

EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Por el Académico de Número
Excmo. Sr. D. Jesús González Pérez*

1. INTRODUCCIÓN

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas de 1950, reconoce en el artículo 12 el derecho a contraer matrimonio en los siguientes términos:

A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.

En la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000 se adoptó una fórmula aún más general. El artículo 9, dice:

Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio.

Como todos los derechos de la Carta, estaba incorporado a la fallida Constitución Europea. Aun no incorporados, el Tratado de la Unión dispone que la Unión reconoce los derechos y libertades y principios enumerados en ella, que tendrá el mismo valor jurídico que el Tratado (artículo 6).

El citado artículo 9 de la Carta se aparta de la redacción del artículo 12 del CEDH, eliminando la exigencia de “edad núbil” y la referencia al hombre y a la mujer. Según las explicaciones que la acompañaban, estas modificaciones se intro-

* Sesión del día 22 de junio de 2010.

ducían “para abarcar los casos en que las legislaciones nacionales reconocen vías distintas a la del matrimonio para fundar una familia”.

El ordenamiento de la Unión europea deja, pues, a los Estados libertad para regular el matrimonio y la familia. Y los legisladores adoptarán modelos que en nada se parecen a la concepción tradicional de familia comúnmente aceptada en Europa a principios del siglo XX. Se irán consagrando en las leyes nacionales las corrientes heterodoxas frente a las que, ya en 1912, demandaba protección Castán en su tesis doctoral, que el 23 de junio defendía ante un Tribunal presidido por Gumersindo de Azcárate, titulada “La acción del Estado ante la crisis del matrimonio”.

Notablemente ampliada fue publicada dos años después con el título *La crisis del matrimonio (Ideas y Hechos)*, por la editorial Hijos de Reus, que asimismo editó después las muchas ediciones del *Derecho civil* tan estudiado durante más de medio siglo en todas las Universidades españolas y por muchas generaciones de opositores a notarías y registros.

La crisis del matrimonio era una apasionada defensa del modelo tradicional de matrimonio, en su versión más conservadora, frente a corrientes que hoy las sociedades ya han asumido con naturalidad¹. A esta proliferación de modelos se ha referido Salustiano del Campo en algunas disertaciones de la Academia de Ciencias Morales y Políticas, en el curso académico 1983-1984 (“Amor, modelos matrimoniales y protección de la familia”, *Anales*, número 61, páginas 269 y siguientes) y en el curso 1994-1995 (“Familia y protección en Europa”, *Anales*, número 72, páginas 193 y siguientes).

Al no existir referencia a un modelo de matrimonio, al no partirse de una noción elemental de matrimonio, al no saberse en definitiva qué es matrimonio, ¿puede la legislación de cada Estado considerar matrimonio cualquier forma de unión de seres humanos, cualquiera que sea su finalidad y duración? ¿Es que sería inadmisibles cualquier limitación o impedimento? ¿Es que puede considerarse matrimonio cualquier tipo de unión por aberrante que sea entre personas del mismo o distinto sexo? ¿Es que la Ley de un Estado europeo podría admitir la poligamia o la poliandria? La Carta europea de derechos humanos, al suprimir la exigencia de “edad núbil”, por supuesto, está descartando la procreación como un fin del matrimonio; pero ¿supone que sería admitido el matrimonio con niños? Hasta la Declaración Universal de Derechos Humanos exige la edad núbil, aunque la suscribieron Estados que admitían tal forma de matrimonio con niños, sin el consentimiento de éstos, contraviniendo el apartado 16.2 de la Declaración.

¹ Un extenso estudio sobre la concepción del matrimonio de Castán, en el trabajo de Moreu Ballonga, *La defensa del matrimonio por el joven profesor José Castán Tobeñas y el nacional catolicismo*, en el libro homenaje a Lorenzo Martín-Retortillo *Derechos fundamentales y otros estudios*, 2008, II, pp. 1697 y ss.

Y es que, por mucho que nos apartemos de la concepción tradicional del matrimonio y olvidemos su naturaleza, siempre se mantienen algunas exigencias derivadas de ella. Como el impedimento para contraer matrimonio a los familiares en línea directa o hermanos (sentencia de 7 de agosto de 1996. Hamer c/ Francia).

Los Estados podrán imponer limitaciones siempre que cumplan lo establecido en el artículo 52.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión: respetar el contenido esencial del derecho, respetar el principio de proporcionalidad y que sean necesarias y respondan efectivamente objetivos de interés general reconocidos por la Unión y la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás. La sentencia del TEDH de 18 de diciembre de 1987 (1987/32) sentaba que las limitaciones no deben restringir ni reducir el derecho a contraer matrimonio en tal sentido o hasta el punto de que la esencia del derecho sea perjudicada. Pero ¿cuál es el contenido esencial de este derecho?

Los Estados infringirán el ordenamiento comunitario si imponen limitaciones que incumplan estos requisitos. Pero también lo infringirán si no respetan limitaciones derivadas de lo que todavía se considera esencial al matrimonio. Pues, pese a todas las erosiones del modelo clásico, siempre queda algo de lo que algunos consideramos inherente a la naturaleza del matrimonio.

Voy a limitarme hoy a ofrecer un resumen de algunas de las muchas cuestiones que se han planteado ante el TEDH como consecuencia de la aplicación del ordenamiento europeo. Jurisprudencia que no solo ha recaído sobre demandas fundadas en lesiones al derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia, sino también a otros de los garantizados en el Convenio en cuanto inciden en las relaciones familiares, en especial sobre el derecho a la igualdad y el respeto de la intimidad personal y familiar. A la igualdad entre los esposos se dedica el artículo 5, *número* 7 del Protocolo del Convenio. “Los cónyuges —dice— gozarán de igualdad de derechos y obligaciones civiles entre sí y en sus relaciones con sus hijos por lo que respecta al matrimonio y en caso de disolución. El presente artículo no impedirá a los Estados tomar las medidas necesarias en interés de los hijos”.

No es que las sentencias que dicta el Tribunal confieran una tutela jurisdiccional eficaz frente a las violaciones de los derechos que garantiza el Convenio de Roma, dadas sus limitadas potestades²: pero sus declaraciones servirán al menos para conocer su criterio sobre el ámbito de los derechos.

² A las deficiencias de la tutela del Tribunal me referí en mi intervención en la Academia el curso 2000-2001 dedicado a España y Europa, sobre “La tutela jurisdiccional de los Tribunales europeos” (*Anales*, año LIII, nº. 78, pp. 279 y ss.). Hasta llegaba a considerar impropio dar el nombre de la sentencia a sus resoluciones definitivas. Decía: “Si una sentencia, toda sentencia, es algo más que una operación mental o juicio lógico, es un acto de voluntad del juez y, por tanto, del Poder, un mandato de ineludible observancia, un mandato que proviene del órgano jurisdiccional y, por tanto, del Estado, ¿en nombre de qué poder dicta sentencias el Tribunal Europeo? ¿Qué fuerza coactiva tiene

2. DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO

2.1. La forma en el matrimonio

El Convenio y la Carta reconocen el derecho a contraer matrimonio cumpliendo los requisitos que establezca la legislación del Estado.

Las legislaciones exigen unas determinadas formalidades para que nazca un matrimonio. Prestado su consentimiento por los cónyuges en la forma establecida, quedarán obligados a cumplir las obligaciones a que se han comprometido. Y, por razones de seguridad jurídica, se exigirá la inscripción en un Registro público.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión garantiza a todas las personas, sin distinción, este derecho a contraer matrimonio, siempre que no se incurra en alguna de las limitaciones a que me he referido.

El TEDH, en la sentencia de 13 de septiembre de 2005 (TEDH, 2005/95, B y L contra Reino Unido), se ha referido a las limitaciones derivadas del grado de afinidad, estimando improcedente la denegación de permiso para celebrar el matrimonio entre suegro y nuera, por considerarlo una medida desproporcionada e injustificada, que no defiende los objetivos legítimos de protección de la integridad de la familia y evitar daños a los menores que puedan quedar afectados por el cambio de relaciones entre los adultos que les rodean.

Y la antes citada de 7 de agosto de 1996, al considerar procedente el impedimento para contraer matrimonio que la ley francesa establece para los familiares en línea directa o hermanos.

El TEDH ha tenido ocasión de pronunciarse sobre los efectos de los matrimonios celebrados con sujeción a otros ritos.

En una sentencia de 8 de diciembre de 2009 (Muñoz Días c/ España, TEDH 2009/140), estimó que había existido discriminación por razones étnicas al denegar la pensión de viudedad a mujer casada por el rito gitano, que confiaba en la validez de su matrimonio, reforzada por el reconocimiento oficial de su situación por las autoridades al darles un libro de familia, la consideración de familia numerosa por sus seis hijos y la cotización durante diecinueve años del marido a la Seguridad Social.

detrás para llevar a puro y debido efecto sus fallos? El poder que proviene de un Tratado internacional entre Estados soberanos. Pero las sentencias del Tribunal europeo no son un mandato. No mandan. La fórmula que emplean es que el Tribunal dice, declara; no ordena, no condena" (289). El Tribunal a lo más que llega es, según el art. 41 del Convenio, a "conceder a la parte, *si así procede*, una satisfacción equitativa". Y esto únicamente "si el derecho interno de la Alta Parte Contratante solo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de la violación".

Sin embargo, en otra sentencia de 20 de enero de 2009 (Serife Yigi c/ Turquía, TEDH, 2009/13), esta vez contra Turquía, llega a la conclusión contraria, al estimar que no existe violación del derecho al denegar la pensión de viudedad a la mujer que había contraído matrimonio religioso. La exigencia del vínculo civil para el reconocimiento del derecho y no otorgar al matrimonio religioso efectos frente a terceros y al Estado, dice la sentencia, constituyen una distinción del todo justificada en la protección de la familia.

Parece que, en todo caso, no debe otorgarse a las familias que tuvieran su origen en estas formas de matrimonio trato distinto de las uniones de hecho a que me refiero a continuación.

2.2. Uniones de hecho

Son cada día más frecuentes las parejas que, sin contraer matrimonio, empiezan a convivir en forma análoga a los casados.

Aunque una sentencia del TEDH (la sentencia antes citada de 13 de julio de 2000, Elsholz c/ Alemania, TEDH, 2000/152) califica de “vida familiar” a las uniones de hecho y una copiosa bibliografía jurídica emplea la expresión “familia de hecho”, lo cierto es que la sociedad y el lenguaje se resisten a la equiparación con la familia legítima. No se ha llegado al extremo de llamar “esposo y esposa”, “marido y mujer” a los convivientes o compañeros. Las relaciones jurídicas inherentes a la familia legítima están entera y globalmente reguladas en las leyes civiles³. Y esta normativa no es aplicable a las relaciones de las parejas no casadas. Lo que no supone que las leyes y la jurisprudencia de los distintos países no hayan tenido en cuenta estas situaciones a efectos jurídicos.

Los que huyeron de formalizar su unión para eludir la reglamentación del matrimonio, se apresuraron a invocar la analogía de su situación con la familia legítima para el reconocimiento de derechos inherentes a los integrantes de ésta, no solo en el ámbito civil, sino en el laboral y administrativo, que les fueron reconocidos en las leyes y, por lo general, en la jurisprudencia. Pero sin considerarse familia a estas uniones. Así, en España, la Ley procesal militar (L.O. 2/1989, de 13 de abril, artículo 53.2) habla de “relación estable de convivencia afectiva”, y la Ley 20/1994, de Arrendamientos Urbanos, de “análoga relación de afectividad a la de conyuge, con independencia de su orientación sexual”.

³ Así, siguiendo a Mengoni, Navarro Vals, en *Matrimonio y Derecho*, Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1994, pp. 75 y ss.

Se reconocen, sí, derechos. Pero también se ha considerado que estas uniones pueden dar lugar al nacimiento de obligaciones para los “convivientes”⁴.

En España, alguna ley autonómica ha equiparado al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, extendiendo a los miembros de la pareja los derechos y obligaciones que se reconocen a los cónyuges. Así, la Ley gallega 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia. A tal efecto, el párrafo segundo de su disposición adicional tercera formula una definición de “familia de hecho”. Dice así: “Tendrá la consideración de relación marital análoga al matrimonio la formada por dos personas que lleven conviviendo al menos un año, pudiéndose acreditar tal circunstancia por medio de la inscripción en el registro, manifestación expresa mediante acta de notoriedad o cualquier otro medio admisible en derecho. En caso de tener hijos en común será suficiente con acreditar la convivencia”. Para el legislador gallego, pues, parece que lo que caracteriza la “relación marital” es la convivencia de un año, período de tiempo que hoy no alcanzan buena parte de matrimonios.

El problema radica en la prueba para acreditar la existencia de esta situación de “análoga relación de afectividad a la de cónyuge con independencia de su orientación sexual”. Lo que se ha intentado remediar con el acceso a los registros públicos, o con medios como los que admite la Ley gallega, produciéndose lo que Rafael Navarro Valls ha llamado “desformalización formalizada”⁵.

2.3. Filiación

Intimamente ligado con el tema que trato es el de la filiación.

Las Leyes civiles tradicionales establecían regímenes distintos para los hijos habidos en el matrimonio (llamados legítimos) y los nacidos fuera del matrimonio (llamados ilegítimos). En el Código Civil español se distinguía, a su vez, entre hijos ilegítimos naturales y no naturales. Desde muy joven me pareció tan injusta la discriminación de que eran objeto estos últimos a la hora de su inscripción en el Registro civil, que uno de mis primeros artículos que publiqué en una revista jurídica lo titulé “La inscripción en el Registro civil de los llamados hijos ilegítimos no naturales”.

El diferente régimen jurídico se sigue manteniendo, si bien eliminando las graves discriminaciones que antes existían.

⁴ Sobre las relaciones con terceros hizo una completa exposición Blanquer, en su última intervención en la Academia de Jurisprudencia y legislación. *Cfr. Anales*, nº 39 (2009), pp. 349 y ss.

⁵ *Matrimonio y Derecho*, cit., p. 65.

Son pocas las sentencias que el TEDH ha dictado sobre la discriminación entre hijos habidos en el matrimonio y fuera del matrimonio.

En materia de sucesiones se ha estimado que existe discriminación no justificada al otorgar diferente trato legislativo en el reparto de la herencia (sentencia de 28 de octubre de 1987, Sahin c/ Alemania, y sentencia de 22 de enero de 2004).

Y sobre el régimen de visitas del padre natural al hijo que vive con la madre, sí se sitúa al padre de hijos nacidos fuera del matrimonio en inferioridad de condiciones a los padres divorciados. Así, sentencia de 11 de octubre de 2001 (Sommerfeld c/ Alemania. TEDH 2001/590) y sentencia de 8 de julio de 2003, Sahin c/ Alemania).

2.4. Adopción

El derecho a fundar una familia se plasmaba tradicionalmente en el derecho a tener hijos, incluidos los adoptivos. Al no vincularse el derecho a establecer una familia al de contraer matrimonio, se plantea el problema de hasta qué punto se extiende el derecho a tener hijos adoptivos a las “familias de hecho”.

Domina la tesis de que, dado el concepto tan amplio de familia que ha prevalecido en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, queda a la libertad de las leyes nacionales limitar la facultad de adoptar a los “matrimonios legítimos”. Por lo que si una legislación no permitiera adoptar a personas solteras, no cabría entender que se vulneraba el artículo 12 del Convenio.

Pero sí existiría infracción del derecho a la igualdad si la legislación admitiese a las personas solteras la adopción y la negase a los matrimonios entre personas del mismo sexo, si bien el TEDH, en una sentencia de 4 de diciembre de 2007 (Dickson c/ Reino Unido) admitió la discriminación de trato cuando la diferencia estuviera justificada objetiva y razonablemente⁶.

2.6. Terminación del matrimonio: el divorcio

El TEDH considera que el divorcio no forma parte integrante del contenido del derecho a contraer matrimonio. El artículo 12 del Convenio, declara la sentencia de 18 de diciembre de 1986 (Johanson y otros c/ Irlanda), se refiere a la formación del matrimonio y no a su disolución, por lo que la prohibición del divorcio no

⁶ Arrese, en el comentario al artículo 12 de la obra colectiva *Convenio europeo de Derechos humanos. Comentario sistemático*, Thomson-Cívitas, 2ª ed., 2009, p. 632.

vulnera la sustancia del derecho. La cuestión se planteó por un señor que habiendo tenido varios hijos fuera del matrimonio, se veía en la imposibilidad de legitimarles al no poder volver a contraer matrimonio mientras su esposa siguiera con vida. La prohibición en una sociedad en que impera el principio de la monogamia —dice la sentencia— no cabe que se califique como un ataque a la esencia del derecho a contraer matrimonio.

Ahora bien, si al ciudadano de un Estado cuya legislación admite el divorcio, ha obtenido éste, no puede imponérsele limitación alguna en el Estado en que reside. La sentencia de 18 de diciembre de 1987 (F c/ Suiza) considera que lesiona el artículo 12 del Convenio la decisión de un juez suizo que impuso la prohibición de volverse a casar durante tres años al que ya se había divorciado tres veces, en aplicación de las normas suizas. Al no distinguir el artículo 12 del Convenio entre casarse y volverse a casar, —dice la sentencia— el divorciado no puede ver restringido su derecho a volver a contraer matrimonio.

3. MATRIMONIO ENTRE HOMOSEXUALES

3.1. El derecho a contraer matrimonio de personas del mismo sexo

En las Explicaciones del Praesidium, que, sin valor jurídico, trataba de aclarar las disposiciones de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, al referirse a las diferencias entre su artículo 9 y el 12 del CEDH, se decía que la redacción de este derecho se había modernizado, según he señalado, “para abarcar los casos en los que las legislaciones nacionales reconocen vías distintas a las del matrimonio para fundar una familia”. Parecía, pues, que esas otras uniones, que esas otras familias que podían reconocer las legislaciones nacionales no eran matrimonios. El matrimonio seguía siendo la unión natural entre un hombre y una mujer para convivir y tener hijos. Y así se había dicho en algunas sentencias, no del TEDH, sino del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (sentencia de 31 de mayo de 2001, Alemania y Suiza c/ Consejo), por lo que las relaciones entre homosexuales no se podían equiparar a las relaciones entre personas de distinto sexo (sentencia de 17 de febrero de 1998)⁷.

No obstante, prevaleció la interpretación contraria. La misma “explicación”, continuaba: “Este artículo ni prohíbe ni impone el que se conceda estatuto matrimonial a la unión de personas del mismo sexo”.

⁷ Cfr., en *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (Director Mangas Martín), Fundación BBVA, 2008, comentario al artículo 9, p. 248.

3.2. Régimen jurídico

Las leyes estatales que admiten el matrimonio entre personas del mismo sexo regularán la forma de contraerlo, los impedimentos, el contenido de las relaciones y su extinción como tengan por conveniente, sin más limitaciones que las antes referidas.

El TEDH ha reaccionado en alguna ocasión ante los intentos de extender los efectos que la ley reconoce a una pareja homosexual. Así, en sentencias de 12 de diciembre de 2006 (*Burden y Burden c/ Reino Unido*, TEDH 2006/76) y 29 de abril de 2008 (*Burden c/ Reino Unido*) al declarar que no incurría en discriminación la negativa a reconocer la exención en el pago del impuesto de sucesiones a una de dos hermanas que vivían juntas, al morirse la otra, que sí se reconocía a un matrimonio o a una pareja homosexual regulada. Consideran las sentencias que es una medida razonable y objetivamente justificada para promover las relaciones comprometidas proporcionando al superviviente una medida de seguridad económica.

Ante estas dos sentencias, puede hacerse la siguiente reflexión: Si esas dos hermanas fuesen homosexuales y vinieran manteniendo como tales una relación de convivencia efectiva estable, ¿hubiera jugado el parentesco como impedimento para reconocer a la unión los mismos efectos que el matrimonio? Ya señalé que el parentesco de consanguinidad entre familiares en línea recta o entre hermanos se considera un impedimento razonable para contraer matrimonio. ¿Es que una relación incestuosa resulta reprochable no solo en el matrimonio sino en esas otras formas de convivencia a las que se reconoce los mismos o análogos efectos?

3.3. Evolución de las legislaciones

Al promulgarse en varios países (España, Bélgica, Holanda, Canadá y algunos Estados de América) leyes regulando el matrimonio entre personas del mismo sexo, se pronosticó que se iba a producir un efecto dominó que arrastraría hacia una cascada de legislaciones similares. Sin embargo, más bien parece que se ha desatado un efecto blindaje. Al tema dedicó Rafael Navarro-Valls la intervención en la Academia de Jurisprudencia y Legislación el curso 2006-2007⁸. A tal efecto aportaba unos ejemplos muy expresivos, que resumo a continuación.

En los Estados Unidos —me estoy refiriendo a datos de 2006— 39 Estados promulgaron leyes definiendo el matrimonio como unión legal de un hombre y una

⁸ Con el título “Efecto dominó y efecto blindaje en los matrimonios entre personas del mismo sexo”, *Anales*, nº 87, pp. 17 y ss.

mujer. Diecinueve de estas leyes fueron aprobadas por referéndum. Siguen el ejemplo de la Ley Clinton de Defensa del ahorro (12 de julio de 1996), que a efectos federales, solo concede vida legal a matrimonios heterosexuales. Como en algún Estado se dictaron sentencias declarando inconstitucional esta limitación, 19 de ellos han introducido enmiendas a sus constituciones prohibiendo el modelo de matrimonio homosexual. La media de los referendums populares arrojó una mayoría entre el 60 y 70 % de votantes favorables al matrimonio heterosexual.

Australia ha anulado las nuevas leyes del Territorio de la Capital australiana que permitían las uniones homosexuales. El Fiscal General, al promover la anulación, alegó que la Ley federal australiana deja claro que el matrimonio es solo válido entre un hombre y una mujer.

En Iberoamérica, las reacciones han sido análogas. En Honduras se modificó la Constitución para definir el matrimonio como “unión legal de hombre y mujer”. Guatemala y San Salvador iniciaron un rumbo similar. Refiriéndose a Méjico, dice Navarro-Valls: “Personalmente, he podido comprobar la reticencia latinoamericana a los matrimonios homosexuales. Hace unos meses, fui invitado por los Defensores del Pueblo mexicanos (uno por Estado, más el presidente de la Comisión Federal de Derechos Humanos) para debatir este tema. Muy mayoritariamente —de izquierda, derecha y centro— se mostraron reticentes hacia el matrimonio entre personas del mismo sexo. Algo similar ha ocurrido en las elecciones presidenciales de México. En la Ciudad de México a lo más que se ha llegado es a la aprobación de un sistema similar a Francia con la Ley de Sociedades de Convivencia, en que las uniones entre personas del mismo sexo —como a otros conviventes— se les confieren los efectos del concubinato (art. 5, Ley aprobada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal de Ciudad de México, 12-XI-06)”.

Referido a Europa, dice: “Letonia ha aprobado una enmienda constitucional el pasado mes de diciembre para definir explícitamente el matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer. En Italia la jurisprudencia ha declarado que no puede inscribirse en los registros civiles un matrimonio celebrado en el extranjero entre personas del mismo sexo. Francia ha anulado también el primer matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en su territorio (sentencia de 13 de marzo de 2007). Y en Filipinas se han presentado enmiendas en el Congreso y en el Senado para “vetar” el matrimonio homosexual”.

4. MATRIMONIO CON TRANSEXUALES

4.1. Los transexuales

El fenómeno de la transexualidad dio lugar a que el TEDH le dedicara especial atención y requiriera la opinión de expertos (especialmente psiquiatras) antes de pronunciarse, a los efectos de la atribución jurídica de una identidad sexual a los transexuales.

Una importante sentencia de 11 de julio de 2002 (I c/ Reino Unido, TEDH 2002/45), sobre la que insistiré después, se refiere así a estos aspectos médicos:

Es cierto que no se ha producido ningún descubrimiento concluyente relativo a las causas de la transexualidad (en concreto, la cuestión de saber si sus orígenes son totalmente psicológicos o están vinculados a una diferenciación física en el cerebro). En el asunto *Bellinger contra Bellinger*, se interpretó que los dictámenes periciales indicaban una tendencia creciente a admitir la existencia de una diferencia de los cerebros masculino y femenino con anterioridad al nacimiento, aunque las pruebas científicas en apoyo de dicha teoría estaban lejos de ser exhaustivas. El Tribunal considera sin embargo más significativo el hecho de que está ampliamente reconocido a nivel internacional que la transexualidad constituye un estado médico que justifica un tratamiento destinado a ayudar a las personas afectadas (por ejemplo, el *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*, cuarta edición, DMS-IV, ha reemplazado el diagnóstico de transexualidad por el de “trastorno de identidad sexual”; ver asimismo la “Clasificación internacional de enfermedades”, décima revisión, CIM-10). Los servicios de salud del Reino Unido, al igual que los de la mayor parte de los demás Estados contratantes, reconocen la existencia de dicho estado médico y aseguran o permiten tratamientos, incluidas intervenciones quirúrgicas irreversibles. Los actos médicos y quirúrgicos que han permitido el cambio de sexo de la demandante en este caso han sido de hecho efectuados bajo el control de las autoridades sanitarias internas. Además, dadas las numerosas y penosas intervenciones que lleva consigo el cambio de sexo y el grado de determinación y convicción requerido para modificar el rol sexual en la sociedad, no se puede pensar que haya algo de arbitrario o de irreflexivo en la decisión de una persona de cambiar el sexo. Asimismo, el hecho de que las causas exactas de la transexualidad sigan siendo debatidas por la comunidad científica y médica no tiene ya tanta importancia.

Aunque siga siendo cierto también que un transexual no puede adquirir todas las características biológicas del nuevo sexo (sentencia *Sheffield y Horshman*, previamente citada, pg. 2028, ap. 56), el Tribunal constata que con la sofisticación en aumento de las intervenciones quirúrgicas y de los tipos de tratamientos hormonales, el principal aspecto biológico de la identidad sexual que permanece inmu-

table es el elemento cromosómico. Ahora bien, se sabe que se pueden producir anomalías cromosómicas de forma natural (por ejemplo en los casos de intersexualidad, en los que los criterios biológicos al nacer no concuerdan entre ellos) y que ciertas personas que las padecen deben sufrir un cambio a uno u otro sexo, según el caso. En opinión del Tribunal, no es evidente que el elemento cromosómico deba inevitablemente constituir —excluyendo cualquier otro— el criterio determinante a los efectos de la atribución jurídica de una identidad sexual a los transexuales (ver la opinión disidente del Juez Torpe en el asunto *Bellinger contra Bellinger* citada en el apartado 36 *supra*, y la decisión del Juez Chisholm en el asunto australiano *Re Kevin* citada en el apartado 39 *supra*).

No voy a referirme aquí al problema en general, sino referido a la admisibilidad del matrimonio de un transexual. Teniendo en cuenta la libertad que el ordenamiento europeo deja a las leyes nacionales para regular este derecho, ¿puede imponer alguna limitación a los transexuales? O, más concretamente, una vez producida la transformación, ¿se les reconoce el nuevo sexo a efectos matrimoniales?

Son muchas las sentencias que sobre el tema ha tenido que dictar el Tribunal, dictadas contra resoluciones del Reino Unido.

Pueden distinguirse dos fases en la jurisprudencia.

4.2. Jurisprudencia

4.2.1. Primera fase

Inglaterra se negaba a alterar la inscripción en el Registro del cambio de sexo, alegándose que se trataba de un registro histórico y que por mucho que hubiera habido alteraciones posteriores, la realidad era que quien había nacido hombre seguía siendo hombre, y quien había nacido mujer seguía siendo mujer, El TEDH en un principio consideraba que el Reino Unido no había infringido el art. 12 del Convenio, sentando una doctrina que mantenía la concepción más tradicional sobre el matrimonio. Así, en sentencia de 17 de octubre de 1986 (*Rees c/ Reino Unido*), y en las de 30 de julio de 1998 (*Sheffield y Horsham c/ Reino Unido*, TEDH 1998/34) y 27 de diciembre de 1990 (*Cossey c/ Reino Unido*, TEDH 1990/22). La de 30 de julio de 1998, en los apartados 66 y 67, dice:

67. El Tribunal recuerda que al garantizar el derecho a casarse, el artículo 12 atañe al matrimonio tradicional entre dos personas de sexo biológico distinto. Su redacción lo confirma: se desprende que el fin perseguido consiste esencialmente en proteger el matrimonio como fundamento de la familia. Además, el artículo 12 lo precisa, este derecho obedece a las leyes nacionales de los Estados contratantes en

lo concerniente a su ejercicio. Las limitaciones que resulten no deben restringirlo o reducirlo de una manera o a un grado que lo alcanzaran en la sustancia misma, pero no se podría atribuir tal efecto al impedimento en el Reino Unido del matrimonio entre personas que no pertenecen a sexos biológicos distintos (sentencia Rees, previamente citada, pg. 19, ap. 49 y 50).

67. El Tribunal recuerda además que juzgó en la sentencia Cossey (pg. 18, ap. 46) que el apego al concepto tradicional de matrimonio que subyace al artículo 12 del Convenio proporcionaba un motivo suficiente para continuar aplicando criterios biológicos para determinar el sexo de una persona con fines matrimoniales, dependiendo esta materia del poder de que disfrutaban los Estados contratantes de reglamentar por medio de leyes el ejercicio del derecho a casarse.

4.2.2. Segunda fase

Pero la realidad social cambia. Cambian los criterios sociales y culturales, y cambian sobre todo las posibilidades médicas. Lo que tiene su reflejo en la jurisprudencia del TEDH. Las sentencias en que todavía se mantenía la concepción tradicional van a dictarse cada vez con más votos disidentes. Y la sentencia antes citada de 11 de julio de 2002 va a romper con la doctrina mantenida hasta entonces, y considera que el Reino Unido, al negar la inscripción en el Registro y no facilitar el matrimonio desde el nuevo sexo, vulnera el artículo 8 del Convenio (derecho a la vida privada y familiar) y el artículo 12 (derecho a contraer matrimonio).

La sentencia, en los apartados 73 a 75, dice:

73. El Tribunal no subestima las dificultades que plantea un cambio fundamental del sistema ni las repercusiones importantes que dicha medida tendrá inevitablemente, no solamente para el registro de nacimientos, sino también en ámbitos tales como el acceso a los registros, el derecho de familia, la filiación, la sucesión, la justicia penal, el empleo, la Seguridad Social y los seguros. Sin embargo, se desprende claramente del informe del grupo de trabajo interministerial que estos problemas están lejos de ser insuperables, al haber considerado dicho grupo que podía proponer como una de las opciones el pleno reconocimiento jurídico de la nueva identidad sexual, salvo ciertos criterios y procedimientos. Tal y como señaló Lord Justice Torpe en el asunto Bellinger, todas las dificultades corolarias que pudieran surgir, en particular en el ámbito del derecho de familia, se pueden a la vez gestionar y aceptar si se limita a los transexuales operados que han realizado plenamente su conversión. Al Tribunal tampoco le convence la tesis del Gobierno según la cual el hecho de tolerar la aplicación a la demandante de las disposiciones específicas de las mujeres, lo que cambiaría también la fecha de su jubilación, sería una injusticia para las demás personas afiliadas a la Seguridad Social y al régimen de pensiones del Estado. De hecho, no se ha probado que la modificación de la condición

de los transexuales pudiera implicar dificultades concretas o notables o un ataque al interés público. En cuanto a las demás consecuencias eventuales, el Tribunal considera que se puede razonablemente exigir de la sociedad que acepte algunos inconvenientes con el fin de permitir a otros vivir con dignidad y respeto conforme a la identidad sexual escogida por ellos al precio de enormes sufrimientos.

74. En los asuntos británicos que tuvo que conocer en 1986, el Tribunal siempre señaló la importancia de examinar de manera permanente la necesidad de medidas jurídicas apropiadas, teniendo en cuenta la evolución de la ciencia y de la sociedad (ver las referencias al apartado 54 *supra*). En el último de ellos, el asunto Sheffield y Horsham, resuelto en 1988, señaló que el Estado demandado no había adoptado ninguna medida, pese a la mayor aceptación social de la transexualidad y del creciente reconocimiento de los problemas a los que se enfrentan los transexuales operados (sentencia Sheffield y Horshman previamente citada, ap. 60). Sin constatar ninguna violación en dicho asunto, volvió a afirmar explícitamente que la cuestión debía dar lugar a un examen permanente. Desde entonces el grupo de trabajo interministerial ha publicado en abril de 2000 un informe en el que examina la situación actual de los transexuales, concretamente en los ámbitos del derecho penal, de la familia, del empleo, y pone de relieve algunas opiniones con vistas a una reforma. No se hizo realmente nada para ejecutar estas propuestas y, en julio de 2001, el Tribunal de Apelación constató que no existía ningún proyecto en ese sentido (apartados 35-36 *supra*). Se puede constatar que la única reforma legislativa notable que ha visto la luz, y que aplica ciertas disposiciones no discriminatorias a los transexuales, fue tomada tras una decisión del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 30 de abril de 1996 que asimilaba una discriminación basada en el cambio de sexo a una discriminación basada en el sexo (apartados 26-28 *supra*).

75. Teniendo en cuenta lo que precede, el Tribunal considera que el Estado demandado ya no puede invocar su margen de apreciación en la materia, salvo en lo referente a los medios a ejecutar para asegurar el reconocimiento del derecho protegido del Convenio. Al no competir ningún factor importante de interés público en este caso con el interés de la demandante en obtener el reconocimiento jurídico de su cambio de sexo, el Tribunal concluye que la noción del equilibrio justo inherente al Convenio inclina resueltamente la balanza a favor de la demandante. Por lo tanto, no se respetó el derecho de la interesada a su vida privada, violándose así el artículo 8 del Convenio.

Y en el apartado 85, que:

Los elementos sometidos por Liberty permiten constatar que aunque el matrimonio de los transexuales tiene una gran adhesión, el número de países que autorizan dicho matrimonio bajo su nueva identidad sexual es inferior al de los Estados

que reconocen el cambio sexual en sí mismo. El Tribunal no está convencido sin embargo de que ello constituya la base de la tesis según la cual los Estados contratantes deban poder reglamentar totalmente la cuestión en el marco de su margen de apreciación. En efecto, ello conllevaría a concluir que el abanico de las opciones abiertas a un Estado contratante llega hasta prohibir en la práctica el ejercicio del derecho a casarse. El margen de apreciación no puede ser tan amplio. Aunque corresponda al Estado contratante determinar, concretamente, las condiciones que debe reunir un transexual que reivindica el reconocimiento jurídico de su nueva identidad sexual para establecer que realmente ha habido un cambio de sexo y aquellas en las que un matrimonio anterior deja de ser válido, o incluso las formalidades aplicables a un futuro matrimonio (por ejemplo, las informaciones a proporcionar a los futuros esposos), el Tribunal no ve motivo alguno que justifique que los transexuales se vean privados en todas las circunstancias del derecho a casarse.

Como consecuencia de estas sentencias, en Inglaterra se producen importantes cambios normativos:

- La *Gender Recognition Act* de 2004 regula la solicitud del certificado del nuevo sexo, con el que ya se puede contraer matrimonio. Pero se mantiene en su sentido tradicional del matrimonio: unión de hombre y mujer. Por lo que, una vez producido el cambio de sexo, sólo se admite el matrimonio con personas de distinto sexo.
- La *Civil Partnership Act* de 2004 regula las uniones formalizadas y estables entre dos personas del mismo sexo. Se les reconocen los mismos efectos jurídicos que al matrimonio.

4.2.3. *Dos resoluciones significativas*

Por último, una referencia a dos resoluciones de inadmisión de la misma fecha, 28 de noviembre de 2006 (ambas contra el Reino Unido), que reflejan la situación a la que se ha llegado con esta desnaturalización de que ha sido objeto el matrimonio.

Supuesto de hecho: matrimonio de un hombre y una mujer en 1960, que tiene tres hijos. Vamos, un matrimonio como Dios manda. El marido, de convicciones religiosas, se ordena en 1970 Ministro de la Iglesia (se supone anglicana). Después de 38 años de casados, el marido se da cuenta de que, realmente, no es hombre, sino mujer, y, consiguientemente, cree que tiene que cambiar de sexo. Se somete a la operación correspondiente y se convierte en mujer. Ya mujer, se da cuenta, también, de que es muy feliz con su mujer. Habla con ella, y deciden seguir conviviendo —se aman, dicen—, manteniendo el matrimonio.

Al solicitar el certificado de cambio de sexo, las autoridades británicas objetan que el matrimonio no puede seguir existiendo legalmente, ya que Inglaterra solo admite el matrimonio entre personas de distinto sexo. Por lo que deberían divorciarse y, una vez divorciados —extinguido el matrimonio— formalizar la unión con arreglo a la *Gender Recognition Act* de 2004, dictada en acatamiento de la sentencia del TEDH de 11 de julio de 2002.

Anita Parry acude en defensa de su derecho al Tribunal de Estrasburgo, que resuelve su inadmisión⁹.

Es de suponer que el viejo matrimonio, en cumplimiento de la sentencia de los Tribunales británicos, haya obtenido el divorcio, formalizado su unión estable de personas del mismo sexo y vivan felices y contentos. Hasta es posible que el anterior esposo y ministro de la Iglesia, haya seguido ejerciendo su ministerio (como ministro de la Iglesia) y, si así lo permite los recientes acuerdos entre la Iglesia anglicana y Roma, siga ejerciendo.

A los Magistrados del Tribunal no se les ocurrió sugerir otra solución que hubiera satisfecho plenamente las pretensiones de la pareja de vivir unidos por el “vínculo matrimonial”. Si el obstáculo para ello no era otro que, como consecuencia de la transformación del sexo del marido el matrimonio sería un matrimonio entre homosexuales, no permitido en Inglaterra, nada más fácil que el cambio de sexo de la mujer. Una vez consumada la operación ya sería un matrimonio heterosexual y los tres hijos tendrían papá y mamá, aunque con los papeles cambiados: el anterior papá sería mamá y la mamá papá.

⁹ El comentario de Lorenzo Martín-Retortillo a estas resoluciones lo titula “To be or not to be”, o “no se puede ser todo al mismo tiempo”.