban produciendo debates que en el seno del Parlamento Europeo sobre este tema. Unos debates que darían lugar a la aprobación Resolución sobre la condición de la transexualidad y las personas transexuales⁴. En este contexto, la Asamblea adoptará la Recomendación 1117(1989), de 29 de septiembre de 1989, sobre “las condiciones de los transexuales”. Desde la perspectiva actual, llama la atención la forma en que se hace el abordaje y la terminología empleada, muy distinta la actual. El asunto abordado bajo el título de “condiciones de los transexuales” no es otro que el del reconocimiento de la “nueva identidad sexual” de aquellas personas tratamiento que ha de hacerse con relación al «transexualismo». La resolución define esta «condición» como: «un síndrome caracterizado por una personalidad dual, una física, la otra psicológica, junto con la profunda convicción de pertenecer al otro sexo». Pese a la laxitud y falta de ambición de la recomendación, se vendrá a reconocer la necesidad de *armonizar* la discrepancia que existe entre su «apariencia física» y toda la documentación identificativa que conforma la personalidad jurídica de aquellas personas que se han

sometido a un proceso de reasignación sexual: clasificación identificativa de su sexo y nombre (partida de nacimiento, documento de identidad, etc.). De ahí que la Asamblea recomiende al Comité de Ministros que «redacte una Recomendación invitando a los Estados miembros a introducir normativa por la cual, en el caso de transexualismo irreversible», se rectifique el sexo en las partidas de nacimiento y documentación identificativa y se autorice el cambio de nombre. Estas acciones protegerán la vida privada de esas personas, para las que habrá de prohibirse discriminación. Una recomendación que se adoptaría cinco años más tarde, tras esperar a que el TDEH emitiera sentencia sobre el asunto *B. Contra Francia* y tras realizar varias consultas al Comité Europeo de Cooperación Legal y al Comité para los Derechos Humanos (CDDH). El tema del reconocimiento legal de la transexualidad, de la nueva identidad sexual de las personas transexuales, no fue pacífico. Aunque el TEDH evidenciase la necesidad de introducir cambios legales que permitiesen a las personas transexuales tener la posibilidad de cambiar los registros para preservar su derecho a la privacidad y no ser expuestas a humillaciones y discriminación por la discordancia documental, el Comité estaba dividido respecto del fallo del Tribunal: «no hay un amplio consenso en esa materia entre los Estados miembros del Consejo de Europa» (párr. 2). Una falta de consenso sobre el tema que se arrastra hasta nuestros días, cuando se atribuye la transexualidad a una cuestión denominada por ciertos sectores como parte de la “ideología de género”.

2.2 Nuevas recomendaciones para un nuevo Siglo

Con el comienzo del Siglo XXI se intentará avanzar en el reconocimiento de derechos y libertades fundamentales de las personas LGBTI+ en todo el territorio europeo. En realidad, no se trata de un fenómeno regional sino global, promovido desde Naciones Unidas. Como veremos, resultará más fácil seguir avanzando en los asuntos relacionados con la orientación sexual, que en aquellos que atañen a personas transexuales e intersexuales.

2.2.1 Recomendación 1474 (2000) sobre “la situación de gays y lesbianas en los Estados miembros del Consejo de Europa”

Las disparidades en el tratamiento de los asuntos relativos al reconocimiento y respeto de derechos de personas heterosexuales y personas LGBTI+ en el seno de la región europea se evidencia claramente en la Recomendación 1474 (2000) sobre “la situación de gays y lesbianas en los Estados miembros del Consejo de Europa”. En ella se recrimina la falta de acción por parte de ciertos Estados, donde estas personas «son percibidas como una amenaza al resto de la sociedad», una percepción social promovida por quienes manifestaban «que había peligro de que la homosexualidad se extendiera una vez se reconociera» (párr. 2). Una homofobia que estaba siendo propagada en Europa por «ciertos políticos y líderes religiosos» (párr. 3), tal y como reconoce la propia recomendación. La recomendación 1474(2000) vino recordar a las autoridades dos cuestiones relevantes: por un lado, la recomendación hecha en la Opinión No. 216



(2000) sobre el borrador del Protocolo No. 12 al CEDH para que se incluyese «la orientación sexual entre los motivos prohibidos de discriminación, considerando que es una de las formas más odiosas de discriminación». Un reconocimiento a que esta es una de las características incluida en la lista abierta del art. 14 del CEDH. Por otro, que vistas las sentencias y posicionamiento del TEDH sobre el hecho de que prohibir las relaciones sexuales entre personas adultas conculca el derecho a la intimidad (art.8 CEDH), se pide la eliminación de las normas que criminalizan estos actos. En base a estas cuestiones, la Asamblea del CoE pidió al Comité que se adoptasen normas donde explícitamente se prohibiese la discriminación de las personas por su orientación sexual y se despenalizasen tales comportamientos en toda Europa; llamando la atención particularmente sobre los comportamientos homofóbicos y discriminatorios detectados en centros educativos, en el sistema sanitario, la policía y el sistema judicial de algunos Estados.

El Comité, para preparar una réplica a la recomendación de la Asamblea decidió pedir consulta a la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), una forma de reforzar las posiciones favorables frente a aquellos Estados reticentes a tratar estos asuntos⁵. La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, aparte de estar de acuerdo de forma rotunda con la Asamblea, apreció que el «clima homofóbico» existente en algunos Estados a los que no señala, era, y es, «indicador del grado de intolerancia que puede prevalecer en una sociedad». Para luego hacer una propuesta al CEDH poco contundente de la necesidad de abrir el debate interno sobre el Protocolo 12; e invitando al CoE a establecer acciones contra «todas las formas de discriminación», entre las que habrán de incluirse la orientación sexual y la identidad de género entre los motivos protegidos.

81

2.2.2 Recomendación 1470(2000) sobre “la situación de los gais y lesbianas y sus parejas en materia de asilo e inmigración en los Estados miembros del Consejo de Europa”

Una de las cuestiones en torno a las que estaba surgiendo un debate era la relativa a las amenazas de graves abusos y violencia, así como a la persecución o “fundado temor” de las personas LGBTI+ migrantes que llegaban a Europa buscando asilo o refugio. Tal y como se expresa en el título de Recomendación 1470(2000), la disparidad de criterios empleados por los Estados del CoE hacía necesario el debate y la adopción de medidas. Entre otras cuestiones, en esta recomendación se pide a los Estados empezar a recoger datos sobre abusos a personas por su condición de homosexualidad y a cooperar en materia de asilo y migración. De manera ambiciosa, se pide la adopción de medidas que permitan asegurar a las parejas de gais y lesbianas de distintas nacionalidades, que tengan los mismos derechos de residencia que las personas nacionales de un Estado del CoE. En su escueta réplica a la Asamblea, el Comité avanza la necesidad de que sean los expertos legales quienes aborden el derecho de reunión familiar de las parejas

homosexuales en materia migratoria, así como las cuestiones relativas a la concesión de condición de refugiado o derecho de asilo de estas personas. Lo que vino a equivaler a no hacer nada.

2.3 Las Recomendaciones y Resoluciones de 2010 sobre la “discriminación” basada en la orientación sexual y la identidad de género, y el “discurso de odio”

En la primavera de 2010 se intentó dar un nuevo impulso a la defensa de los derechos de las personas LGBTI+ y adoptar medidas para frenar el preocupante crecimiento de las violencias intolerantes, los denominados “delitos de odio”. Así, en marzo de 2010, se aprobó la Recomendación CM/Rec(2010)5 del Comité de Ministros del CoE. La recomendación será referente no solo en la región europea, también a escala global, por tratarse del primer instrumento internacional aprobado para combatir la discriminación de personas LGBT (la intersexualidad no está en agenda todavía), asegurar el respeto de los derechos humanos de estas personas y promover la tolerancia. Poco después, en abril, la Asamblea adoptará una nueva Resolución y una Recomendación, en un intento de que el Comité no detenga el camino emprendido.

82

2.3.1 Recomendación CM/Rec(2010)5

Para intentar poner coto a las reticencias de algunos Estados sobre las cuestiones de la orientación sexual y la identidad de género, en la Recomendación CM/Rec(2010)5 se recuerda el principio por el cual «ni los valores culturales, tradicionales ni religiosos, ni las reglas de la “cultura dominante” pueden invocarse para justificar el discurso de odio o cualquier forma de discriminación, incluida la motivada por orientación sexual o identidad de género». La “cultura dominante”, en este tema, la “heteronormativa”, ya sea con raíces religiosas cristianas o musulmanas, debe cesar en la conculcación de derechos de las personas no heteronormativas (o que no son estrictamente heterosexuales, incluidas las no cisgénero). La premisa básica es que todos los seres humanos son iguales en dignidad y derechos. Este era un recordatorio necesario dado que, en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, la orientación sexual y la identidad de género no aparecen recogidos de forma explícita entre los motivos prohibidos de discriminación del art. 14 CEDH; como tampoco se recoge en su Protocolo nº 12, sobre prohibición general de la discriminación. Este ha sido siempre el asidero al que se han agarrado los Estados *lgbtifóbicos* para justificar sus acciones intolerantes o la falta de actuación en el reconocimiento de derechos y libertades. Estos Estados han ignorado de forma reiterada los pronunciamientos hechos por el TEDH, sobre la protección que el art. 14 del CEDH se extiende también a las personas LGBTI+, ya sea por su orientación sexual (*Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*), o por su identidad de género (*Goodwin v. Reino Unido*). Como también ignoraban deliberadamente los pronunciamientos hechos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre estos asuntos, al señalar que el art. 9 y 10 del Tratado de Funcionamiento de la UE y el art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE no permiten la discriminación de personas



LGBTI+ (con sentencias anteriores a las del TEDH, como la del caso *P. v. S. y Cornwall County Council*, con sentencia de. 30 de abril de 1996).

Con la Recomendación se “invita” a los Estados a revisar su legislación, sus políticas y sus prácticas. Una revisión necesaria para poder eliminar las normas y cláusulas existentes que pueden causar discriminación, directa o indirectamente, tanto de forma colectiva como individual; luchar contra la discriminación existente y atender a las víctimas de violencias intolerantes, garantizando que tienen acceso “efectivo” a recursos legales. A ellos suma dos cuestiones relevantes: la interseccionalidad presente en las discriminaciones y violencias ejercidas contra personas LGBTI (como la edad, la nacionalidad, etnia, etc.) y el necesario conocimiento y apoyo de las cuestiones de orientación sexual e identidad de género por parte de las estructuras nacionales dedicadas a la protección de los derechos humanos (organismos de igualdad y defensores del pueblo). En este punto, no tiene cabida un abordaje intensivo, pero sí una anotación respecto de algunas cuestiones que consideramos relevantes. Así, en materia de derecho a la vida, a la seguridad y a la protección contra la violencia se pide la introducción de actuaciones concretas en materia de «delitos de odio y otros incidentes motivados por odio», que comprenden sucesos violentos, tanto si están tipificados como delitos o no; y de «discurso de odio». En este caso, buscando reforzar la implementación de dos Recomendaciones aprobadas en 1997 encaminadas a crear conciencia en la importancia del lenguaje para frenar aquellas manifestaciones que, al supuesto amparo de la libertad de expresión, son discursos que incitan al odio (Recomendación R(97)20) y con él a la violencia; así como al papel de los medios en la promoción de una “cultura de la tolerancia” (Recomendación R(97)21).

83

Como consecuencia del primer ciclo de revisión del grado de implementación de las medidas solicitadas en la Resolución CM/rec(2010)5, llevado a cabo entre 2012 y 2013, la Unidad sobre Orientación sexual e Identidad de Género del CoE ha ido dando pasos para el abordaje de cuestiones más concretas. Ni que decir tiene que este tipo de revisiones no son obligatorias y se hace referencia teórica a la implementación, por ello hay Estados que autodefinen su implementación como “muy adecuada” (caso de Suecia, Dinamarca o España) y donde los datos refrendan la valoración; en tanto que la mayoría la califican como “adecuada” (caso de Polonia, Rumanía, o Hungría), cuando los datos oficiales no avalan esa afirmación (EUROSTAT, 2019). Pocos se atreven a admitir que su labor de implementación ha sido “insuficiente”, en realidad solo uno, Bosnia-Herzegovina; el resto se limitan a no contestar, como la Federación Rusa, Turquía o Ucrania⁶. En estos momentos nos encontramos en el segundo ciclo de revisión, 2018-2019, para volver a evaluar los avances en la implementación logrados por los Estados más reticentes.

2.3.2 Resolución 1728 (2010) de la Asamblea sobre “Discriminación en base a la orientación sexual e identidad de género”

También la Asamblea manifestó su preocupación por «los discursos de odio de ciertos líderes políticos, religiosos y de la sociedad civil» en su Resolución 1728 (2010) sobre “Discriminación en base a la orientación sexual e identidad de género”. A la luz de los datos que se estaban recogiendo ya sobre “violencia de odio”, la Asamblea pidió una mayor respuesta debido a las grandes disparidades en acción y resultados entre los diversos Estados, aunque no se atreve a señalarlos directamente. Una respuesta que pasa por el conocimiento de lo que sucede: investigación de los sucesos, mejora de las líneas de denuncia, publicación de resultados, incluidas las sanciones. Y, específicamente, la especial atención de personas LGBTI+ cuando están privadas de libertad o bajo responsabilidad directa de las autoridades del Estado, por ser particularmente vulnerables, no solo frente a otros detenidos, también frente a la acción de algunos funcionarios públicos⁷.

84

El repaso a las situaciones de vulnerabilidades y falta de derechos de las personas LGBTI+ que hace la resolución 1728(2010), son los que luego veremos recogidos en las sentencias del TEDH. Es el caso de la falta de reconocimiento del derecho al respeto de la vida privada y familiar y a lo que ésta representa y concierne. O de la libertad de asociación, muy ligada a otra de las cuestiones como es la libertad de expresión y de reunión pacífica, (recogidas en los art. 10 y 11 del CEDH). Sobre este asunto, la resolución hace un recordatorio a los Estados de lo importante que es expresar y poder compartir la propia identidad para conseguir la inclusión social y la aceptación de la existencia de una diversidad hasta hace poco invisibilizada institucionalmente. Se trata de acabar con los abusos, por parte de ciertos Estados, «de las nociones de orden público, moral pública, salud pública o seguridad pública para limitar el derecho a la libertad de asociación»⁸. A lo que trata de poner coto es, por ejemplo, a las actuaciones que «penalizan el debate y expresión públicos de la homosexualidad, como es el caso de la prohibición de las “manifestaciones del orgullo”» (Documento 11153/13, párr. 15.), por poner un ejemplo de los incluidos en la “Directrices para promover y proteger el disfrute de todos los derechos humanos por parte de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales (LGBTI)” del CoE.

La Resolución 1728 (2010) de la Asamblea, pone en pie de igualdad las tres variaciones de la orientación sexual que se referencian habitualmente en el ámbito de la denominada “diversidad sexual”. Así, «La Asamblea Parlamentaria recuerda que la orientación sexual, la cual incluye la heterosexualidad, bisexualidad y homosexualidad, es una parte íntima de todos y cada uno de los seres humanos» (párr. 1). Si bien no reconoce el texto una cuarta opción, la “asexualidad”, aquellos casos en los que la persona no sienta atracción sexual, aunque sí puedan darse atracciones afectivas o románticas (Álvarez, 2010).



2.4 El posicionamiento de la Asamblea del Consejo de Europa ante la discriminación de las personas trans e intersexuales

A pesar de que habitualmente se hace referencia en los textos ligando la orientación sexual y la identidad de género –en base al imaginario en el que existe un llamado “colectivo LGBTI+” homogéneo–, estamos frente a dos cuestiones diferentes que a veces se entrecruzan. Son dos realidades diferenciadas, con necesidades distintas y con grados de tolerancia y aceptación según países muy desiguales, habitualmente menor en el caso de las personas *trans*. De ahí que, cada vez sea más frecuente encontrar disposiciones que abordan estas cuestiones de forma diferenciada: por un lado, los asuntos relativos a las personas *trans* y, por otro, los que afectan a las personas intersexuales. El hecho de que la transexualidad siga apareciendo en los manuales diagnósticos como una patología y que la intersexualidad siga siendo un tema tabú en algunos entornos culturales y familiares, no favorecen la comprensión, la empatía o la integración social.

No será hasta 2015 cuando la Asamblea del CoE habrá un debate específico para abordar la discriminación de las personas *trans* y aprobar una Resolución exclusiva sobre la discriminación de estas personas: la Resolución 2048 (2015). La Resolución evidencia que, aunque son muchos los Estados que han ido adoptando legislaciones para el reconocimiento jurídico (registral) del “género sentido” como diferente al “sexo registrado al nacer”, todavía son muchos aquellos donde se producen: trabas administrativas para dificultar o imposibilitar los cambios registrales (caso del llamado “test de vida real”)⁹. Esto dificulta, cuando no impide, la autodeterminación de estas personas y la construcción de su proyecto vital, atentándose a su dignidad. Curiosamente, esta Resolución 2048(2015), no alude a la Resolución aprobada por el Consejo de Naciones Unidas sobre estos temas en 2011; como tampoco referencia el vuelco que dio la jurisprudencia sobre cuestiones de relativas a la transexualidad y su reconocimiento jurídico en tras sentencia del TEDH sobre el asunto *Christine Goodwin v. Reino Unido*. En esa sentencia de 2002, el tribunal ya se expuso que: «Existe un conflicto entre la realidad social y el derecho que coloca a la persona transexual en una posición anómala, en la que él o ella puede experimentar sentimientos de vulnerabilidad, humillación y angustia» (párr. 77). Es más que un sentimiento, es una realidad que sí reconoce la Resolución cuando apunta que hay «dificultades de acceso al trabajo, a los servicios sanitarios» (discriminación), así como otras formas de violencia intolerante que sufren estas personas «discurso de odio, delitos de odio, acoso, violencia física y psicológica» (párr. 1). Es por ello que se pide la adopción de medidas para el reconocimiento legal de su género (incluso catalogable como un posible “tercer género”, mediante procedimientos rápidos y de fácil acceso); la adopción de normas y políticas antidiscriminatorias específicas para personas transgénero y transexuales; así como otras medidas concretas sobre cuestiones sanitarias (tratamientos de reasignación

y cuidados de su salud: hormonales, cirugías, tratamiento psicológico y prevención del suicidio, etc.) y facilitadoras de su acceso y permanencia en el mercado laboral.

Si en Europa la transexualidad ha sido un asunto controvertido, lo relativo a la intersexualidad podríamos decir que ha sido un asunto obviado por desconocido. Hasta fechas recientes ha quedado, y sigue quedando, básicamente en conocimiento de unos círculos reducidos (eminentemente médicos), siendo un asunto tabú y ocultado en buena parte de las sociedades, para supuestamente evitar las consecuencias de la estigmatización, o confundido y tomado por transexualidad. No será hasta 2017 que la Asamblea del CoE proponga medidas para paliar la discriminación de las personas intersexuales y promover los derechos humanos de estas personas dentro de la región europea, mediante la aprobación de la Resolución 2191(2017) y la Recomendación 2116(2017).

86

La Asamblea del CoE, consciente del gran desconocimiento social y médico de lo que sucede con los menores intersexuales y a la luz de los datos arrojados por un estudio realizado en Alemania (Klöppel, 2016), decide abordar el tema de la protección de la integridad física y autonomía o autodeterminación corporal de las personas intersexuales¹⁰. En estos últimos años (2015-2019) un número creciente de Estados del CoE, han comenzado a pronunciarse sobre la forma de proteger los derechos de las personas intersexuales, caso de Suiza, Alemania o Francia (en vías en España). No se trata solamente de abordar las cuestiones relativas a tratamientos médicos (cirugías), también el acceso a historiales, posibilidad de cambios en la documentación y registros (reconocimiento de un “tercer género o sexo registral”, o bien permitir la no definición, en línea con los abordajes hechos en Australia y Nueva Zelanda, lo cual, a su vez tiene repercusiones en otras cuestiones legales como derechos al matrimonio, adopción, etc.). Están en tela de juicio si la permisividad de los Estados ante este tipo de tratamientos tiene como consecuencia la conculcación del artículo 3, prohibición de la tortura (por la realización de cirugías innecesarias que causan secuelas y daños secundarios de por vida), y del artículo 8, derecho al respeto a la vida privada y familiar –el concepto de privacidad incluye el reconocimiento jurídico de la gestión autónoma del cuerpo, el proyecto de vida y la sexualidad de la persona–; además del art. 14, prohibición de discriminación, del CEDH. Ahí encontramos la gran diferencia de la intersexualidad respecto del abordaje de los temas ligados a la orientación sexual, personas LGB, y las personas *trans*.

Sobre la base del derecho de los menores a su integridad física y autodeterminación corporal, la Resolución 2191(2017), pide a los Estados de la CoE la prohibición de actuaciones médicas innecesarias en menores intersexuales, es decir, que se intervenga exclusivamente en aquellos casos donde hay un riesgo inmediato para la vida, esperando hasta que el menor pueda participar en la decisión en base su derecho de autodeterminación y el principio del libre consentimiento informado. Un consentimiento



que, en tanto que posible, sea dado por la persona intersexual tras haber sido plenamente informada de todas las consecuencias derivadas de esos tratamientos (Ortiz y Burdiles, 2010). En esta línea, se pide hacer llegar un mensaje claro a los profesionales de la medicina: «los cuerpos intersexuales son el resultado de variaciones naturales en el desarrollo sexual y como tales no necesitan ser modificados» (párr. 7.1.6). Dicho de otra forma, lo artificioso es seguir “imponiendo” el binarismo en la identidad sexual de las personas intersexuales, la diversidad debe ser reconocida legalmente como tal y protegida (mediante la ilegalización o prohibición de las llamadas cirugías de “normalización sexual”). Además, esto lleva aparejada la necesidad de adaptar todo el apartado que incide en el estatus civil de estas personas (registro de nacimiento, documentos identificativos), de forma que su derecho a la vida privada sea respetado y, con ello, facilitando que no sean objeto de discriminación.

2.5 El reconocimiento de las “familias arcoíris”

En la medida en que los distintos Estados de la CoE (como sucede en la Unión Europea, UE) presentan realidades muy distintas en cuanto a reconocimiento y protección de derechos de las personas LGBTI+, estas realidades sociales y normativas tienen su impacto en los núcleos familiares donde uno o varios de sus miembros lo son. Hemos ido referenciando los pasos dados, mediante resoluciones y recomendaciones, para que se produzcan avances en el reconocimiento de derechos, lucha contra la violencia y la discriminación de las personas LGBTI+ en toda la región europea y, muy particularmente en aquellos que fuera de la Unión Europea presentan unas actitudes más reticentes y opuestas a ello (Rusia y países de su entorno socio-cultural o área de influencia).

87

Desde la Recomendación 1474 (2000) hasta que, a finales de 2018, se aprobase la Resolución 2239 (2018), en todas ellas se y han ido introduciendo cuestiones con incidencia directa e indirecta en la vida familiar de las personas LGBTI+. Sobre la base del art. 8 del CEDH, así como de los pasos dados en estas recomendaciones y resoluciones, el TEDH ha ido aclarando con su jurisprudencia los estándares contenidos en dichos actos. Desde cuestiones básicas, como las relaciones entre personas del mismo sexo, el matrimonio o fórmula equivalente (uniones civiles), derecho de adopción (o co-adopción), acceso a la reproducción asistida, etc. «Sin embargo, estos avances hacia una mayor igualdad para las familias arcoíris a veces han estado acompañados por las protestas de algunas partes de la sociedad» (Gunnarsson, 2016:4). En efecto, las cuestiones relativas al reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo han ocasionado fuertes reacciones por parte de los sectores más conservadores en distintos países (Francia, Hungría, Croacia, Rusia, entre otros) manifestando su no aceptación e intolerancia al considerar que se estaba “atacando” el modelo tradicional de familia al permitir ese derecho (art. 12 CEDH). Con la aprobación, en octubre de 2018, de la Resolución 2239 (2018), sobre vida privada y

familiar: logrando la igualdad sin importar la orientación sexual, se da un nuevo impulso para que las parejas constituidas por personas del mismo sexo vean reconocidos los mismos derechos y deberes que tienen las parejas de distinto sexo en cada Estado, al constituir igualmente un núcleo familiar.

3. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGBTI

Como apunta Cano: «desde los años ochenta del siglo XX el Tribunal de Estrasburgo ha venido construyendo una jurisprudencia rica y variada sobre los distintos problemas a los que se enfrentan las personas lesbianas, gais, transexuales y bisexuales (LGTB)» (Cano, 2015:136). Se observa una evolución que permite adaptar la interpretación del texto del CEDH a la realidad social europea, particularmente en la segunda década del siglo XXI, pero que comenzó mucho antes, en los años 50, aunque cobrará fuerza en los 80. Una adaptación no exenta de polémica en el caso que nos ocupa puesto que, en algunos Estados, como son los del Este de Europa los prejuicios de tipo cultural y religioso los llevan a interpretar la extensión de la prohibición de no discriminar a las personas por su orientación sexual e identidad de género, como un derecho «nuevo» no contenido en el CEDH, generando una «oposición generalizada y significativa» (McGoldrick, 2016:614), con fuertes tensiones que marcan diferencias también dentro de la región europea.

En cuestiones de orientación sexual, hay un antes y un después de la sentencia *Dugeon v. Reino Unido*, de 22 de octubre de 1981, en este caso, por 15 votos a 4, el tribunal entendió que la penalización de las relaciones homosexuales consentidas entre personas adultas mantenidas en privado, criminalizadas conforme a la legislación penal aplicable en Irlanda del Norte, colisionaba con el derecho a la vida privada de estas personas, protegida por el art. 8 del CEDH. No señala la sentencia que las personas homosexuales hayan sido tratadas de forma discriminatoria respecto de las personas heterosexuales cuando mantienen relaciones sexuales (art. 14), sino que sitúa las relaciones sexuales consentidas entre personas adultas en la esfera de lo privado y, por ello, amparadas en el art. 8. Este criterio será nuevamente aplicado en las sentencias de los casos *Norris v. Irlanda*, de 26 de octubre de 1988; y en *Modinos v. Chipre*, de 22 de abril de 1993. En los tres casos, aunque los demandantes no hubieran sido objeto directo de las normas penales de sus Estados relativas a las prácticas homosexuales, el mero hecho de que la ley existiera les hacía víctimas potenciales de una violación de su derecho a la vida privada. Como apunta el TEDH en *Dugeon v. Reino Unido*, las relaciones sexuales pertenecen a la «esfera íntima y vulnerable de la vida privada de un individuo» (§108).

También en materia de identidad de género trans, o transexualidad, hay una sentencia referencial: la sentencia del asunto *Goodwin v. Reino Unido*, de 11 de julio de 2002. En



este caso, en relación con el derecho al matrimonio (art. 12). El TEDH protegía el matrimonio tradicional entre personas de distinto sexo (hombre mujer). En este caso entendió el tribunal que Christine Goodwing, al haberse cambiado el sexo de nacimiento (hombre) ya no pertenecía al mismo sexo biológico de la persona con la que quería casarse, puesto que ahora sus características sexuales eran de mujer (conforme a su identidad sentida). Estamos frente a un caso de matrimonio entre un hombre cis y una mujer trans, pero no transgénero sino transexual, es decir, operada. La sentencia no establece derechos generales al matrimonio por parte de personas transexuales, más aún, el TEDH entiende que, salvo que la norma interna de un Estado diga lo contrario, el matrimonio, tal y como lo entiende el CEDH en su texto es un derecho que reconoce a un hombre y una mujer en edad núbil. Lo que sucede en el caso *Goodwin v Reino Unido* es que el TEDH abandona por primera vez el criterio del sexo biológico de nacimiento para definir el matrimonio. El hecho de que uno de los integrantes del matrimonio esté inhabilitado para procrear no es un obstáculo para el reconocimiento del derecho a contraer matrimonio (§100). No es que Goodwing fuera el primer caso donde la demandante era una persona transexual, pero en otras sentencias como *Van Oosterwijk v. Bélgica*, de 27 de febrero de 1980, *Rees v Reino Unido*, del 24 de enero de 1986, o *Cossey v. Reino Unido*, del 27 de septiembre de 1990, el TEDH no falló a favor de los demandantes.

Por su extensión, no podemos hacer aquí un detallado análisis de la jurisprudencia del TEDH caso por caso, pero consideramos oportuno ver sobre qué asuntos se ha pronunciado el tribunal, porque nos da la medida de las discriminaciones más frecuentes a las que se ven sometidas las personas por tener una orientación sexual distinta a la mayoritaria, ser su identidad de género trans. Agrupamos las cuestiones tratadas en dos grandes bloques diferenciados con las cerca de un centenar sentencias dictadas hasta la fecha (de las que sólo 4 asuntos son contra España) según sean asuntos ligados a la orientación sexual, que son los de mayor número, o asuntos relativos a identidad de género o transexualidad.

3.1 Asuntos y sentencias relacionados con la orientación sexual

Aunque hayamos señalado el asunto *Dudgeon* como un hito, creemos conveniente empezar este repaso de la jurisprudencia del TEDH por el asunto *X y otros v. Austria* (Nº 19010/07), de 19 de febrero de 2013. En la sentencia, la Gran Sala vino a señalar de forma rotunda que la orientación sexual es un concepto cubierto por el Artículo 14 del CEDH. La Corte ha sostenido repetidamente que, al igual que otras diferencias basadas en el sexo, «las diferencias basadas únicamente en consideraciones de orientación sexual son inaceptables bajo el Convenio» (§99). La jurisprudencia del TEDH ha contribuido de forma notable a la progresiva despenalización de las relaciones sexuales consentidas entre personas adultas del mismo sexo en los Estados del CoE. Cuestión distinta es el grado de aceptación social de este, como de otros temas ligados

indefectiblemente a la vida de las personas con orientación sexual no hetero, consecuencia de prejuicios intolerantes profundamente.

El TEDH se ha pronunciado sobre distintos temas: desde los primeros casos sobre la criminalización de la homosexualidad (más bien sobre la despenalización de los actos homosexuales consentidos entre personas adultas), pasando por el derecho a la vida privada, el derecho a la libertad y seguridad, asilo, tratos degradantes, etc. Sobre los asuntos sobre criminalización de los actos homosexuales, ya hemos comentado que la primera sentencia a este respecto fue *Dudgeon v. Reino Unido*, de 22 de octubre de 1981¹¹. Desde esta sentencia, que las relaciones homosexuales consentidas entre personas adultas pertenecen a la esfera privada de las personas y que están protegidas al amparo del art. 8 resulta incuestionable. Incluso en aquellos casos en los que pueda aducirse que estos comportamientos resultan chocantes, ofensivos o perturbadores para algunos individuos (Ibid.§60). Así lo ha venido a reiterar el TEDH en otras sentencias como las de *Norris v Irlanda*, de 22 de octubre de 1988; *Modinos v Chipre*, de 22 de abril de 1993; *A.D.T. v Reino Unido*, de 31 de julio de 2000. En este último asunto, el TEDH señala que el derecho a la libertad sexual también concierne al derecho a la no persecución en el caso de que tales relaciones se produzcan con varias personas a la vez, siempre que sean consentidas entre personas con edad para ello¹². Cuestión distinta pudiera darse en el caso de relaciones homosexuales entre adultos y adolescentes, aquí la regla viene dada por la edad en la que cada Estado permite el mantenimiento de relaciones sexuales consentidas. En estos casos, el Tribunal ha entendido que se producía una discriminación motivada por la orientación sexual e injerencia en asuntos relativos a la vida privada (violación del art. 14 en relación con el art. 8), cuando se trata de establecer edades distintas para mantener relaciones sexuales consentidas dependiendo del sexo y orientación sexual de las partes. En la sentencia del asunto *L. y V. v. Austria*, de 9 de enero de 2003, entendió el TEDH que, si un hombre mayor de edad puede mantener relaciones sexuales consentidas con una joven, de entre 14 y 18 años sin que sea constitutivo de delito, la misma regla aplicaría a la relación que ese adulto pudiera tener con un joven de esa misma edad, no justificación para un tratamiento diferenciado entre actos heterosexuales y actos homosexuales. Esta jurisprudencia ha sido aplicada en casos posteriores: *Woditschka y Wilfing v. Austria*, de 21 de octubre de 2004; *B.B. v. Reino Unido*, de 10 de febrero de 2004; *Wolfmeyer v. Austria*, de 26 de mayo de 2005; *H.G. y G.B. v. Austria*, de 2 de junio de 2005; *R. H. v. Austria*, de 19 de enero de 2006; *E.B. y otros v. Austria*, de 7 de febrero de 2007¹³.

3.1.1 Otros aspectos del derecho a la vida privada y familiar y a la no discriminación: matrimonio, uniones civiles y otras fórmulas legales de reconocimiento de parejas del mismo sexo

Más allá de la mera sexualidad, son varios los asuntos en los que el tribunal ha tenido que ir aclarando la posible discriminación de personas LGBTI+ en aspectos muy relevantes de la vida privada y familiar: como la adopción, la tutela jurídica de las



parejas homosexuales y su reconocimiento como unidad familiar, etc. En definitiva, del derecho establecido en el art. 8 CEDH puesto en relación con el art. 14. Podríamos decir que una vez reconocido el derecho a “ser diferente” en una de las múltiples características del ser humano, como punto de partida básico, se continúa con el reconocimiento de otros aspectos clave para la autodeterminación personal y la construcción del proyecto vital de cada persona. En ese proyecto vital que libremente a de definir cada persona se encuentra la familia. La noción de “familia” y el “derecho de familia” han sido inicialmente vetados a las personas LGBTI+ y, en algunos Estados, lo siguen estando. El TEDH ha reiterado que no puede obligarse a los Estados a reconocer el “matrimonio” entre personas del mismo sexo, manteniendo durante mucho tiempo un posicionamiento de carácter conservador. No obstante, resulta evidente que los Estados sí están obligados a articular otras “fórmulas jurídicas” de reconocimiento de esas parejas, a fin de que no se vean discriminadas respecto de sus derechos en base a su orientación sexual o identidad de género. Y es que el derecho a la vida familiar va más allá del matrimonio.

El art. 12 del CEDH reconoce el derecho a contraer matrimonio, pero ese «derecho a casarse y a fundar una familia» será conforme a «las leyes nacionales que rijan ese derecho». En el asunto *Schalk y Kopf v. Austria* (no. 30141/04), el TEDH analiza el art. 12 y la propia redacción del CEDH donde la mayoría del articulado está redactado bajo la fórmula de los derechos y libertades de «toda persona». Se trata de una fórmula neutra, no exclusiva de personas heterosexuales o cisgénero y, por tanto, no excluyente que aquellas personas que no lo son, como tampoco excluye a las personas por otras características como el color de la piel o la etnia. Aunque la sentencia no fue favorable a los demandantes, es de interés puesto que el propio Tribunal vino reflexionar sobre la interpretación del derecho al matrimonio y a la familia recogido en el art. 12 del CEDH a la luz de las vivencias de este Siglo XXI (a la evolución social), así como a los prejuicios que se mantienen y difunden de forma «artificial», e interesada hemos de añadir, de que las del mismo sexo no pueden disfrutar de «vida familiar» a los efectos del artículo 8» (§ 94). Y también se apunta en esta sentencia a otra falsedad o mito ampliamente diseminado, la supuesta promiscuidad de las personas LGBTI+ y con ello, su incapacidad de mantener parejas estables. El Tribunal no sentencia a favor de los demandantes, pero viene a reconocer que las relaciones entre personas del mismo sexo son una forma de vida familiar¹⁴.

Tres años después, en la STEDH de 7 de noviembre de 2013 sobre el asunto *Vallianatos et Alii v. Grecia*, la Gran Sala condena por primera vez a un Estado por violación del art. 14 puesto en relación con el art. 8 por excluir de la legislación de “uniones civiles” a las personas homosexuales (quienes tampoco pueden contraer “matrimonio” en ese país puesto que es posible solo para parejas heterosexuales). El TEDH parte de lo establecido en el asunto *Schalk y Kopf v. Austria*, pero va más allá al señalar que no solo

las parejas homosexuales que conviven están cubiertas por la noción de “vida familiar”, también aquellas que, por circunstancias, no convivan, como sucede con las heterosexuales. En tan solo los 3 años que distan entre ambas sentencias, se observa la evolución de la normativa¹⁵. El Tribunal señala que los Estados, tienen obligación de proteger el derecho a la vida privada y familiar mediante alguna fórmula, como queda patente en la STEDH de 9 de abril de 2018, del asunto *Ratzenböck y Seydl v. Austria*. De esta forma, han de evitarse situaciones de vacío legal, como la generada años antes en asuntos *Oliari y otros v. Italia* (nos. 18766/11 y 36030/11) y en *Orlandi y otros v. Italia* (nos. 26431/12; 26742/12; 44057/12 y 60088/12)¹⁶. No obstante, Rusia parece seguir haciendo oídos sordos al Tribunal. No parece casual, dado que también es uno de los Estados donde se observan mayores niveles de intolerancia estructural, como veremos en el siguiente epígrafe. Esto se muestra en la reciente STEDH del 13 de julio de 2021, del asunto *Fedotova y otros v. Rusia* (40792/10 y otros 2)¹⁷, condenatoria para Rusia por violación del art. 8.

92

Si los derechos al matrimonio y a la vida familiar de las personas no heterosexuales se ha ido abriendo paso lentamente en casi toda Europa, ligados a ellos han tenido que resolverse otras dos cuestiones fundamentales: los derechos de custodia y adopción. No se trata sólo del derecho a obtener el reconocimiento legal de la pareja constituida por personas del mismo sexo, ya sea bajo la fórmula de matrimonio o unión civil, se trata de conseguir la no discriminación en cualquiera de los aspectos que atañen a la vida ordinaria de cualquier pareja y núcleo familiar, con independencia de la orientación sexual o identidad de género de sus integrantes. Destacamos la sentencia de *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, de 21 de diciembre de 1999 (final de 21 de marzo de 2000), en la que el TEDH condenó a Portugal por haber retirado la custodia de su hija a un padre por su orientación sexual, aunque se hubiese tratado de justificar sobre la base del interés superior del menor¹⁸. Junto a la patria potestad, el otro gran tema es la adopción, asunto en el cual se observa una evolución desde el del Tribunal en la sentencia el asunto *Fretté v. Francia*, de 26 de febrero de 2002. En este punto, debemos recordar que el derecho de adopción no es un derecho reconocido por el CEDH, tal y como ya señaló el tribunal en el asunto *Di Lazzaro v. Italia*, no. 31924/96. No obstante, hasta en 3 ocasiones más ha mostrado el Tribunal su posicionamiento en estos asuntos. De ellos, en 2 declarando la violación del art. 14 en conjunción con el art. 8, asuntos de parejas constituidas por mujeres lesbianas a quienes habían denegado la adopción en Francia y Austria por motivos prejuiciosos: asunto *E.B. v. Francia* (no. 43546/02) y en el asunto *X y otros v. Austria* (no. 19010/07)¹⁹.

Son más los asuntos ligados a la vida familiar sobre los que se ha pronunciado el Tribunal, como la protección social, en los que se observa cómo los derechos de parejas homosexuales se han ido equiparando a los de parejas heterosexuales en cuestiones como el derecho a una sucesión de arrendamiento (asuntos *Karner v. Austria*, no. 40016/98; y *Kozak v. Polonia*, no. 13102/02; en asuntos que nos afectan por



proximidad, declarándolos indamisible o fallando contra el demandante: *Mata Estevez v. España*; *Aldeguer Tomás v. España*); o a cobertura médica (asunto *P.B. y J.S. v. Austria*, no. 18984/02).

3.1.2 El aumento de las fobias: asuntos sobre tratos degradantes e inhumanos, detenciones, falta de libertades y seguridad, acoso y falta de protección frente a la violencia homofóbica.

El aumento de las demandas sobre los tratos degradantes por parte de policías o la falta de protección, las detenciones injustificadas o condiciones en las que se hace la detención, o incremento de las situaciones de acoso y violencia en estos últimos años, debería alertar sobre lo que ha pasado de ser hechos puntuales a convertirse en peligrosa tendencia intolerante. No es casual, que haya una serie de Estados que sean parte en este tipo de litigios de forma reiterada. Es el caso principalmente de Rusia, pero también de Georgia, Hungría o Croacia.

Son varios los asuntos vistos por el TEDH en relación con la violación del artículo 3 (prohibición de la tortura o tratos inhumanos o degradantes), unas veces tomado en relación con el art. 14; en otras, de forma independiente. Este trato degradante o inhumano –que a veces puede incluso ser tipificable como tortura–, así como otras formas de violencia, puede haberse ejercido por un particular o por la autoridad (por ejemplo, por las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado). En este sentido, los art. 2 y 3 del CEDH vienen a imponer a los Estados. Una sociedad democrática, ha señalado el Tribunal, no puede consentir ni el abuso de poder, ni de la posición dominante, subyugando a las minorías según conveniencia obviando el derecho (STEDH, de 3 de mayo de 2007, § 63, asunto *Baczowski y otros v. Polonia*). No se ha mostrado ajeno el Tribunal a los marcados prejuicios negativos de las autoridades del Estado respecto de la homosexualidad (y la transexualidad). Los abusos cometidos por autoridades rusas, amparados en prejuicios homofóbicos se han recogido en sentencias de varios asuntos juzgados (*Alekseyev y otros v. Rusia*, no. 14988/09; *Berkman v. Rusia*, no. 46712/15). No solo eso, también la obligación de investigar los incidentes violentos en los que pudiera existir una motivación prejuiciosa, como bien ha hecho patente el TEDH en sus sentencias (asunto *B.S. v. España*, no. 47159/08; *Aghdgomelashvili y Japarizde v. Georgia*, no. 7224/11); y de proteger a todos los ciudadanos sin discriminación por su orientación sexual (*Identoba y otros v. Georgia*, no. 73235/12; *Aghdgomelashvili y Japarizde v. Georgia*, no. 7224/11; *Sabalić v. Croacia*, no. 50231/13; *Asociación ACCEPT y otros v. Rumanía*, no. 19237/16).

La denegación de libertades a las personas LGBTI+, como la libertad de reunión amparada por el art. 11 del CEDH, es una práctica ilegal recurrente en Rusia, tal y como nos evidencia el elevado número de asuntos elevados al TEDH por esta causa: *Alekseyev y otros v. Rusia*, no. 14988/09; *Lashmankin y otros v. Rusia*, no. 57818/09;

Zhhdanov y otros v. Rusia, no. 12200/08; *Berkman v. Rusia*, no. 46712/15 (y otras tantas causas pendientes: *Rakurs v. Russia*, no. 44403/15; *Maximum Centre v. Russia*, no. 49258/15; *Perm Human Rights Centre (Perm HRC) v. Russia*, no. 35816/16; y *Coming Out v. Russia*, no. 4798/15).

3.2 Asuntos y sentencias relacionados con la identidad de género trans-transexualidad

También se observa la evolución en la jurisprudencia del TEDH concerniente a la transexualidad desde los años 80 hasta la fecha. Más aún, se aprecia en las sentencias una mejor comprensión de la cuestión de la identidad de género trans, separándola de la orientación sexual de la persona, puesto que se trata de cuestiones distintas. No obstante, en común tienen habitualmente la conculcación de derechos básicos y, en el caso del CEDH, la violación de su art. 8. La mayor parte de los asuntos llegados al Tribunal hacen referencia a la necesidad de adecuar la “nueva identidad” a la “identidad registral”, los condicionantes exigidos para poder realizar los cambios administrativos necesarios para poder desarrollar una vida pública y privada conforme a la identidad manifestada; a cuestiones familiares como el matrimonio o unión civil, así como derechos parentales.

94

Van Oosterwijck v. Bélgica (no. 7654/76) fue el primer asunto de transexualidad que vio el TEDH. D. Van Oosterwijck, nacido en Bélgica, desde temprana edad se manifestó su transexualidad y le fue prescrita terapia hormonal y tratamiento quirúrgico para su reasignación como hombre, tras lo cual solicitó el cambio de sus datos registrales que le fueron denegados porque la legislación belga solo permitía el cambio de datos de aquellos casos en los que se hubiera podido demostrar error registral y no había normativa relacionada con el «transexualismo» (STEDH de 6 de noviembre de 1980, §16). El Tribunal no abordó el fondo de la cuestión planteada, evitando pronunciarse sobre el controvertido tema y se limitó a señalar que el solicitante no había agotado la vía interna y falló a favor del Estado. Pero lo haría pocos años más tarde en dos asuntos se plantearon contra el Reino Unido, por parte de unas mujeres transexuales. En *Rees v. Reino Unido* (STEDH de 17 de octubre de 1986) aparece por primera vez la gran demanda de las personas trans: la adecuación de los documentos identificativos a la “nueva” realidad identitaria (partida de nacimiento, documentos de identidad...). El TEDH no entendió que Reino Unido hubiera contravenido el art. 8 al no estar previsto en su legislación, destacando el hecho de que el Estado hubiese asumido los costes del tratamiento médico de reasignación de Rees y haciendo una recomendación sobre la necesidad de revisar las medidas existentes sobre la materia a la luz de « los avances científicos y sociales» (§ 47), dado que el TEDH es consciente de «la seriedad de los problemas que afectan a las [personas] transexuales y su angustia» (§47)²⁰. Tanto en este asunto Rees como en el asunto *Cossey v. Reino Unido* (STEDH de 27 de 1990), se plantea la cuestión del derecho al matrimonio (art. 12 CEDH), abordado en el epígrafe anterior.



La primera vez que el TEDH concluya que se ha producido una violación del art. 8 CEDH en un asunto concerniente al reconocimiento de la transexualidad será en *B. v. Francia* (no. 13343/87). La diferencia en el resultado respecto de los casos anteriores viene dada por la normativa francesa que, a diferencia de la del Reino Unido, sí permitía modificaciones registrales como cambio de nombre o estatus civil²¹. El TEDH reconoció que había «una discrepancia entre su sexo legal y su sexo aparente» (§59), cuya consecuencia final es que esta mujer se encontraba en una situación diaria o cotidiana «que no es compatible con el respeto debido a su vida privada» (§60).

Ahora bien, como ya hemos apuntado, en materia de identidad de género *trans* hay un antes y un después de la sentencia de la Gran Sala sobre el asunto *Christine Goodwin v. Reino Unido*, de 11 de julio de 2002. Ello a pesar de que ya en 1994 la Gran Sala señaló la primera violación del derecho del art. 8 CEDH en el asunto *I. v. United Kingdom* (no. 25680/94), presentado por una mujer trans cuya solicitud para trabajar en el ejército no fue admitida. En el caso Goodwin, la Sala reconoció que existía «una tendencia internacional continuada no solo hacia la aceptación social progresiva de los transexuales, sino también hacia un reconocimiento jurídico de la nueva identidad sexual de los transexuales operados» (§85). En efecto, como ya hemos señalado, este es un elemento clave para permitir que las personas transexuales puedan llevar una vida privada y pública libre de prejuicios y situaciones violentas como las humillaciones, angustia y/o discriminaciones: el reconocimiento jurídico de la identidad sexual “sentida” que da lugar a la nueva realidad “física”: «podemos exigir razonablemente de la sociedad que acepte varias inconveniencias con la finalidad de permitir a las personas vivir con dignidad y en el respeto, conforme a la nueva identidad sexual escogida por ellas al precio de grandes sufrimientos» (§91), en alusión a lo que suponen la cirugías de reasignación, que no son cuestión menor. Es por esto por lo que el TEDH, por unanimidad, consideró que el Estado al no cumplir la obligación positiva de reconocimiento de la nueva identidad, dicho incumplimiento constituía una vulneración del derecho a la vida privada, desprotegiendo a Goodwin, a cualquier persona transexual, del derecho a su integridad física y moral y a su libre desarrollo de la personalidad. La jurisprudencia sentada en Goodwin ha sido la empleada en asuntos más recientes de reconocimiento de cambio de la identidad de género, en estos casos de mujer a hombre, aunque el proceso de transición no se hubiera completado plenamente: *S.V. v. Italia* (no. 55216/08); *Y.T. v. Bulgaria* (no. 41071/16); y el asunto *Rana v. Hungría* (no. 40888/17).

El Tribunal, también fue sensible a cómo la evolución del concepto de familia concernía a los asuntos relativos al cambio de identidad de género. Así lo puso de manifiesto el Tribunal, en la STEDH del 22 de abril de 1997, del asunto *X, Y y Z v. Reino Unido*²².

El reconocimiento de una nueva identidad de género conlleva otras consecuencias, toda acción tiene reacción y no siempre está prevista. La ley británica *Gender Recognition Act* (2004), reconocía la nueva identidad de las personas transexuales, pero dado que el matrimonio se entendía entonces exclusivamente como la unión de un hombre y una mujer, el cambio de identidad exigía que la persona transexual se divorciase de su esposo/a, según caso, con las consiguientes consecuencias familiares. Eso es lo que se planteó en los asuntos *Parry v. Reino Unido* (no. 42971/05) y *R. y F. v. Reino* (no. 35748/05), dos matrimonios que, tras el cambio de género de uno de los miembros (en ambos casos, de hombre a mujer), deseaban seguir siendo un matrimonio. Con la mencionada Ley de 2004, esto no era posible en caso de que obtuviesen la documentación con el nuevo género. Para obtener el nuevo “certificado de reconocimiento de género” habilitante para cambiar el certificado de nacimiento y documentación identificativa, la persona solicitante debía tener el estado civil de soltera. Es decir, debían divorciarse y, una vez divorciados de sus mujeres ya no podrían volver a casarse con una mujer (ya fuera su anterior esposa), puesto que la ley no lo permitía. Alegaron violación de los art. 8 y 12, pero el TEDH consideró que sus demandas eran inadmisibles, puesto que el Estado por un lado les permitía el cambio de género, por otro les ofertaba la posibilidad de mantener un vínculo entre las parejas bajo la fórmula de unión civil. Además, el Estado, en su margen de apreciación ya había decidido cómo regular los efectos del cambio de género en matrimonios ya celebrados, sin que en la decisión se apreciara violación del CEDH. Este posicionamiento fue ratificado en la STEDH *Hämäläinen v. Finlandia*, de 16 de julio de 2014.

Vemos pues, que el mantenimiento de los vínculos familiares preexistentes no está exento de situaciones no bien resueltas. En *P. V. v. España* (no. 35159/09), se abordó el tema del régimen de visitas de una mujer transexual a su hijo biológico, nacido en el seno del matrimonio. La sentencia no fue favorable al demandante, al entender el TEDH, pero la traemos a colación porque en ella el TEDH rectifica al Tribunal nacional sobre la confusión entre el significado de la transexualidad y la orientación sexual²³. El TEDH sí fallo a favor de los derechos parentales en el asunto *A.M. y otros v. Rusia* (no. 47220/19), al entender no se podía privar al padre del derecho de visita a sus hijos por el mero hecho de haber cambiado su identidad de género de hombre a mujer, sin que se hubiera acreditado suficientemente que este hecho fuera causa de algún tipo de daño a los menores.

Otro de los flecos que pueden presentarse tras la reasignación de sexo, es el que se evidenció en el asunto *Grant v. Reino Unido* (no. 32570/03), en el cual una mujer transexual reclamaba su derecho a jubilarse a los 60 años, edad establecida por ley para las mujeres en tanto que para los hombres era de 65 años. El TEDH entendió que tras la jurisprudencia del caso Goodwin y en tanto que el Estado no había aprobado una norma reguladora (la mencionada ley de 2004) antes de que la señora Grant se hubiese jubilado, ella tenía derecho al reconocimiento de su identidad nueva, mujer, y con ella a



jubilarse a la edad aplicable al resto de mujeres. De ahí que el Estado hubiera violado el art. 8.

En materia de transexualidad, una de las cuestiones que ha dado lugar a gran controversia, más social que jurídica, es quién debe asumir los costes de los tratamientos médicos necesarios para la reasignación o cambio de sexo (endocrinos, psicológicos y de cirugía). Este asunto ha sido abordado en varias ocasiones por el TEDH, tanto en la asunción de costes como en el reembolso de gastos. El primer asunto tratado fue *Van Kück v. Alemania* (no. 35968/97), solicitando el reembolso de los gastos médicos derivados de una cirugía de reasignación que le habían sido denegados por su compañía de seguros, al entender que no se había podido probar la necesidad de la cirugía desde un punto de vista médico. En la STEDH de 12 de junio de 2003, el Tribunal consideró que las apreciaciones alegadas por los tribunales alemanes sobrepasaban el margen de apreciación (§85), vulnerando el art. 8 CEDH. De interés que el TEDH viniera a señalar la importancia del derecho de autodeterminación personal, donde la libertad de la demandante para definir su pertenencia sexual es uno de los elementos esenciales del derecho de autodeterminación (§73). Similar situación se planteó en *Schlum v. Suiza*. En la STEDH de 8 de enero de 2009, se dio la razón a la demandante, una mujer transexual hormonada y operada de forma tardía (a los 67 años) a quien el seguro médico no quería reintegrar los costes. Vemos pues, que estos son dos litigios entre particulares, dos decisiones judiciales dictadas sobre litigios de reembolso de gastos derivados de tratamientos de reasignación. Estamos pues en presencia del «efecto horizontal del CEDH entre particulares, cuando están en juego las obligaciones positivas del Estado (y de sus tribunales) de reconocer los derechos del CEDH en litigios entre particulares» (Cano, 2015:180).

97

Aunque podemos encontrar algunos asuntos más relativos a cuestiones de transexualidad, queremos finalizar este apartado con la mención de la STEDH del asunto *Y.Y. v. Turquía*, de marzo de 2015. Uno de los puntos de actual debate en varias sociedades europeas: ¿es necesario haber completado la hormonación o la cirugía de reasignación para que la persona *trans* pueda poder proceder al cambio de sexo registral? En asunto *Y.Y. v. Turquía*, nos encontramos ante una persona transgénero, no transexual, que solicita autorización para un tratamiento de reasignación de sexo que le ha sido denegada, a pesar de su historial y de llevar cuatro años de convivencia con una mujer, siendo socialmente aceptada como hombre por familia y círculo social. A diferencia de los casos anteriores, señala el TEDH que por primera vez se encuentra con un caso sobre «la cuestión de las condiciones previas que pueden imponerse a las personas transgénero antes del proceso de cambio de género y la compatibilidad de esas condiciones respecto del Artículo 8 de la Convención» (§62). Posiblemente esta sentencia, en la que el TEDH falló a favor del demandante, Y.Y., marcará un importante referente para aquellos Estados del CoE reticentes a los temas de transexualidad al

recordarles que, «si bien el artículo 8 de la Convención no puede interpretarse como garantía de un derecho incondicional a la cirugía de reasignación de género [...] Los servicios de salud de la mayoría de los Estados contratantes reconocen esta afección y brindan o permiten el tratamiento, incluida la cirugía irreversible de reasignación de género» (§65).

4. CONCLUSIONES

En las últimas décadas, hemos asistido en la región europea al lento y dispar avance en el reconocimiento de derechos y libertades fundamentales del grupo de población denominado habitualmente como “personas LGTBI+”. Estas personas vienen siendo objeto de todas formas de discriminación ya sea por su orientación sexual no heterosexual estricta, su identidad de género *trans* o su diversidad corporal, en el caso de las personas intersexuales. La raíz siempre es la misma, con independencia del país o la sociedad, el prejuicio intolerante fruto del desconocimiento y el radicalismo religioso y cultural, que favorece la instrumentalización política por ciertos grupos de los miedos e ignorancia de quienes se pretende manipular con fines espurios.

98

Las atrocidades vividas en el siglo pasado deberían haber marcado un futuro europeo democrático y tolerante, basado en «la salvaguardia y la mayor efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales», tal y como se contemplaba en la constitución del Consejo de Europa. En esa labor, el TEDH ha ido con su jurisprudencia marcando el camino a los Estados para una adecuada interpretación del CEDH. Así, hemos visto como sentencia tras sentencia, cada vez son mayores los avances para que los principios de igualdad y no discriminación se materialicen *de facto* en todos los Estados miembros del CoE. ¿En todos los Estados europeos? No, en todos no. Hay un bloque de países que desde el inicio han sido reticentes a reconocer los derechos de su población, que permiten e incluso hay evidencias de que promueven la discriminación directa. Una discriminación que alimenta otras formas de violencia extrema, como las registradas en Chechenia. Mientras buena parte de los Estados han ido adoptando reformas legislativas para reconocer los derechos y libertades de toda la ciudadanía, atendiendo a lo dispuesto en el art. 14 del CEDH conforme a la jurisprudencia pautas del TEDH; otros acumulan asuntos judiciales e inatención de las recomendaciones hechas sin disimulo, incluso podría llegar a hablarse de provocación, como es el caso de Polonia, Hungría o Rusia. Estos Estados, así como otros, hacen “oídos sordos” a la Recomendación CM/Rec(2010)5 del Comité de Ministros del CoE, como al resto de recomendaciones enunciadas en materia de orientación sexual e identidad de género *trans*.

Resulta innegable que hay una ola de intolerancia en buena parte del territorio europeo, tal y como se constata en los medios de comunicación y en los enfrentamientos entre la



Comisión Europea y los Estados de Hungría y Polonia por estos asuntos. Hay una peligrosa polarización política y social, que está empezando a verse reflejada en desarrollos normativos nacionales contrarios a los principios y valores básicos para la convivencia democrática. El propio TEDH está atendiendo a un incremento en el número de asuntos relacionados con el incremento del discurso de odio contra las personas LGBTI, enmascarado bajo la fórmula de “libertad de expresión”. Un discurso este que suele estar estrechamente relacionado con un discurso más amplio contra el género.

Los líderes políticos de parte de Europa están incumpliendo su responsabilidad de educar, combatir los estereotipos y trabajar activamente por la aceptación de la diversidad, en todas sus formas. En su lugar, algunos líderes políticos y religiosos están utilizando los prejuicios contra las personas LGBTI para avanzar en sus agendas e intereses, en detrimento y con total desprecio de los derechos de las personas LGBTI. Es preocupante la creciente “instrumentalización del odio” por el daño social que genera, al tiempo que mina los valores democráticos y los derechos fundamentales que pensábamos arraigados en la región europea. Un discurso que socaba directamente los principios y valores sobre los que se asienta el CEDH, poniendo en riesgo la estructura social de Europa, debilitándola y desestabilizándola en aras de los intereses de dirigentes y grupos sociales intolerantes.

99

BIBLIOGRAFÍA

- ALVAREZ MUNÁRRIZ, L. (2010): “La identidad ‘asexual’”, *Gaceta de Antropología*. Vol. 26(4), Artículo 40. s/p.
- CANO, G. (2015): “La protección de las minorías sexuales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *La diversidad sexual: mecanismos de protección desde el Derecho Internacional*. Juan Soroeta (Dir.) Navarra: Thomson-Reuters-Aranzadi, págs. 137-188.
- COMISIÓN EUROPEA (2021): “EU founding values: Commission starts legal action against Hungary and Poland for violations of fundamental rights of LGBTIQ people”, Brussels, 15 July 2021.
- DATTA N. (2018): “Restoring the Natural Order”: The religious extremists’ vision to mobilize European societies against human rights on sexuality and reproduction, EPF, Brussels. Recuperado de https://www.epfweb.org/sites/default/files/2021-03/rtno__ES_epf_online_2021.pdf [Consulta: 01-09-2021].

EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM AND INTOLERANCE-ECRI (2021): *Factsheet on LGBTI issues*, Strasbourg, 1 March 2021; Compilation of ECRI country reports recommendations pertaining to LGBT persons (fifth monitoring cycle).

EUROSTAT (2019). Eurobarometer on the social acceptance of LGBTIQ people in the UE. Recuperado de https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/lesbian-gay-bi-trans-and-intersex-equality/eurobarometer-social-acceptance-lgbtiq-people-eu-2019_en [Consulta: 01-09-2021].

FUNDACIÓN ENCUESTRO (1991): “El Problema de la Intolerancia en Europa”, *Cuaderno nº 110* (Marzo, 1991). FE. Centro Internacional de Estudios Europeos. p.III.

GUNNARSSON, J. (2016): “Private and family life: achieving equality regardless of sexual orientation”. *Report*, Doc 13956 4234, párr. 4.

ILGA-Europe (2021): *Annual Review on the Human Rights Situation of Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex People in Europe and Central Asia*, Brussels, 2021.

KLÖPPEL, U. (2016): “Zur Aktualität kosmetischer Operationen “uneindeutiger” Genitalien im Kindesalter”, *Bulletin Texte/Zentrum für Transdisziplinäre Geschlechterstudien*, Humboldt-Universität zu Berlin 42, pg. 3-85. <http://dx.doi.org/10.25595/12>

KOMIDIT (2021): “Viktor Orbán convoque un référendum sur la loi anti LGBTI+ critiquée par Bruxelles”, 21 July 2021.

McGOLDRICK, D. (2016): “The Development and Status of Sexual Orientation Discrimination under International Human Rights Law”, *Human Rights Law Review*, Vol. 16, pg. 613-668.

MENA, M. (2021). *Los mejores y peores países para las personas LGBTI en Europa*. Statista. Recuperado de <https://es.statista.com/grafico/14475/paises-con-mejor-y-peor-puntuacion-en-leyes-politicas-y-practicas-que-afectan-a-la-comunidad-lgbti--2020-/> [Consulta: 01-09-2021].

MIJATOVI, D. (2019): Council of Europe Commissioner for Human Rights Dunja Mijatović, Report following her visit to Armenia from 16 to 20 September 2018, CommDH(2019)1.

ORTIZ, A., y BURDILES, P.P. (2010): “Consentimiento informado”, *Revista Clínica Médica Las Condes*, Vol. 21 (4), pg. 644-652.

PERIBÁÑEZ, E. (2019): *Violencias “por odio” contra el colectivo LGBTI+ en el contexto mundial*. Madrid. Dykinson.

REFERENCIAS

¹ El Consejo de Europa, CoE, se crea por el Estatuto de Londres el 5 de mayo de 1949, entrando en vigor el instrumento fundacional el 3 de agosto de 1949. Se trata de una organización política intergubernamental, con sede en Estrasburgo (Francia), que no debe confundirse con dos instituciones de la Unión Europea de tienen nombre semejante: el Consejo de la Unión Europea y el Consejo Europeo. El Consejo de Europa está conformado por 47 Estados miembros (Albania, Alemania, Andorra, Armenia, Austria Azerbaiyán, Bélgica, Bosnia - Herzegovina, Bulgaria, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Letonia, Antigua República Yugoslava de Macedonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Moldavia, Mónaco, Montenegro, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, Rumania, Reino Unido, Federación Rusa, San Marino, Serbia, Suecia, Suiza, Turquía y Ucrania) y 5 observadores (Canadá, Estados Unidos, Japón, México y la Santa Sede). España se adhirió el 24 de noviembre de 1977 (BOE núm. 51/1978, de 1 de marzo de 1978).

101

² Las advertencias hechas en ambas Conferencias no servirán para frenar una nueva guerra en Europa en donde se constatarán violencias extremas motivadas por el “odio al otro”: la guerra de los Balcanes o Segunda Guerra Yugoslava. Europa fracasó en el intento de poner freno a un “fenómeno viejo” que desafía la estabilidad y la seguridad de la «Sociedad del Siglo XXI» [según consta en la Declaración de Viena de 9 de octubre de 1993]. Así, la Declaración de Viena de 1993 identifica tres prioridades para el CoE: la reforma del mecanismo de control del funcionamiento del Convenio Europeo de Derechos Humanos; la protección de las minorías nacionales; y la lucha contra la intolerancia. Dos cuestiones básicas para nuestro objeto de estudio: la creación de «un único Tribunal Europeo de derechos humanos» (Anexo I de la Declaración), y la adopción de medidas para poner freno a una cuestión que parecía superada y que mina los valores sobre los que se construye la paz europea como es la intolerancia. Aunque en esos conceptos de protección de “minorías” no tiene cabida explícitamente la llamada por la ONU “minoría sexual”, la más grande “minoría mundial” no reconocida como tal, puesto que en el Derecho Internacional esta es una acepción reservada a otras características.

³ La Asociación Americana de Psiquiatría (APA) descatalogó la homosexualidad como patología en su Manual Diagnóstico y Estadístico de Trastornos Mentales en septiembre de 1973. La Organización Mundial de la Salud (OMS), también retiraría la homosexualidad de su Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y otros Problemas de Salud en 1990. Su retirada es un reconocimiento científico a que la homosexualidad no es un trastorno o patología y, consecuentemente, no debe ser objeto de tratamiento médico alguno.

⁴ Resolución del Parlamento Europeo 16/89, sobre la discriminación de los transexuales, en la cual, entre otras cuestiones, se instaba al CoE a llevar a cabo un posible convenio para la protección de las personas transexuales (párr. 3). Ni que decir tiene que ni el CoE llegó a elaborar convenio alguno, ni tan siquiera se hizo algo así en el propio seno de la UE.

⁵ La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia es un organismo de supervisión independiente del CoE para los derechos humanos, fundado en 1993, especializado en las cuestiones relativas a la lucha contra el racismo y otras formas de intolerancia.

⁶ Cfr. CDDH(2013)004FIN, 18 de marzo de 2013.

⁷ En este punto, la Recomendación del Comité de Ministros Rec. (2001)10, sobre el Código Europeo de Ética de la Policía, que puede tomarse como referente para otros funcionarios públicos como los de prisiones, en donde se señala que el personal debe actuar «teniendo especialmente en cuenta la situación de las personas que formen parte de grupos particularmente vulnerables», como es el caso de las personas LGBTI en general y, especialmente, las personas *trans*.

⁸ Cfr. COM(2010)4 add3 rev2, de 31 de marzo de 2010, párr. 9.

⁹ El denominado “test de vida real” hace referencia a una prueba realizada por un especialista (psiquiatra o psicólogo, según caso), con la que se determina si la persona transgénero está en condiciones de someterse a una cirugía de reasignación (modificación de las características sexuales secundarias) tras haber estado llevando una vida pública adecuando la expresión o “imagen” de su “sexo/género sentido” durante un periodo de tiempo (habitualmente de 2 años).

102

¹⁰ Tal y como se evidencia en el trabajo de Ulrike Klöppel, investigadora de la Universidad Humboldt, un su estudio estadístico sobre cirugías de “normalización” de “niñes” intersexuales a quienes se sometió en su infancia (menores de 10 años) a cirugías de “feminización” (cirugía en vulva, clítoris, vagina y perineo, extirpación testicular) y de “masculinización” (escroto, testículos y pene, incluidas las hipospadias). El estudio aborda una muestra clínica de casos tratados en hospitales alemanes entre los años 2005 y 2014. Durante ese periodo de tiempo, se referencian una media de 99 cirugías de feminización cada año, parte de las cuales cataloga de meramente estéticas y una media de algo mas de 1.600 de masculinización. Concluye, entre otras cuestiones, que mientras la frecuencia diagnóstica de intersexualidad que denomina “clásica” descendió, la frecuencia de otros diagnósticos ligados a espectro de DSD (espectro de desarrollo sexual diferente, DSD, donde se encuadran las variaciones intersexuales) permanecieron constantes o incluso aumentaron al final del periodo de estudio.

¹¹ Un caso en el que el demandante, un homosexual que mantenía una relación estable con otro hombre, fue interrogado por la policía en su domicilio por motivo de su orientación sexual. Dugeon no fue detenido, pero interpretó que el hecho de haber sido investigado en su propia casa a consecuencia su orientación sexual suponía una injerencia en su vida privada. Asimismo, manifestó haber experimentado sentimientos de miedo, sufrimiento y angustia psicológica como resultado de la acción policial, dado que la legislación penal del país consideraba delito y castigaba la sodomía. Una Ley que solo aplicaba en Irlanda del norte y por la que la policía había abierto diligencias contra él. Y, a resultas de la situación, manifestó que, no solo sentía miedo, también que podía ser objeto de acoso y chantaje. El TEDH entendió que la situación a la que se había visto sometido el demandante por su orientación sexual, no era admisible. Se había producido una injerencia en la vida privada del demandante (protegida por el art. 8), con el argumento del Estado de que se trataba con ello de proteger «los derechos y libertades de los demás» por la vigencia de la ley prohibiendo la sodomía por cuestiones de “moralidad” (§41). El TEDH entendió que la intromisión en la vida privada para proteger la moral y, con ella, los derechos y libertades de los demás no justificaba tal intromisión: «las actitudes éticas hacia la conducta homosexual masculina en Irlanda del Norte y la preocupación de que cualquier relajación en el derecho tendería a erosionar los estándares morales existentes, no puede, sin más, justificar intromisiones en la vida privada del



demandante hasta ese punto» (§41); dictaminando que se había conculcado el derecho al respeto de la vida privada del Sr. Dugeon.

¹² No debe interpretarse que el hecho de que el TEDH considere una vulneración del art. 8 del CEDH una situación como la del asunto *A.D.T v Reino Unido* donde el demandante había sido condenado por haber mantenido relaciones sexuales con 4 hombres a la vez, con el hecho de que el Tribunal se pronuncie igual en otras situaciones como pudieran ser las relativas a prácticas sexuales sadomasoquistas (sentencia *K.A. y A.D. v Bélgica*, de 17 de febrero de 2017), o sobre publicidad que pueda hacerse de este tipo de prácticas sexuales grupales o sadomasoquistas (sentencia *Pay v Reino Unido*, de 16 de septiembre de 2008).

¹³ No fue el caso de la sentencia del asunto *Santos Couto v Portugal*, de 21 de septiembre de 2010, en donde el TEDH dictaminó que no se había producido discriminación del demandante por su orientación sexual, sino que se le había aplicado la misma situación que en el caso de que se hubieran producido relaciones entre personas heterosexuales en donde el adulto “abusa” de la “inexperiencia” del menor para conseguir sus fines.

¹⁴ El asunto *Schalk y Kopf v Austria*, hace referencia a dos hombres que vivían en Austria y solicitaron los trámites para formalizar su relación de pareja bajo la fórmula de matrimonio, no permitido por el Código Civil austriaco que establecía que el matrimonio solo podía contraerse entre personas de diferente sexo (art. 44 *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*). Debemos aclarar que en la STEDH de 24 de junio de 2010, sobre este asunto, el Tribunal entendió que no hubo violación del art. 12, y tampoco entendió que hubiera violación del art. 14 puesto en relación con el art. 8. No obstante, aclara cuestiones de interés transcendental que sistemáticamente y de forma torticera se utilizan en los discursos y argumentaciones [sic] de los sectores intolerantes sobre el derecho al matrimonio y a la familia de las personas no heterosexuales. Es el caso de la incapacidad para concebir o criar hijos, sobre la que el Tribunal señala: «con respecto a la conexión entre el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia, el Tribunal ya ha sostenido que la incapacidad de una pareja de concebir o criar un hijo no puede considerarse *per se* excluyente del derecho a casarse (Christine Goodwin, anteriormente citada, párr. 98)» (§56). O la reiterada alusión al mito de la promiscuidad de las personas LGBTI+: «Aunque las partes no han abordado explícitamente la cuestión de si los demandantes se encuentran en situación relevantemente similar a las parejas de distinto sexo, el Tribunal podría partir de la premisa de que las parejas del mismo sexo tienen la misma capacidad que las de sexo contrario para comprometerse en relaciones estables. Por tanto, se encuentran en una situación relevantemente similar a una pareja de distinto sexo con respecto a su necesidad de reconocimiento jurídico y protección de la relación» (§56).

¹⁵ En el momento de ser visto el asunto por el Tribunal, ya había aprobadas de formas oficiales de convivencia de parejas homosexuales en los ordenamientos jurídicos de 9 Estados miembros del Consejo de Europa bajo el concepto de “matrimonio” (Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Islandia, Países Bajos, Noruega, Portugal y Suecia); y en 17 Estados se permitía la “unión civil” de parejas del mismo sexo (Alemania, Andorra, Austria, Bélgica, España, Finlandia, Francia, Hungría, Islandia, Irlanda, Liechtenstein, Luxemburgo, Países Bajos, República Checa, Reino Unido, Eslovenia y Suiza). Por su parte, Dinamarca, Noruega y Suecia reconocían el derecho al matrimonio de las personas del mismo sexo sin prever al mismo tiempo la posibilidad de formalizar una unión civil.

¹⁶ Eran estos asuntos sobre varias parejas del mismo sexo que habían contraído matrimonio fuera de Italia. Francesca Orlandi, se casó en Canadá con otra mujer italiana y tras su regreso a Italia solicitaron la

inscripción en el registro civil, denegado el registro tanto como matrimonio, como bajo otra fórmula. El mismo patrón sucede en los otros cinco casos acumulados. El TEDH consideró que el Estado italiano no había cumplido con su obligación de garantizar a los solicitantes un marco legal para proteger su vida familiar y personal. Al negarse el Estado a registrar su matrimonio bajo alguna fórmula, dejó a estas personas «en un vacío legal», sin tener en consideración «la nueva realidad social» (§209). Y es que, en el trascurso del proceso y de la emisión de la sentencia (de 14 de marzo de 2018), el Estado italiano aprobó la Ley 76/2016, de 20 de mayo de 2016, reguladora de las uniones civiles entre personas del mismo sexo y normas relativas a la cohabitación. En ambos asuntos, nuevamente el TEDH puso en evidencia el rápido desarrollo del reconocimiento internacional de las uniones entre personas del mismo sexo, tanto dentro del ámbito del CoE, como fuera (STEDH de 21 de octubre de 2015, §178).

¹⁷ En esta sentencia se agrupan los asuntos originarios de: *Irina B. Fedotova y Irina V. Shipitko v Rusia* (no. 40792/10), *Dimitry N. Chunosov y Yaroslav N. Yevtushenko v Rusia* (no. 30538/14), e *Ilmira M. Shaykhranova y Yelena M. Yakovleva v Rusia* (no. 43439/14); todos ellos asuntos en los que las partes demandantes alegaron que se había violado su derecho a la vida privada y familiar (art. 8 en relación con el art. 14). Estas personas, alegaron ser discriminadas por el Estado ruso debido a su orientación sexual, al no permitirles ni contraer matrimonio ni obtener un reconocimiento legal a su relación de pareja bajo otra fórmula.

104

¹⁸ En nuestra opinión, lo más destacado de esta sentencia es que, por primera vez, el TEDH adujo que «el tribunal reitera que la lista que figura en esa disposición [art. 14] es ilustrativa y no exhaustiva» (§28), lo que es igual a reconocer que la orientación sexual es uno de los motivos protegidos, adelantándose incluso a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*.

¹⁹ En el asunto *E.B. v Francia* (no. 43546/02), las autoridades francesas denegaron en derecho de adopción a una pareja de mujeres en base a su orientación homosexual y el TEDH entendió que, en las motivaciones presentadas para denegar la adopción, indudablemente había pesado el hecho de que la demandante fuera homosexual, con referencias que podrían entenderse como hostiles o prejuiciosas por parte de quienes juzgaron su caso. No entendió la Gran Sala pertinente la reiterada alusión al «estilo de vida» (§85), referido al estilo de vida asignado por prejuicio a las personas LGBTI+; como a las recomendaciones hechas por el Estado de que la solicitud fuera rechazada «porque una familia adoptiva tenía que estar compuesta de “una pareja mixta (hombre y mujer)”» (§86), además de «la referencia sistemática a la falta de un “referente paterno”» (§87). En la STEDH de 19 de febrero de 2013, del asunto *X y otros v Austria*, la Gran Sala vino a reconocer la discriminación de la pareja de mujeres, puesto que, a diferencia de lo que sucede en la normativa francesa, la norma austriaca sí permite la adopción de los hijos biológicos de uno de los miembros de la pareja (siempre que el otro progenitor biológico estuviera de acuerdo o estuviera justificado el hecho de no tener en cuenta su negativa). A diferencia del asunto *Gas y Dubois v Francia* (nº 25951/07), donde el padre biológico mantenía una relación familiar con la niña que pretendía adoptar; de forma que la situación planteada en el asunto era plenamente equiparable a la de una pareja de hecho heterosexual en donde uno de los miembros desea adoptar el hijo o la hija biológica del otro miembro de la pareja. La argumentación del Estado austriaco para denegar la solicitud giraba en torno al objetivo de proteger la “familia tradicional” (heterosexual) en pro del interés superior del menor en su “vida familiar”. La STEDH, deja clara la opinión de la Sala a ese respecto:

El Tribunal reitera que la relación de convivencia entre parejas del mismo sexo que mantienen una relación estable *de facto*, se encuentra dentro del concepto de “vida familiar”, al igual que una relación de pareja de distinto sexo que se encuentre en la misma situación (véase, *Schalk y Kopf*, op. cit., ap. 94). Por otra parte, el Tribunal consideró en su decisión sobre la admisibilidad en el caso *Gas y Dubois contra Francia* (nº. 25951/07, de 31 de agosto de 2010), que la



relación entre dos mujeres que vivían juntas, que se habían registrado como una pareja civil y que el niño concebido por una de ellas mediante reproducción asistida, pero siendo criado por ambas, constituía una “vida familiar” de conformidad con lo establecido en el artículo 8 del Convenio. (§95).

²⁰ En los asuntos *Rees y Cossey*, estamos frente a dos personas transexuales que han sido sometidas a un tratamiento médico de “reasignación de sexo”. No se trata de dos hombres homosexuales que quieren casarse con sus parejas masculinas, sino de dos mujeres *trans* que quieren casarse con dos hombres, conformando dos parejas heterosexuales. En el asunto *Cossey*, el TEDH señaló que «la cirugía de reasignación de género no resultó [conllevo] la adquisición de todas las características biológicas del otro sexo» (§40), pero no resuelve qué ha de hacerse, a lo más que se limita es a reconocer que una mera anotación en el certificado de nacimiento no es una solución suficiente para estos casos. Por circunstancias similares el TEDH falló a favor del estado, Reino Unido, en los asuntos *X. Y. y Z. v. Reino Unido* (no. 21830/93) y *Sheffield y Horsham v. Reino Unido* (no. 31-32/1997/815-816/1018-1019).

²¹ B. es una mujer *trans* de origen argelino y nacionalizada francesa que se sometió primero a hormonación y en 1972 a cirugía de “conversión” (ahora denominada “de reasignación”), fecha desde la cual convive en pareja con un hombre con el que desea casarse. Como paso previo, solicitó la rectificación de su “sexo registral” en la partida de nacimiento, así como un cambio de nombre para poder cambiar posteriormente el resto de documentación identificativa. Esta discordancia entre la documentación identificativa y la apariencia física (y su expresión de género) genera graves problemas a la solicitante, que se ve forzada a revelar un aspecto íntimo de su vida privada de manera constante, su identidad de género. Una situación que le impide viajar ante el constante temor de ser rechazada en frontera.

105

²² En este asunto, aunque el TEDH falló en contra de los demandantes al no encontrar violación del art. 8. No obstante, el Tribunal puso de manifiesto cómo el concepto de familia cuando alguno de sus integrantes era una persona *trans*, estaba evolucionando de forma similar al caso de familias con miembros homosexuales. En este asunto, X era un hombre transexual conviviendo en unión estable con Y, una mujer cisgénero, que había tenido un hijo mediante inseminación artificial de donante anónimo, Z. Como hemos señalado, el TEDH no encontró violación del art. 8, pero aceptó que existía una vida familiar entre el hombre transexual y el hijo de su pareja (§60). Señaló el Tribunal que «el artículo 8 del CEDH no implica que el Estado esté en la obligación de reconocer oficialmente como padre del niño a una persona que no es el padre biológico» (§52), pero reconoce el rol de «padre social» (§38), una figura “inventada” por el TEDH, pero sin mayor repercusión. Sólo uno de los jueces en su voto particular fue más allá. El juez Casadevall, consideró que, si las autoridades británicas habían financiado la intervención quirúrgica irreversible de X, le habían expedido documentos con la nueva identidad de sexo/género, habían autorizado la inseminación de Y, que estaba conviviendo de forma estable con X, lo que tuvo como consecuencia que en el seno de esa pareja o núcleo familiar naciera Z, e incluso le permite que lleve el apellido de X, se debería haber reconocido a X como padre. Consideró el magistrado que esas mismas autoridades deberían haber asumido plenamente las consecuencias de su actuación, que no es otra que la de permitir a los demandantes vivieran su vida privada y familiar de conformidad plena con la nueva identidad sexual otorgada a X, permitiéndole ser declarado padre documentalmente.

²³ Antes del tratamiento para cambio de sexo, P.V. había estado casado con P.Q.F. Dos años después de haberse separado de mutuo acuerdo (en 2002), la madre, quien tenía la tutela del menor, presentó demanda para cambiar las medidas de la sentencia de la separación, a fin de conseguir que se suspendieran las visitas del exmarido y toda comunicación padre-hijo alegando, entre otras cuestiones «el

hecho de que seguía un tratamiento hormonal para cambiar de sexo, que se maquillaba y que habitualmente se vestía como una mujer» (§7). Es interesante que el TEDH mencione una cuestión que, revisando el tratamiento que tuvo el caso en los tribunales españoles, merece recordarse:

En este caso, el Tribunal hace notar no obstante, que lo que está en juego en el presente asunto no es una cuestión de orientación sexual, sino de distrofia de género. Considera sin embargo, que la transexualidad es una noción que está cubierta, sin duda, por el artículo 14 del Convenio. El Tribunal recuerda a este respecto que la lista que encierra esta disposición reviste un carácter indicativo, y no limitativo, el que demuestra el adverbio «particularmente» (en inglés «any ground such as») (Engel y otros c. Países Bajos, 8 de junio de 1976, §72, serie A no 22). (§30).

Y es que en algunas sentencias españolas, se observa una clara confusión (o ignorancia) de la diferencia de significado de los conceptos orientación sexual y transexualidad, que se tratan como si fueran equivalentes o ligados uno a otro, cuando no lo son.

