

CASO COSSEY CONTRA REINO UNIDO

Artículos 8 y 12 (Derecho al respeto de la vida privada y derecho de casarse y fundar una familia) Sentencia de 27 de septiembre de 1990

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, resolviendo en pleno en aplicación del artículo 51 de su Reglamento y compuesto por los siguientes Jueces:

Señores R. Ryssdal, Presidente; J. Cremona, Thór Vilhjálmsson, Señora D. Bindschedler-Robert, Señores F. Gölcüklü, F. Matscher, L.-E. Pettiti, B. Walsh, Sir Vicent Evans, Señores R. Macdonald, C. Russo, R. Bernhardt, A. Spielmann, S. K. Martens, Señora E. Palm, Señores I. Foighel, R. Pekkanen, J. M. Morenilla Rodríguez, y por los señores M.-A. Eissen, Secretario, y H. Petzold, Secretario adjunto.

Después de deliberar en privado los días 27 de abril y 29 de agosto de 1990, Dicta la siguiente Sentencia, aprobada en la última fecha citada:

PROCEDIMIENTO

1. El litigio fue sometido al Tribunal por el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte («el Gobierno») el 4 de julio de 1989, y por la Comisión Europea de Derechos Humanos («la Comisión») el día 13 del mismo mes y año, dentro del plazo de tres meses que establecen los artículos 32.1 y 47 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales («el Convenio»). Tuvo su origen en la demanda número 10843/1984, deducida contra el Reino Unido y presentada ante la Comisión el 24 de febrero de 1984 por una ciudadana británica, la señorita Carolina Cossey, con arreglo al artículo 25.

El Gobierno se remite al artículo 48 y la Comisión a los artículos 44 y 48 y a la declaración del Reino Unido que reconoció la jurisdicción obligatoria del Tribunal (art. 46). La pretensión común es que se resuelva si los hechos de autos ponen de manifiesto que el Estado demandado incumplió las obligaciones que impone el artículo 12 y, en el caso de la demanda, el artículo 8.

2. La demandante -que se mencionará en femenino-, en contestación al ofrecimiento previsto en el artículo 33.3. d) del Reglamento, anunció que participaría en el procedimiento y nombró abogado a estos efectos (art. 30).

3. La Sala que debía constituirse comprendía como miembros de oficio a Sir Vincent Evans, Juez elegido por su nacionalidad británica (art. 43 del Convenio), y al señor Ryssdal, Presidente del Tribunal [art. 21.3. b) del Reglamento]. El 23 de agosto de 1989, el Presidente designó por sorteo ante el Secretario a los cinco miembros restantes: los señores F. Matscher, B. Walsh, J. de Meyer, la señora E. Palm y el señor I. Foighel (arts. 43 *in fine* del Convenio y 21.4 del Reglamento). Posteriormente, el Juez suplente, señor N. Valticos, sustituyó por abstención al señor De Meyer (arts. 22.1 y 24.2 del Reglamento).

4. El señor Ryssdal, después de hacerse cargo de la Presidencia de la Sala (art. 21.5 del Reglamento), consultó por medio del Secretario al Agente del Gobierno, al Delegado de la Comisión y al representante de la demandante sobre la necesidad del procedimiento escrito (art. 37.1). De conformidad con la providencia dictada a este respecto, el 19 de octubre de 1989 recibió el Secretario la Memoria de la señorita Cossey y el 20 del mismo mes la del Gobierno.

El Secretario de la Comisión, en su carta del 16 de enero de 1990 al del Tribunal, le anunció que el Delegado expondría su parecer al celebrarse la audiencia.

5. El 9 de enero de 1990 el Presidente, después de consultar a los comparecientes por medio del Secretario, señaló el 24 de abril de 1990 como fecha de apertura del procedimiento oral (art. 38 del Reglamento).

6. El 21 de febrero del mismo año la Sala acordó declinar su competencia con efectos inmediatos en el pleno del Tribunal (art. 51).

7. La audiencia se celebró públicamente el día señalado en el Palacio de Derechos Humanos, en Estrasburgo. El Tribunal se reunió antes para prepararla.

Han comparecido:

a) Por el Gobierno:

el señor N. Parker, asesor jurídico adjunto del Ministerio de Asuntos Exteriores y de la Commonwealth, agente;

el señor N. Bratza, Q. C., asesor jurídico;

el señor A. Inglese, del *Home Office* , asesor;

el señor W. Jenkins, *General Register Office* , asesor.

b) Por la Comisión:

el señor E. Busuttil, delegado.

c) Por el demandante:

el señor D. Pannick, *Barrister at Law* , asesor jurídico;

el señor H. Brandman, *solicitor* .

El Tribunal oyó las declaraciones y las contestaciones a sus preguntas y a las de dos de sus miembros del señor Bratza, en nombre del Gobierno; del señor Busuttil, en el de la Comisión, y del señor Pannick, representante de la demandante.

8. La demandante presentó varios documentos los días 27 y 30 de abril y 22 de mayo, y el Gobierno el 5 de junio, especialmente puntualizaciones de aquélla sobre su reclamación al amparo del artículo 50 del Convenio y comentarios de éste en relación con dicha pretensión.

HECHOS

I. Las circunstancias del caso

9. La demandante, ciudadana británica, nació en 1954 y fue inscrita entonces en el Registro de Nacimientos (o Registro Civil) como varón con los nombres masculinos de Barry Kenneth.

10. A los trece años se dio cuenta de que no se parecía a los demás muchachos, y dos o tres años después entendió que, aunque con órganos genitales externos masculinos, psicológicamente pertenecía al sexo femenino.

En julio de 1972 dejó sus nombres masculinos para tomar el femenino de Carolina. Desde este cambio -que confirmó en marzo de 1973 por una escritura unilateral (*deep poll*, apartado 16, posterior)- se la llama siempre así, se viste con trajes de mujer y se conduce como tal.

11. En diciembre de 1974 sufrió en un hospital de Londres una intervención quirúrgica de transformación sexual para dar a su anatomía externa un aspecto más femenino. Anteriormente se la había tratado con hormonas femeninas y operado para aumentar el volumen de sus senos, con ayuda de implantes.

Un informe médico del 8 de febrero de 1984 la describía como una joven encantadora que llevaba una vida normal de mujer, tanto psicológica como físicamente, desde sus operaciones, y puntualizaba que un reconocimiento genital demostraba que tenía órganos genitales externos femeninos y una vagina. En lo sucesivo transexual femenina, puede tener relaciones sexuales con un hombre.

12. En 1976 el Reino Unido le entregó un pasaporte como mujer (apartados 16 y 17, posteriores). De 1979 a 1986, aproximadamente, ha trabajado con éxito como maniquí, apareciendo regularmente en periódicos, revistas y anuncios.

13. En 1983 la señorita Cossey y el señor I., ciudadano italiano al que conocía desde hacía unos catorce meses, proyectaron contraer matrimonio.

En una carta de 22 de agosto de 1983, el *Registrar General* informó a la (ahora) demandante de que un matrimonio así sería nulo en el Derecho inglés porque se le consideraría de sexo masculino, a pesar de sus condiciones anímicas y psicológicas. El parlamentario de su distrito le dijo, en una carta del 30 de agosto de 1983, que para permitir un matrimonio como el proyectado habría que modificar la legislación. La interesada continuó sus gestiones, y el 18 de enero de 1984 recibió una contestación, en nombre del Jefe del Registro Civil, diciéndole que no se le podía facilitar un certificado de nacimiento en el que constara que era de sexo femenino porque los datos correspondientes se referían a la fecha en que había nacido (apartados 18 a 20, posteriores).

En 1985 -después de la fecha de su demanda ante la Comisión- la señorita Cossey y el señor I. rompieron sus relaciones, aunque continuaron siendo buenos amigos.

14. El 21 de mayo de 1989 se celebró una ceremonia nupcial entre la demandante y el señor X en una sinagoga de Londres. Sin embargo, sus relaciones terminaron el 22 de junio del mismo año.

Como consecuencia de una petición de la señorita Cossey, a quien se había informado que era la única manera de conseguir una ayuda económica, la *High Court* por un *decree nisi* de 17 de enero de 1990, declaró nulo el matrimonio, fundándose en que las partes no eran del sexo contrario (apartados 23 y 24). La resolución quedó firme el 13 de marzo de 1990.

II. La legislación y la práctica internas

A. El tratamiento médico

15. En el Reino Unido las operaciones de transformación o conversión sexual no requieren ninguna formalidad legal. Las intervenciones y el tratamiento pueden costearse por el «National Health Service» (Servicio Nacional de la Salud o de Sanidad).

B. *El cambio de nombre*

16. El Derecho inglés permite que una persona escoja el nombre y los apellidos que prefiera y que los use a su gusto, sin ninguna restricción, salvo en el ejercicio de algunas profesiones en que pueden establecerse determinadas formalidades (véase, *inter alia*, *Halsbury's Law of England*, 4.a ed., vol. 35, apartados 1.173 a 1.176). Para evitar las dudas y la confusión que puede causar un cambio de nombre, es frecuente que la persona interesada haga una declaración en escritura unilateral (*deep poll*) inscribible en el *Central Office of the Supreme Court* (Oficina o Registro Central del Tribunal Supremo).

Los nuevos nombres sirven para identificar legalmente y pueden usarse en documentos como los pasaportes, permisos de conducir, registros de vehículos, tarjetas del seguro nacional, fichas médicas, códigos de impuestos y datos de la Seguridad Social. También se incluyen en los censos electorales.

C. *Documentos de identidad*

17. Los certificados del estado civil o los documentos de identidad equivalentes no se usan ni se exigen en el Reino Unido. Cuando hay que identificarse basta, por lo general, exhibir un permiso de conducir o un pasaporte. Estos documentos, y los demás que sirven a estos efectos, se consiguen con un mínimo de formalidades con el nombre elegido por la persona interesada. En el caso de transexuales, los documentos se redactan también de acuerdo en todos los aspectos con la nueva identidad. De hecho, el transexual puede pedir que se incorpore al pasaporte una fotografía reciente con la indicación «señor», «señora» o «señorita», según corresponda, precediendo al nombre elegido.

D. *El registro de nacimientos*

18. El régimen del registro civil de los nacimientos, defunciones y matrimonios se estableció en Inglaterra y en el País de Gales por una Ley de 1837. El de los nacimientos se regula actualmente por la Ley de 1953 -que se refiere también a las defunciones- y que exige su inscripción por el funcionario competente del Registro del Estado Civil del distrito en que el niño ha nacido. Los reglamentos aprobados para la aplicación de la Ley de 1953 disponen los datos que hay que hacer constar en la inscripción.

El certificado de nacimiento puede ser una copia auténtica de la inscripción registral o un mero extracto. En el segundo supuesto se llama «certificado de nacimiento en extracto», y se expide en la forma y con los datos -nombre, apellido, sexo, fecha y lugar de nacimiento del interesado- que señalan los reglamentos para la aplicación de la ley. No se incluyen, en especial, los correspondientes, según el Registro, al parentesco o a la adopción.

La inscripción y el certificado que de ella se derive se refieren a las circunstancias en la fecha de nacimiento. Por tanto, en Inglaterra y en Gales el certificado no acredita la identidad en la actualidad, sino los hechos históricos. El sistema pretende facilitar la prueba indiscutible de los acontecimientos en sí, y también ayuda a demostrar los lazos familiares para distintos fines como las sucesiones, la filiación legítima y la partición de la propiedad. Los archivos del Registro del Estado Civil son también la fuente de importantes estadísticas y un elemento indispensable de los estudios sobre la población y su crecimiento y de las investigaciones en las materias de sanidad y fecundidad, etcétera.

19. La Ley de 1953 autoriza al encargado del Registro (*registrar*) o al *superintendent registrar* a corregir los errores materiales, como la omisión o la indicación inexacta del año de nacimiento, o los de hecho cometidos al efectuar la inscripción. Se puede modificar también ésta, dentro de los doce meses siguientes, para indicar o cambiar el nombre del niño.

La ley prevé la nueva inscripción del nacimiento de un niño legitimado por el matrimonio de sus padres. A partir de este momento los correspondientes certificados revisten la forma de una copia auténtica de la nueva inscripción, y sólo se podrá expedir una copia de la anterior por orden del Jefe de Registro.

La adopción de un niño, según la Ley de 1976 que la regula, causará una inscripción (en la que no aparecen los nombres de los padres según la naturaleza) en un Registro distinto conocido como el de los niños adoptados («Adopted Children Register») y la inserción en el de nacimientos de la palabra «adoptado» en la primera inscripción. El Jefe del Registro llevará los correspondientes libros para asegurar la relación entre las dos inscripciones, pero sólo se pondrán de manifiesto a petición de la persona adoptada o en cumplimiento de una resolución judicial. Cualquiera puede conseguir un certificado de la inscripción en el Registro de niños adoptados o un simple extracto que no mencione el parentesco.

20. Ni la Ley de 1953 ni los reglamentos que la aplican establecen los criterios para determinar el sexo de la persona que ha de inscribirse. Sin embargo, la práctica del Jefe del Registro del Estado Civil es usar exclusivamente los criterios biológicos: sexos cromosómicos, gonadal y genital. El hecho de que después el «sexo psicológico» de una persona aparezca en contradicción con aquéllos no supone un error material en la inscripción inicial y, en consecuencia, no justifica que se pida su modificación. Sólo un error de forma, una identificación equivocada del sexo aparente y genital del niño o la discrepancia entre los criterios biológicos («la intersexualidad») pueden hacer cambiar la indicación, y aun así han de aportarse pruebas médicas de la inexactitud. En cambio, no se considera producido el error si el interesado se somete a un tratamiento médico y quirúrgico para asumir el papel del sexo opuesto.

21. Se llevan índices o ficheros de todas las inscripciones registrales de nacimientos. El público puede consultarlos (no así los Registros) y conseguir una copia certificada de la inscripción. Sin embargo, para encontrar la correspondiente referencia en el índice hay que conocer ya, además del nombre con que se ha efectuado la inscripción, la fecha aproximada, el lugar del nacimiento y el distrito.

22. Aunque la legislación vigente no exige nunca la presentación de un certificado de nacimiento, lo piden a veces determinados organismos y empresarios.

Por lo general se acompaña con la primera petición de pasaporte, no para su renovación o sustitución ni en las solicitudes de un permiso de conducir. Las compañías de seguros lo suelen exigir (aunque no siempre) para las pólizas de pensiones o rentas. No es necesario, en cambio, para las de seguros de automóviles o casas, ni habitualmente para las de vida. También se puede necesitar para matricularse en la Universidad o solicitar una colocación, especialmente en la Administración pública. Para celebrar un matrimonio religioso el Derecho inglés ni obliga ni autoriza al celebrante a pedir a los contrayentes un certificado de nacimiento (véase también el apartado 25, posterior).

E. El matrimonio

23. Según la definición del Derecho inglés, el matrimonio es la unión voluntaria para toda la

vida de un hombre y de una mujer, con exclusión de cualquier otra persona (Lord Penzance en «Hyde v. Hyde», *Law Reports*, 1968, vol. 1, *Probate and Divorce*, págs. 130 y 133). El artículo 11 de la Ley de 1973 sobre las causas matrimoniales («Matrimonial Causes Act») concede fuerza de ley a la regla del «Common Law» que declara la nulidad *ab initio* de un matrimonio entre personas de un mismo sexo.

El artículo 12 de la misma Ley permite anular un matrimonio no consumado por la incapacidad o negativa intencionada de cualquiera de los cónyuges.

24. Según la resolución de la *High Court* en el litigio «Corbett v. Corbett» (*Probate Reports*, 1971, pág. 83), para la validez de un matrimonio se debe determinar el sexo por medio de los criterios cromosómicos, gonadal y genital cuando concuerden entre sí, sin tener en cuenta ninguna intervención quirúrgica. Un certificado de nacimiento sólo se utiliza a este respecto para demostrar la identidad y el sexo de la persona de que se trate. La inscripción en el Registro de Nacimientos es un principio de prueba del sexo, que puede ser destruida por otra en contrario y de suficiente peso.

25. Incurrirá en el delito previsto en el artículo 3.1 de la Ley de 1911 sobre el perjurio («Perjury Act») el que para contraer matrimonio, o para conseguir un certificado o una licencia a estos efectos, con conocimiento de causa e intencionadamente, jure en falso o haga o suscriba una declaración falsa u otorgue un documento también falso exigidos por cualquier ley sobre el matrimonio. Sin embargo, no será aplicable esta disposición a la persona que contraiga matrimonio en el extranjero.

F. La definición legal del sexo para otros fines

26. Los tribunales ingleses han seguido en muchos litigios, y en cuestiones distintas del matrimonio, la definición biológica del sexo formulada en el fallo «Corbett v. Corbett».

En un caso de prostitución, un transexual que había recibido un tratamiento con hormonas y quirúrgico para convertirlo en mujer fue considerado, sin embargo, como un hombre por la «Court of Appeal» a los efectos de las Leyes de 1956 (art. 30) y 1967 (art. 5) sobre los delitos sexuales («Regina v. Tan and Others, all England», *Law Reports*, 1983, vol. 2, pág. 12). Lo mismo sucedió con dos transexuales en litigios sobre la legislación de Seguridad Social: el Comisario Nacional de Seguros (*National Insurance Commissioner*) los consideró de sexo masculino para determinar la edad de jubilación. En el primer caso, la persona interesada sólo había sido tratado con hormonas; en el segundo caso, se le habían presentado espontáneamente caracteres secundarios femeninos a la edad de cuarenta y seis años y, posteriormente, se sometió a una operación y llevó una vida social femenina durante unos trece años (casos R. P. 1 y R. P. 2 en el volumen de 1980 de las *National Insurance Commissioner Decisions*). Por último, un tribunal industrial atribuyó la condición femenina, a la vista de la Ley de 1975 sobre la discriminación sexual, a una persona transexual no sometida a ningún tratamiento que había pedido y conseguido un puesto reservado a los varones por la Ley Reguladora del Trabajo en las Fábricas («Factories Act»); perdido después al descubrirse su sexo biológico Femenino («While v. British Sugar Corporation Ltd.», *Industrial Relations Law Reports*, 1977, pág. 121).

EL PROCEDIMIENTO ANTE LA COMISIÓN

27. La señorita Cossey, en su demanda número 10843/1984, de 24 de febrero, ante la Comisión, reclamaba por no poder conseguir en el Derecho inglés su total reconocimiento de su cambio de condición y, en especial, por no poder casarse con un hombre. Alegaba que se habían violado los artículos 8 y 12 del Convenio.

28. La Comisión admitió a trámite la demanda el 5 de julio de 1985, y en su informe del 9 de mayo de 1989 (art. 31) llegó a la conclusión, por diez votos contra seis, de que se había violado el artículo 12; no así el artículo 8. El texto íntegro de su opinión y de los tres votos particulares disidentes formulados se incluye en un anexo a esta Sentencia.

CONCLUSIONES PRESENTADAS AL TRIBUNAL

29. En la audiencia celebrada el 24 de abril de 1990 el Gobierno pidió al Tribunal que «fallara y declarara que no se había violado el derecho de la demandante al respeto de su vida privada, garantizado por el artículo 8..., ni el de casarse y fundar una familia, reconocido por el artículo 12...».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

30. Según la señorita Cossey, la denegación de un certificado de nacimiento en el que figurara que su sexo era el femenino y su incapacidad, en el Derecho inglés, para contraer válidamente matrimonio con un hombre infringen los artículos 8 y 12 del Convenio, respectivamente. Los preceptos invocados disponen lo siguiente:

Artículo 8

«1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. La autoridad pública sólo podrá injerirse en el ejercicio de este derecho en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y sea una medida necesaria en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de los delitos, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás.»

Artículo 12

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

El Gobierno discute esta opinión y la mayoría de la Comisión entiende que se violó el artículo 12 y no el artículo 8.

31. El Tribunal ya conoció en el caso Rees de problemas parecidos a los que se plantean ahora. Por consiguiente, tiene que determinar si hay alguna diferencia entre los hechos de los dos litigios o si debe apartarse del criterio seguido en la Sentencia dictada el 17 de octubre de 1986 en el primero (serie A, núm. 106, «Sentencia Rees»).

I. Si las circunstancias del presente litigio son distintas de las del caso Rees

32. Según la demandante y algunos miembros de la Comisión, el litigio de que se trata se diferencia del de Rees en que, en el momento de acudir a la Comisión, la señorita Cossey tenía un novio dispuesto a casarse con ella (apartado 13, anterior), mientras que el señor Rees no contaba con una mujer deseosa de contraer matrimonio con él. Además, a pesar de la sentencia posterior de anulación, la boda del señor X con la demandante demostraba

claramente que ésta quería casarse.

El Tribunal no está convencido de que haya de tenerse en cuenta esta diferencia. Por lo pronto, la falta de una acompañante así no ha influido en absoluto en las conclusiones de la Sentencia Rees, que se fundaban en el examen general de los principios en juego (*loc. cit.*, págs. 14 a 18 y 19, apartados 35 a 46 y 48 a 51). En cuanto al artículo 8, la presencia de semejante persona no ha tenido, por otra parte, ninguna relación con el contenido de los certificados de nacimiento, pues se puede pedir una copia para finalidades ajenas al matrimonio. De la misma manera, respecto al artículo 12, el derecho a casarse no depende tampoco de la existencia de dicha persona ni del deseo de hacerlo, sino de que el elegido o la elegida reúnan los requisitos legales.

33. La demandante también subraya que socialmente se la considera mujer (apartados 10 a 12, precedentes); pero esto no es importante a los efectos de que se trata: lo mismo sucedía, *mutatis mutandis*, en el caso del señor Rees (Sentencia Rees, pág. 19, apartado 17). Tampoco importa que se trate de una transexual o de un transexual. Este factor -única diferencia de hecho entre los dos casos- no ha jugado ningún papel en los fundamentos de la Sentencia dictada en el litigio Rees.

34. Por consiguiente, entiende el Tribunal que no hay ninguna diferencia entre las circunstancias de hecho del presente caso y las del que se ha citado.

II. Si el Tribunal debe apartarse de su doctrina en la Sentencia Rees

35. La demandante alega que, en cualquier caso, los problemas que se plantean en torno a los artículos 8 y 12 merecen un nuevo estudio.

Es cierto, como también dice, que el Tribunal no está limitado por sus anteriores fallos, y así lo confirma el artículo 51.1 de su Reglamento. No obstante, suele tenerlos en cuenta y aplicarlos en interés de la seguridad jurídica y del ordenado desarrollo de la jurisprudencia sobre el Convenio. Lo dicho no le impide apartarse de una resolución anterior cuando entiende que hay razones imperiosas para hacerlo así. Un cambio de doctrina podrá, por ejemplo, justificarse para que la interpretación del Convenio concuerde con la evolución de la sociedad y con sus actuales circunstancias (véase, especialmente, la Sentencia Inze de 28 de octubre de 1987, serie A, núm. 126, pág. 18, apartado 41).

A. La violación alegada del artículo 8

36. Según la demandante, la negativa de la expedición de un certificado de nacimiento en el que se le atribuyera el sexo femenino fue una «injerencia» en el ejercicio de su derecho al respeto de su vida privada que la obligaba a descubrir datos personales íntimos siempre que tenía que exhibirlo. A su entender, el Gobierno no había demostrado que la injerencia estaba justificada de acuerdo con el apartado 2 del artículo 8.

Sobre esta cuestión, el Tribunal se atiene a lo que opinó en la Sentencia Rees (pág. 14, apartado 35): la negativa a modificar el Registro de Nacimientos o a facilitar certificados en extracto con contenido y naturaleza diferentes de las inscripciones originales no pueden considerarse como una injerencia. La demandante no pretende que el Estado se abstenga, sino más bien que tome medidas para cambiar el régimen actual. La cuestión es, por consiguiente, si el respeto efectivo de la vida privada de la señorita Cossey impone al Reino Unido una obligación positiva en esta materia.

37. Como lo ha puntualizado el Tribunal en varias ocasiones, especialmente en la misma

Sentencia Rees (pág. 15, apartado 37), el concepto «respeto» no es claro, sobre todo en las obligaciones positivas inherentes al mismo, y sus exigencias varían mucho de un caso a otro, según se deduce de las prácticas seguidas y de las situaciones de los Estados contratantes. Para determinar si existe una obligación positiva hay que tener en cuenta la preocupación -que subyace en todo el Convenio- por conseguir un equilibrio justo entre el interés general de la sociedad y los intereses individuales.

38. La Sentencia Rees, para llegar a la conclusión de que no existía una obligación de esta naturaleza a cargo del Reino Unido, se fundaba especialmente en las siguientes consideraciones (págs. 17 y 18, apartados 42 a 44):

a) La exigencia de un equilibrio justo no puede obligar al Estado demandado a modificar sustancialmente el régimen de su Registro de Nacimientos, que refleja los hechos históricos, sustituyéndolo por otro análogo al de varios Estados contratantes en el que se hace constar el estado civil actual.

b) Una anotación en el Registro de Nacimientos sobre el cambio de identidad sexual del señor Rees sólo acreditaría que pertenecía, a partir de entonces -y no desde su nacimiento-, al sexo contrario. En cualquier caso, no sería por sí sola una garantía eficaz de la integridad de la vida privada del demandante, al poner de manifiesto el cambio sucedido.

c) No se podría impedir la divulgación del cambio y de la correspondiente anotación sin modificar fundamentalmente el régimen vigente del Registro de Nacimientos, que actualmente puede conocerse por todos. El secreto podría tener consecuencias no deseadas y perjudicar a la función registral complicando, por ejemplo, cuestiones de hecho en el ámbito del Derecho de familia y del de sucesiones. También supondría prescindir de los terceros, faltos de informaciones a las que tienen perfecto derecho.

39. En opinión del Tribunal, estos argumentos conservan toda su fuerza en el caso presente, especialmente en cuanto a las alegaciones de la señorita Cossey de que es posible entregarle, bien un certificado de nacimiento con expresión de su nuevo sexo, sin perjuicio de que en el Registro continúe figurando el antiguo, bien un extracto en que no se mencione el sexo en general o el que aparecía en la inscripción.

La demandante no formula claramente sus pretensiones a este respecto, pero ninguna de ellas supera las dificultades fundamentales. Salvo que se limitara la publicidad del Registro de Nacimientos, los detalles que la señorita Cossey no quiere que se conozcan se pondrían de manifiesto por la primera inscripción, y una anotación lo único que conseguiría es destacarlos. Además, no se puede modificar el Registro para hacer constar un completo cambio de sexo porque no es posible médicamente.

40. El Tribunal, después de señalar en su Sentencia en el caso Rees que el Reino Unido había intentado atender las peticiones del demandante en la medida que su régimen legal permitía -lo cual es aplicable también al que ahora nos ocupa-, subrayaba que la necesidad de normas jurídicas adecuadas sobre los transexuales debía traducirse en un estudio constante teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, la evolución de la ciencia y de la sociedad (págs. 17 y 18, apartados 42 y 47).

El Tribunal no tiene noticia de ningún progreso científico importante en el intervalo; en especial, se mantiene en pie -la interesada no lo discute- que una operación de transformación sexual no tiene como consecuencia que se adquieran todos los caracteres biológicos del sexo opuesto.

Desde 1986 el Derecho de algunos Estados miembros del Consejo de Europa ha evolucionado algo. Sin embargo, los informes que se acompañan con la resolución del Parlamento de 12 de septiembre de 1989 (*DO*, núm. C 256, de 9 de octubre de 1989, pág. 33) y con la recomendación 1117 (1989) de la Asamblea consultiva del Consejo de Europa, de 29 de septiembre de 1989 -las dos encareciendo la armonización de las leyes y prácticas en esta materia-, ponen de manifiesto, como dice el Gobierno, las mismas diferencias que cuando se dictó la Sentencia Rees. Por tanto, se trata de un campo en el que todavía los Estados Contratantes, debido a sus escasas coincidencias, disfrutan de un amplio margen de apreciación (Sentencia Rees, pág. 15, apartado 37). En particular, no se puede decir hoy día que hay que apartarse de lo resuelto entonces por el Tribunal para garantizar que la interpretación del artículo 8 sobre la cuestión litigiosa continúa concordando con las condiciones actuales (apartado 35, anterior).

41. La demandante invoca también el artículo 14 del Convenio que prohíbe cualquier discriminación en el disfrute de los derechos y libertades protegidos. Sin embargo, el Tribunal cree que el precepto no respalda su alegación. Parece que no se utiliza para impugnar una diferencia de trato entre personas que estén en situaciones análogas (véase, especialmente, la Sentencia Johnston y otros de 18 de diciembre de 1986, serie A, núm. 112, pág. 26, apartado 60), sino más bien para incluir en su razonamiento el concepto de proporcionalidad entre una medida o una restricción y la finalidad que se persigue. Ahora bien, dicho concepto ya está incluido en el equilibrio justo que debe buscarse entre el interés general y el del individuo (apartado 37, anterior, y Sentencia Lithgow y otros del 8 de julio de 1986, serie A, núm. 102, pág. 50, apartado 120).

42. El Tribunal llega, por tanto, a la conclusión de que no se ha violado el artículo 8.

Quiere, sin embargo, reiterar lo que ya dijo en su Sentencia en el caso Rees (pág. 19, apartado 47). Comprende la gravedad de los problemas que se les plantean a los transexuales y la angustia que padecen. Como el Convenio debe interpretarse y aplicarse siempre a la vista de las circunstancias actuales, hay que estudiar constantemente la necesidad de las medidas legales adecuadas.

B. La violación alegada del artículo 12

43. El Tribunal, al entender en su Sentencia en el caso Rees que no se había violado el artículo 12, se fundó en las siguientes consideraciones (pág. 19, apartados 49 y 50):

a) El artículo 12, al garantizar el derecho de casarse, se refiere al matrimonio tradicional entre dos personas de distinto sexo biológico. Lo confirma su redacción: se deduce de ella claramente que la finalidad que se persigue es principalmente proteger el matrimonio como fundamento de la familia.

b) Además, el artículo 12 puntualiza que el ejercicio de este derecho se somete a las leyes nacionales de los Estados contratantes. Las limitaciones que se establezcan no deben restringirlo o reducirlo de tal manera, o hasta tal extremo, que dañe a su propia esencia. No obstante, no puede decirse que el impedimento legal que existe en el Reino Unido para el matrimonio entre personas del mismo sexo biológico produzca un resultado de esta clase.

44. La señorita Cossey insiste mucho, como el Delegado de la Comisión, en su total imposibilidad de casarse: como mujer no puede realmente casarse con otra y la legislación inglesa le impide contraer matrimonio con un hombre.

Sobre esta última cuestión, reconoce que el artículo 12 se refiere al matrimonio entre un

hombre y una mujer, y tampoco discute que no ha adquirido todos los caracteres biológicos femeninos. En cambio, censura al Derecho inglés por seguir exclusivamente los criterios biológicos para determinar el sexo de una persona a los efectos del matrimonio (apartado 24, anterior) y al Tribunal porque en su Sentencia en el caso Rees aprobó esta situación, aunque el artículo 12 no facilite ninguna indicación sobre los criterios que deben seguirse a este respecto. A su entender, no existe ningún motivo razonable para impedirle casarse con un hombre.

45. La imposibilidad de que la demandante se case con una mujer no se deriva de ningún obstáculo legal, y no puede decirse que el derecho de casarse haya sido lesionado por un precepto del ordenamiento interno.

En cuanto a la incapacidad para casarse con un hombre, los criterios seguidos por la legislación inglesa concuerdan con el concepto de matrimonio a que se refiere el derecho garantizado por el artículo 12 [apartado 43. a) , anterior].

46. Aunque algunos Estados contratantes considerarían hoy válido un matrimonio entre una persona en la situación de la señorita Cossey y un hombre, la evolución acaecida hasta el momento (apartado 40) no demuestra que se haya abandonado en general el concepto tradicional de esta institución. Por consiguiente, no puede el Tribunal variar de actitud al interpretar el artículo 12 en la cuestión de que se trata. Cree, además, que el respeto del concepto tradicional es un motivo suficiente para continuar aplicando los criterios biológicos al determinar el sexo de una persona a los efectos del matrimonio, dependiendo como depende esta materia de la facultad que disfrutaban los Estados Contratantes de regular por sus leyes el ejercicio del derecho de casarse.

47. La demandante invoca también el artículo 14 en el contexto del artículo 12. En este punto basta con remitirse al apartado 41, precedente.

48. El Tribunal llega, por tanto, a la conclusión de que no se ha infringido el artículo 12.

El Tribunal, por estos fundamentos,

1. *Falla*, por diez votos contra ocho, que no se ha violado el artículo 8;

2. *Falla*, por catorce votos contra cuatro, que no se ha violado el artículo 12.

Hecha en francés y en inglés, y pronunciada en audiencia pública, en el Palacio de Derechos Humanos, en Estrasburgo, el 27 de septiembre de 1990.

Firmado: Rolv Ryssdal, PRESIDENTE

Firmado: Marc-André Eissen, SECRETARIO

Se unen a la Sentencia, de conformidad con los artículos 51.2 del Convenio y 53.2 del Reglamento, los siguientes votos particulares:

a) voto particular en parte disidente de la señora Bindschedler-Robert y del señor Russo;

b) voto particular en parte disidente de los señores Macdonald y Spielmann;

c) voto particular disidente del señor Martens;

d) voto particular disidente de la señora Palm y de los señores Foighel y Pekkanen.

Rubricado: R. R. Rubricado: M.-A. E.

VOTO PARTICULAR EN PARTE DISIDENTE DE LOS JUECES SEÑORA BINDSCHEDLER-ROBERT Y SEÑOR RUSSO

En el presente litigio, el Tribunal ha confirmado la opinión expresada en su Sentencia Rees en la que dijo que no se podía obligar al Reino Unido a que adaptara su régimen del Registro del Estado Civil para que en el certificado de nacimiento apareciera el cambio de identidad sexual de los transexuales. Sin embargo, no estamos convencidos ahora, como no lo estábamos entonces, del fundamento de los argumentos aducidos en pro de esta opinión. Seguimos creyendo que, en cuanto a la forma en que se redactan en el Reino Unido los documentos litigiosos -es decir, la inscripción y la partida de nacimiento-, no se han tomado las medidas adecuadas para tener en cuenta, en lo posible, las modificaciones producidas en la identidad sexual de algunas personas y que, por tanto, el Estado demandado -cuyos esfuerzos para atender en otros extremos las peticiones de los transexuales nos complacemos en reconocer- ha faltado en esta medida al respeto que se debe a la vida privada de la demandante. A nuestro entender, se podía encontrar un equilibrio justo entre el interés público y el individual sin alterar el régimen registral vigente, y el hecho de que dicho equilibrio no recogiera necesariamente todas las pretensiones de la demandante no impedía al Tribunal tenerlo en cuenta para apreciar si se había respetado el artículo 8.

En todo lo demás, y para no incurrir en reiteraciones, nos remitimos al voto particular que formulamos en su día con nuestro recordado colega Gersing a la Sentencia dictada en el caso Rees.

VOTO PARTICULAR EN PARTE DISIDENTE DE LOS JUECES SEÑORES MACDONALD Y SPIELMANN

1. Junto con la mayoría, entendemos que no se ha violado el artículo 12 del Convenio.

2. En cambio, opinamos que sí se ha infringido el artículo 8.

Aunque estamos de acuerdo con los dos primeros párrafos del apartado 40 de la Sentencia, no podemos decir lo mismo del tercero, redactado en los siguientes términos:

«Desde 1986, el Derecho de algunos Estados miembros del Consejo de Europa ha evolucionado algo. Sin embargo, los informes que se acompañan. con la resolución del Parlamento europeo de 12 de septiembre de 1989 (DO, núm. C 256, de 9 de octubre de 1989, pág. 33) y con la recomendación 1117 (1989) de la Asamblea consultiva del Consejo de Europa, de 29 de septiembre de 1989 -las dos encareciendo La armonización de las leyes y prácticas en esta materia-, ponen de manifiesto, como dice el Gobierno, las mismas diferencias que cuando se dictó la Sentencia Rees. Por tanto, se trata de un campo en el que todavía los Estados contratantes, debido a sus escasas coincidencias, disfrutaban de un amplio margen de apreciación (Sentencia Rees, pág. 15, apartado 37). En particular, no se puede decir hoy día que hay que apartarse de lo resuelto entonces por el Tribunal para garantizar que la interpretación del artículo 8 sobre la cuestión litigiosa continúa concordando con las condiciones actuales (apartado 35, anterior).»

Creemos que desde 1986 el Derecho de «muchos» de los Estados miembros del Consejo de Europa ha «evolucionado claramente» y no «algo».

Opinamos, por tanto, que si en el caso Rees el principio del «amplio margen de apreciación» de los Estados era ciertamente aceptable, no sucede lo mismo en la actualidad.

En el apartado 42 de la Sentencia se lee lo siguiente:

«Quiere (el Tribunal), sin embargo, reiterar lo que ya dijo en su Sentencia en el caso Rees (pág. 19, apartado 47). Comprende la gravedad de los problemas que se les plantean a los transexuales y la angustia que padecen. Como el Convenio debe interpretarse y aplicarse siempre a la vista de las circunstancias actuales, hay que estudiar constantemente la necesidad de las medidas legales adecuadas.»

Menguado consuelo para los interesados en la cuestión. En nuestra opinión, hay que tomar medidas concretas desde ahora.

VOTO PARTICULAR DISIDENTE DEL JUEZ SEÑOR MARTENS

1. Introducción

1.1. Entiendo, como la mayoría, que ni los hechos pertinentes ni las cuestiones que hay que resolver en el caso de la señorita Cossey difieren de los del litigio del señor Rees de manera que justifique distinguir entre los dos.

Sin embargo, separándome de la mayoría, creo que el Tribunal tenía verdaderamente «razones imperiosas» para no seguir el criterio de su Sentencia Rees. Si se revisaran verdaderamente las cuestiones suscitadas en relación con los artículos 8 y 12 se llegaría a la conclusión de que dicha resolución estaba equivocada, o por lo menos que las circunstancias actuales exigían un fallo distinto en el caso Cossey. Por tanto, estoy convencido de que el Tribunal debía haber atendido la apremiante petición del Delegado de la Comisión, modificando la doctrina formulada en su día en el litigio Rees.

1.2. Para explicar mi voto formularé, ante todo, algunas observaciones generales definiendo mi posición sobre los aspectos del problema de los transexuales que se relacionan con los derechos humanos (2.a parte). Expondré también las razones por las que creo que el Tribunal debía haber llegado a una conclusión distinta en el caso Rees (partes 3.a y 4.a). Por último, daré otros argumentos en pro de un cambio de jurisprudencia (5.a parte).

2. Observaciones generales sobre el problema de los transexuales en relación con los derechos humanos

2.1. La demandante, lo mismo que el señor Rees, es un transexual, es decir, que pertenece a ese pequeño y trágico grupo de desgraciados, afligidos por la convicción de pertenecer al sexo opuesto, sentimiento al mismo tiempo incurable e irresistible.

2.2. Para que un transexual alcance cierto bienestar deben cumplirse dos condiciones:

1. Por medio de un tratamiento con hormonas y de una operación de transformación genital se debe armonizar su sexo físico (exterior) con su sexo psicológico.

2. La nueva identidad adquirida de esta manera no sólo se debe reconocer por la sociedad,

sino también por la legislación.

2.3. Como en el caso Rees, el presente sólo se refiere a la segunda de estas condiciones. Por tanto, no es necesario estudiar los procedimientos médicos que deben seguirse para garantizar que el tratamiento -sobre todo su parte quirúrgica, cuyos efectos son irreversibles- sólo se aplica después de un diagnóstico por el facultativo competente y con el máximo cuidado. Todo esto sería superfluo en un caso en el que la demandante se ha sometido a un tratamiento médico total que, como en el Rees, ha sido costeado por la Sanidad pública; se puede suponer, por tanto, que se han cumplido todos los requisitos médicos y deontológicos necesarios, es decir, que después de todos los correspondientes reconocimientos los doctores estaban convencidos de que su paciente era un transexual de *bona fide* y que una operación mejoraría su situación.

2.4. En cuanto a la segunda de las citadas condiciones, se debe subrayar que los peritos en esta materia, que son los médicos, han dicho una y otra vez que para un transexual el «renacer» que ansía con la ayuda de la ciencia médica sólo se concibe ciertamente si la ley reconoce plenamente su nueva identidad sexual.

Esta necesidad de un total reconocimiento legal es inherente a la condición de los transexuales, y esto explica que muchos, después de sufrir las experiencias médicas necesarias, todavía se atrevan a entablar y proseguir una lucha, con frecuencia larga y humillante, para conseguir una nueva identidad jurídica.

Esto explica también por qué ni el señor Rees ni la señorita Cossey ni los demás transexuales que han demandado al Reino Unido se dieron por satisfechos con la situación relativamente favorable conseguida en su país en cuanto a las posibilidades de cambiar de nombre y tratamiento en los documentos oficiales como pasaportes y permisos de conducir. Tanto el señor Rees como la señorita Cossey han dicho claramente que lo que pretendían era el pleno reconocimiento legal de la nueva identidad sexual adquirida.

2.5. Sin embargo, los esfuerzos hechos por los transexuales para conseguir el reconocimiento jurídico de lo que consideran el logro de un sexo al que siempre han pertenecido han tropezado frecuentemente con una señalada aversión de las autoridades públicas. Parece que los intentos para «cambiar de sexo» infringen un tabú de profundas raíces. En cualquier caso, las primeras reacciones, tanto de las autoridades como de los tribunales, han sido casi instintivamente hostiles y negativas.

Una resolución británica en un caso sobre transexuales, la Sentencia de la «High Court» en el litigio «Corbett c. Corbett» -al que volveré a referirme luego-, pone de manifiesto esta tendencia: en términos que apenas ocultaban su disgusto, el Juez, fundándose en un razonamiento que varios autores han criticado duramente, se limitó a negar cualquier importancia jurídica a la operación de transformación sexual. Las reacciones de los tribunales más altos de otros países no han sido más favorables. En cuanto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, hasta el momento ha seguido esta misma corriente Van Oosterwijck, Rees, Cossey, una serie penosa:

2.6.1. Con todo, hay parlamentos y tribunales que han tomado otra actitud, dándose cuenta de que los transexuales operados son personas desgraciadas que ya han sufrido tanto que se deben estimar en lo posible sus peticiones de pleno reconocimiento jurídico de su nueva identidad sexual.

2.6.2. La Comisión, en el apartado 44 de su informe de 12 de diciembre de 1984 en el caso Rees, señalaba que a la sazón los parlamentos de varios Estados miembros habían establecido

la posibilidad de que los transexuales cambiaran de sexo legal reconociéndoles, con algunas condiciones, el derecho de casarse con una persona de su anterior sexo. El informe citaba la Ley sueca de 1972, la Ley alemana de 1980 y la Ley italiana de 1982.

Cuando el Tribunal conoció de dicho litigio, los comparecientes discreparon sobre la situación que existía en otros Estados miembros. El demandante y el demandado se referían en este contexto a una «reciente» legislación holandesa. Probablemente debido a esta controversia, el propio Tribunal habló vagamente de «varios Estados» que habían dado a los transexuales, en su legislación [o de otra manera], la posibilidad de cambiar su estado civil para adaptarlo a la nueva identidad adquirida (apartado 37).

Volveré a tratar este punto en la 5.a parte. Bastará por el momento indicar en el actual contexto que los parlamentos europeos sólo han empezado a ocuparse del problema de los transexuales al final de los años setenta y al principio de los ochenta (el Parlamento sueco dio ejemplo en 1972).

2.6.3. Hasta aquí la referencia a los parlamentos. En cuanto a los fallos de los tribunales, sólo citaré el dictado por la sección de apelación del Tribunal Superior de New Jersey en 1976 y el del Tribunal Constitucional federal alemán en 1978 . En los dos se dice fundamentalmente lo mismo, y la coincidencia es tanto más impresionante cuanto que son resultado de tradiciones jurídicas muy distintas.

En resumen, las dos sentencias entienden que el cambio de identidad sexual, como resultado de una operación de transformación sexual con éxito, debe traducirse en un cambio de sexo a los efectos legales.

Decía el Tribunal Constitucional federal alemán:

«La dignidad humana y el derecho fundamental de desarrollar la propia personalidad libremente obligan a adaptar la condición personal al sexo al que se pertenezca de acuerdo con su constitución física y psicológica.»

El Tribunal resaltaba como final que, en su opinión, la negativa de la modificación en el Registro de Nacimientos del sexo de los transexuales operados no se fundaba en ningún interés público que justificase por su naturaleza la injerencia en sus derechos fundamentales.

Por su parte, el tribunal de New Jersey decía:

«Al dictar el fallo no hacemos sino reconocer efectos legales a un hecho consumado fundado en una apreciación y en una acción médica irreversibles. Este reconocimiento facilitará al individuo su busca de la paz interior y de la felicidad personal sin oponerse a ningún interés social ni a ningún principio de orden público o de naturaleza moral.»

2.7. Creo que éstos son efectivamente los puntos esenciales. El principio básico de los derechos humanos y que subyace en los diversos derechos específicos reconocidos por el Convenio es el respeto de la dignidad y de la libertad de la persona. Suponen éstas que el ser humano debe ser libre para modelar y escoger el camino que le parece más conveniente para su personalidad. Un transexual hace uso de estos derechos fundamentales. Está dispuesto a forjarse y a elegir su propio destino. Para ello se somete a un tratamiento médico largo, peligroso y doloroso con el fin de adaptar, en lo humanamente posible, sus órganos al sexo a que cree pertenecer. Después de sufrir estas pruebas, y en su condición de transexual operado, pide en derecho que se le reconozca el «hecho consumado» que ha creado. Solicita, concretamente, que se le considere como un miembro del sexo adquirido. Pretende que se le

trate sin ninguna discriminación, de la misma manera que a las demás personas del sexo femenino o masculino, según los casos. El Derecho sólo puede rechazar una pretensión así si verdaderamente hay razones imperiosas para ello, puesto que, a la vista de lo que se ha dicho en los apartados 2.2 y 2.4 anteriores, la denegación sería cruel. Ahora bien, en el presente caso no existen tales razones.

Se puede resumir mi posición en una frase que tomo de un crítico de la doctrina «Corbett»:

«La negativa de volver a clasificar el sexo de un transexual operado parece incompatible con los principios de una sociedad que se considere respetuosa con la vida privada y la dignidad de sus ciudadanos.»

3. Por qué se debió resolver el caso Rees de manera distinta en cuanto al artículo 8

3.1. Después de exponer claramente mi posición, voy a referirme a los razonamientos del Tribunal en su sentencia en el caso Rees.

Lo primero que llama la atención al leerla es su naturaleza principalmente técnica. Tras una exposición jurídica sobre la distinción entre las obligaciones negativas y positivas que se derivan del artículo 8 del Convenio, se estudian bastante a fondo las dificultades con que se encontraría el legislador británico si el Reino Unido se viera obligado a atender las pretensiones del señor Rees sobre la modificación del régimen de la inscripción registral de los nacimientos.

En mi opinión, el Tribunal, al dejarse llevar en esta dirección, ha subestimado desgraciadamente algunas de las cuestiones principales que suscita este litigio.

3.2. La representación del señor Rees subrayó una y otra vez que si bien la negativa del Reino Unido a permitir una modificación o una adaptación del Registro de Nacimientos era un aspecto importante del litigio, el demandante impugnaba «esencialmente» la obligación que se le imponía de vivir bajo un régimen legal que, en todas las cuestiones en que el sexo era jurídicamente importante, consideraba que sólo era decisivo el «biológico» y que, como se determinaba para siempre con ocasión del nacimiento, se negaba a reconocer a los efectos legales la nueva identidad sexual adquirida por él después de su operación.

Así se refleja en el apartado 34 de la Sentencia del Tribunal. Sin embargo, es significativo que el Tribunal, en el momento de empezar su examen de las obligaciones positivas y negativas en relación con el artículo 8, no se refiera ya más a esta cuestión fundamental, sino que aborda directamente la más técnica de la «mera» (!) negativa de modificar el Registro de Nacimientos (apartado 35).

3.3. La descripción que hace el señor Rees de la situación legal de los transexuales en el Derecho británico es sin ninguna duda adecuada. Verdad es que el Juez Ormrod limitó expresamente su resolución a la determinación del sexo de una persona a los efectos del matrimonio. Sin embargo, como el tribunal de apelación consideró posteriormente que «el buen sentido y la deseable seguridad y coherencia exigían que dicha resolución se aplicara a los efectos de algunas disposiciones penales», se admite generalmente que el criterio de que se trata se utilice siempre que sea importante en Derecho el sexo de una persona, por ejemplo en los problemas de sucesiones, títulos, seguridad social, concesiones de pensiones, relaciones de trabajo e igualdad de salarios, fiscales, inmigración, etc.. El Tribunal europeo ha reconocido esto, aunque con cierta prudencia, al decir que «en la actual situación del Derecho del Reino Unido» parece que se considera al señor Rees «como una mujer, entre otras cuestiones, a efectos del matrimonio, de determinados puestos de trabajo y de las pensiones de jubilación» (apartado 40).

3.4. Creo que se deduce de lo dicho en los apartados 3.2 y 3.3 anteriores que, por lo menos, es discutible el criterio del Tribunal al entender en la Sentencia Rees (apartado 35) que sólo estaban en juego la existencia y el alcance de las obligaciones «positivas» derivadas del artículo 8: en definitiva, las reclamaciones del señor Rees no se referían a la «negativa de modificar el Registro de Nacimientos o de facilitar certificados en extracto cuyo contenido difiera de su inscripción», sino que denunciaban la incompatibilidad del «régimen legal» vigente en el Reino Unido (el llamado BSD) con los derechos que el artículo 8 del Convenio garantiza.

En mi opinión, se puede encontrar en las Sentencias Marckx, Dudgeon, Malone y Norris un argumento convincente en pro de que el mantenimiento del sistema BDS lesionaba de manera constante y directa la vida privada del señor Rees, por lo cual debía haberse considerado como una injerencia permanente.

El sistema BDS, a los efectos legales, continúa considerando a los transexuales operados como personas del sexo que han perdido tanto psíquica y físicamente como en el ámbito social. La mera existencia de un sistema legal así debe repercutir en su vida privada de manera continua, directa y angustiosa.

La identidad sexual no sólo es un aspecto fundamental de la personalidad, sino también, por la presencia en todo de la dicotomía sexual, un hecho social importante. Para los transexuales operados, que han adquirido la suya voluntariamente y con sufrimientos psíquicos y físicos considerables, se comprende que sea algo especialmente serio y sensible. El hecho de estar condenado a vivir, en lo que se refiere a dicha identidad, en oposición con el régimen legal de su país -por tanto, «fuera de la ley»- debe causar a los transexuales operados del Reino Unido una angustia permanente y profunda. Todo ello sin hablar de la que les impone durante toda su vida el sistema BDS, obligándoles en cada ocasión en que el sexo es importante jurídicamente a una elección dolorosa entre el disimulo de lo que «en Derecho» es «la verdad» -con todas las consecuencias legales de un fraude, por ejemplo el peligro de una acusación penal, de una nulidad o de una petición de anulación del acto jurídico de que se trate- y la revelación de esta «verdad legal», con la posibilidad, por lo menos, de reacciones muy humillantes o incluso hostiles.

3.5. Si el Tribunal hubiera admitido -como en mi opinión debía haber hecho- que el sistema BDS es una injerencia continua en el derecho al respeto de la vida privada de los transexuales operados, la cuestión de si el Reino Unido había demostrado convincentemente que su mantenimiento en vigor cumplía los requisitos del apartado 2 del artículo 8 habría sido decisiva. El mero hecho de que a la sazón varios Estados -como dice el propio Tribunal (apartado 37)- ya habían «dado a los transexuales la posibilidad de cambiar su estado civil para adaptarlo a la nueva identidad adquirida» demuestra claramente que si el Tribunal hubiera seguido este razonamiento habría entendido que la negativa del Reino Unido a modificar su sistema no era «necesaria en una sociedad democrática».

3.6.1. Pero admitamos, a los efectos dialécticos, que la cuestión decisiva era si la falta de la modificación del sistema violaba una obligación positiva derivada del artículo 8. Me pregunto entonces si el Tribunal, habiendo comprobado

«que apenas coinciden los Estados contratantes en sus criterios en esta materia y que en términos generales el Derecho atraviesa una fase transitoria»,

estaba en lo cierto al llegar a la conclusión de que

«se trata de un campo en el que dichos Estados disfrutan de un amplio margen de apreciación» (apartado 37).

3.6.2. Reconozco, por supuesto, que el concepto de «respeto» no es claro y que sus exigencias varían mucho, por tanto, de un caso a otro. Admito también que la especial situación existente en el Estado de que se trate puede tenerse en cuenta para determinar si la omisión de una medida concreta debe considerarse siempre compatible con el respeto a la vida privada de una persona.

Por último, estoy de acuerdo en que, en determinadas circunstancias, hay que reconocer al Estado en cuestión algún margen de apreciación.

3.6.3. Puntualizo, sin embargo, que en mi opinión los Estados no disfrutan plenamente de un margen de apreciación que sólo resulta de una limitación judicial. Decir que el Tribunal deja algún margen de apreciación a los Estados es otra manera de decir que -conociendo que su posición como un órgano judicial internacional encargado del desarrollo del Derecho en un campo muy delicado exige cierta prudencia- no ejercitará plenamente su facultad de comprobar si los Estados han cumplido sus compromisos según el Convenio, y sólo reconocerá una violación cuando sea indudable razonablemente que las acciones y omisiones controvertidas son incompatibles con aquéllos.

Corresponde, por tanto, al Tribunal resolver en cada caso, o en cada conjunto de casos, si se debe reconocer al Estado un «margen de apreciación» y, en el supuesto afirmativo, hasta qué punto. La resolución dependerá de varios factores que se han de tener en cuenta ponderadamente.

De una parte, el preámbulo del Convenio, que recuerda la finalidad de realizar una unión más estrecha entre los Estados miembros y subraya que el mantenimiento de las libertades fundamentales «descansa esencialmente en... una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos...», y parece pedir al Tribunal que desarrolle «normas comunes». A medida que aumenta el número de los Estados miembros, este aspecto de la misión del Tribunal se amplía, puesto que, en una comunidad tan extensa y distinta, la creación de dichas normas puede ser la mejor manera, si no la única, de alcanzar la finalidad reconocida al Tribunal: garantizar que el Convenio siga siendo un instrumento vivo cuya interpretación refleje la evolución de la sociedad y responda a las condiciones actuales.

De otra parte, puede ser necesaria alguna limitación o ponderación judicial debido a las características del litigio o a que no se pueda resolver sin tener en cuenta las situaciones especiales existentes en el Estado demandado. Si el Tribunal, después de un cuidadoso estudio, está convencido de que verdaderamente éste es el caso, puede conceder al Estado algún margen de apreciación; en otro supuesto, quedará claro que no es necesaria ni procede ninguna limitación judicial.

3.6.4. En este contexto, recuerdo lo que he dicho en el anterior apartado 3.2: la negativa del Reino Unido a permitir la modificación o alteración del Registro de Nacimientos era ciertamente un aspecto importante del litigio, pero las reclamaciones del señor Rees se referían al mantenimiento -es decir, a la no modificación- por las autoridades británicas del sistema BSD.

Verdad es, como dice el Parlamento Europeo en su resolución del 12 de septiembre de 1989, que «el problema de los transexuales... concierne también a la sociedad que no es capaz de reaccionar ante un cambio del papel del sexo establecido en su cultura». Sin embargo, no hay nada en los autos que señale que en esta materia la cultura del Reino Unido sea esencialmente

diferente de la de otros Estados miembros. Por tanto, no es necesario tener en cuenta las características de la sociedad británica u otras condiciones especiales del Reino Unido para resolver si el mantenimiento del sistema BSD es compatible con las obligaciones que impone el Convenio. A este respecto, creo que es suficiente que me remita a lo que se dice en los apartados 2.7 y 3.4 anteriores.

En cuanto a las singularidades del litigio, señalaré que mientras que los tribunales británicos consideran que «el buen sentido y la necesaria seguridad y coherencia»

exigen que la doctrina «Corbett» -que se remonta a 1970- se extienda a todas las cuestiones en que el sexo entre en juego a los efectos legales y mientras que el Gobierno del Reino Unido defiende el régimen jurídico así creado, ni las críticas formuladas contra dicha doctrina ni las iniciativas de otros Parlamentos han llevado al legislador inglés a cambiar el sistema BSD.

En consecuencia, a los transexuales del Reino Unido no les quedaba otro recurso que el de acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La ayuda que se le pedía se refería además a un ámbito tan fundamental como el del respeto de la dignidad humana y de la vida privada. Ya habían demostrado otros Estados, aunque con soluciones diversas en sus detalles, que se podía encontrar una norma común como principio del pleno reconocimiento legal de la nueva identidad sexual adquirida por los transexuales operados.

Creo firmemente que el Tribunal, a pesar de ejercitar su facultad moderadora, ha desaprovechado la posibilidad que tenía como último recurso de los oprimidos.

3.6.5. Por estos motivos, entiendo que no debía haber fundado sus razonamientos en la afirmación de que «se trata de un campo en el que los Estados contratantes disfrutan de un amplio margen de apreciación». Estoy de acuerdo con lo que se alegó en nombre del señor Rees : «la cuestión esencial era si el mantenimiento o la no modificación» del sistema BSD era compatible con las obligaciones del Reino Unido según el artículo 8. La contestación sólo puede ser negativa (apartados 2 y 3.4, anteriores). En este contexto, no cabe un margen de apreciación que sólo entra en juego desde el momento en que un Estado reconoce la nueva identidad sexual de los transexuales operados: se concibe entonces alguna flexibilidad en cuanto a las condiciones y a la forma de dicho reconocimiento.

3.7. Esta última cuestión nos lleva de nuevo a los apartados 3.1 y 3.2, anteriores.

Según lo que ya he dicho, el Tribunal no debía haber estudiado las dificultades técnicas, hábilmente expuestas por el Letrado del Reino Unido, para explicar por qué no se podía esperar que se modificase el sistema de su registro de nacimiento. En mi opinión, debió limitarse a la cuestión principal y considerar que el Reino Unido, al mantener o no modificar el sistema BSD, había violado el artículo 8. Si después de esto quería contestar a los argumentos técnicos del Gobierno, podía añadir lo siguiente:

a) que otros Parlamentos habían demostrado que este problema se podía regular en una sociedad democrática;

b) que también podía hacerse lo mismo en el Derecho del Reino Unido, y de tal manera que la regulación se incorpora a su sistema legal; y c) que no corresponde al Tribunal entrar en cuestiones técnicas sobre cómo debe efectuarse una adaptación así y qué disposiciones deben promulgarse a este respecto, puesto que su misión se limita a comprobar si se protege al individuo contra el mantenimiento en vigor de un sistema incompatible con los derechos y libertades garantizados por el Convenio.

4. Por qué se debió resolver el caso Rees de manera distinta en cuanto al artículo 12

4.1. Me referiré ahora a una cuestión que se destacó menos en el caso del señor Rees que en el de la señorita Cossey: si el sistema BSD viola el derecho de casarse reconocido por el artículo 12 del Convenio.

4.2. Se deduce de lo que he dicho en la parte 3 que opino también que la cuestión de si el Reino Unido ha violado además el artículo 12 sólo tiene un interés teórico: el mantenimiento en vigor del sistema BSD ya supone una violación del artículo 8, que exige que la nueva identidad sexual adquirida por un transexual operado se reconozca plenamente por la ley. Sin embargo, a la vista de la importancia atribuida a esta cuestión en el caso de la señorita Cossey, explicaré por qué considero que el Tribunal también debía haberla resuelto de manera distinta en el caso Rees.

4.3.1. En dicho caso, la cuestión de si el sistema BSD infringe el artículo 12 fue contestada negativamente. Los argumentos del Tribunal para justificar su posición son manifiestamente sucintos: se reducen a dos párrafos muy breves, el primero (apartado 49) ya decisivo. El Tribunal entiende que las palabras del artículo 12 «el hombre y la mujer» se refieren a personas de «distinto sexo biológico» (la cursiva es mía).

4.3.2. El Tribunal no define el concepto «sexo biológico»; pero su significado se deduce de la Sentencia.

Los argumentos en que se funda la interpretación del Tribunal son como un eco de los del Juez Ormrod en el litigio «Corbett c. Corbett» al opinar que «es claro que el sexo es un determinante esencial de la relación llamada matrimonio». Donde el Tribunal habla del «matrimonio tradicional», el citado magistrado dice que «siempre se ha reconocido el matrimonio como la unión de un hombre y de una mujer» y que es «la institución básica de la familia». Este parecido impresionante de los argumentos y el apartado 50 de la Sentencia Rees en que el Tribunal, refiriéndose al Derecho británico, pone de manifiesto que impide el matrimonio de personas «que no pertenezcan a sexos biológicos opuestos», justifican la conclusión de que el Tribunal emplea el término «sexo biológico» en el mismo sentido que el Juez Ormrod, o sea como «la constitución biológica sexual» de una persona que «se determina al nacer».

4.3.3. Comprendido de esta manera, el apartado 49 es ciertamente decisivo, teniendo en cuenta que se admite por todos que una operación de transformación no cambia el sexo biológico; un transexual operado sigue perteneciendo al sexo con que nació y, por tanto, no puede encontrar en el artículo 12 el derecho de casarse con una persona que tenga el mismo que él.

4.3.4. El apartado 50 demuestra claramente que ésta era la visión que tenía el Tribunal de la cuestión. Dice a este respecto que «*no se puede afirmar*» (la cursiva es mía) que el sistema BSD dañe la esencia misma del derecho de casarse.

Prima facie, esta afirmación más bien categórica es sorprendente ya que no se ha alegado en nombre del señor Rees que el sistema controvertido tenga como consecuencia el privar a un transexual operado de toda posibilidad de contraer un matrimonio válido : después de la intervención quirúrgica no sólo los factores psicológicos, sino también los físicos le impiden casarse con una persona del sexo biológico opuesto, mientras que el sistema BSD le prohíbe hacerlo con quien física y psíquicamente podría contraer matrimonio.

El argumento parece bastante convincente; pero no ha llevado al Tribunal a matizar su citada

afirmación. Ciertamente, no tenía obligación de hacerlo dada su interpretación restrictiva del artículo 12: si limita realmente el derecho de casarse a las personas del sexo biológico opuesto, la consecuencia automática será que el sistema BSD no lesiona dicho derecho.

4.4.1. Después de determinar cómo debe comprenderse el apartado 49, examinaremos los argumentos en que funda el Tribunal su interpretación restrictiva.

4.4.2. Quizá pueda deducirse de las palabras de la primera frase del apartado 49 («el matrimonio tradicional») que el Tribunal ha querido referirse a la intención de los autores. Si así es, el argumento es poco convincente. Cuando se redactó el Convenio, el problema de los transexuales era a lo sumo de naturaleza médica y ética, y no ciertamente un problema jurídico (véase también el apartado 38 de la Sentencia Rees). Por tanto, no se puede suponer que los autores, después de examinar la cuestión, decidieran denegar el derecho de casarse a los transexuales operados.

Sin embargo, aun admitiendo la suposición, el Tribunal que sostiene con razón que el Convenio es un instrumento vivo, debería haber añadido, para que su argumento fuera concluyente, que las concepciones del matrimonio que prevalecían a la sazón en Europa justificaban que no se volviera sobre aquella negativa. Pues bien: este argumento complementario brilla por su ausencia. ¿O debe deducirse del hecho que la referencia a una evolución posterior, que aparece en el apartado 47, se encuentra al final de la parte dedicada a la violación alegada del artículo 8 y no al final de la parte dispositiva, que el Tribunal entiende que su interpretación del artículo 12 no puede revisarse?

4.4.3. El segundo argumento del Tribunal es que se deduce de la redacción del artículo 12 que «la finalidad pretendida es principalmente la de proteger al matrimonio como fundamento de la familia».

Este argumento puede explicar quizá que los autores del Convenio hayan considerado el matrimonio como la unión tradicional entre un hombre y una mujer. Sin embargo, por varias razones, no justifica la resolución del Tribunal en 1986 según la cual las palabras «un hombre» y «una mujer» sólo se pueden entender en su sentido biológico.

La primera razón es que no cabe suponer que el fin que se atribuye al derecho de casarse (proteger al matrimonio como base de la familia) pueda servir para su limitación: en el contexto del artículo 12 no se admitiría ciertamente que sólo se permitiera el matrimonio a los que demostraran su capacidad para procrear.

La segunda es que interpretar sólo el artículo 12 según la concepción «tradicional» de que el matrimonio es el eje de un sistema cerrado de Derecho de familia concuerda difícilmente con la construcción «moderna», abierta y pragmática del concepto de «vida de familia» que se deduce de la jurisprudencia del Tribunal desde su Sentencia Marckx. Esta evolución pide, por el contrario, una visión del artículo 12 también más flexible, que tome en consideración las condiciones de hecho de la vida moderna.

4.5.1. Hasta aquí los argumentos en que apoya el Tribunal su interpretación restrictiva del artículo 12. Aunque susceptibles de crítica, es posible que haya de admitirse dicha interpretación.

Si es cierto que el artículo, al hablar «del hombre y de la mujer», dice claramente que el matrimonio es la unión de dos personas del sexo opuesto, esto no supone necesariamente que deba entenderse en este contexto que se trata del «sexo biológico». Ni puede afirmarse que la «tradición» implique que con la palabra «sexo» sólo se designe «la constitución biológica de

una persona fijada en el nacimiento». Esta interpretación exige, por consiguiente, argumentos complementarios, tanto más cuanto que está muy lejos de ser evidente que para definir lo que hay que entender por «sexo», a este respecto, haya que referirse a la situación en la época en que nacieron los aspirantes al matrimonio en lugar de hacerlo al momento en que pretenden contraerlo. Por otra parte, la condición sexual de una persona resulta de diversos factores (cromosómico, gonadal, genital y psicológico), casi todos susceptibles de evolucionar más o menos.

Sólo el factor cromosómico no puede hacerlo. Pero, ¿«por qué» ha de ser decisivo? ¿«Por qué» un individuo que -aunque tenga desde su nacimiento cromosomas masculinos- carece, en el momento en que quiere contraer matrimonio, de testículos o de pene y, por el contrario, posee todos los caracteres genitales (externos)

y psicológicos femeninos (y a quien se acepta socialmente como mujer) debe ser considerado, para determinar si se le permite casarse con un varón, como si continuara siendo un hombre? La importancia que se concede al factor cromosómico requiere más explicaciones que deberían fundarse por lo menos sobre una característica pertinente del matrimonio, pues sólo así justificarían en Derecho la diferenciación entre el individuo antes descrito y otro igual en todos los aspectos, excepto en que tiene desde su nacimiento los cromosomas femeninos.

La Sentencia del Tribunal no da ninguna explicación de esta naturaleza. Ni la dio tampoco la dictada en el caso «Corbett c. Corbett» que el Tribunal parece haber hecho suya.

Aunque se siguiese a efectos dialécticos la opinión del Juez Ormrod de que «es claro que el sexo es un determinante esencial de la relación llamada matrimonio», y su argumento cuando dice que «la capacidad para tener relaciones heterosexuales» es esencial a los efectos de casarse, habría que tratar igual a los dos citados individuos en cuanto a la posibilidad de contraer matrimonio con un hombre: los dos son capaces, en lo que respecta a su aptitud para mantener relaciones heterosexuales, de «asumir el papel fundamental de la mujer »; y los cromosomas carecen de importancia para lo dicho.

Es decir, que resulta arbitrario y falto de justificación desconocer una operación de transformación sexual realizada con éxito y aferrarse al criterio del sexo biológico.

4.5.2. Tanto más cuanto que los argumentos del Juez Ormrod son claramente inadmisibles. El matrimonio es mucho más que una unión sexual y, por tanto, la capacidad para tener relaciones de esta naturaleza no es «esencial». Las personas que no pueden procrear o tener relaciones sexuales pueden también pretender casarse. Se debe esto a que el matrimonio supone más que una unión que legitime dichas relaciones y que se proponga la procreación: es una institución legal que crea una relación jurídica fija entre los cónyuges y entre éstos y los terceros (con inclusión de las autoridades). Como ha dicho un autor, los cónyuges, a través de los lazos del matrimonio, «anuncian al mundo que los rodea que su relación se funda en sentimientos humanos intensos y en un compromiso mutuo, exclusivo y permanente». Es además una especie de comunidad en la que los lazos intelectuales, espirituales y y sentimentales son por lo menos tan esenciales como los físicos.

El artículo 12 del Convenio protege el derecho de cualquier hombre o mujer (de edad núbil) de entrar en esta unión y, por tanto, la definición de lo que significan las palabras «el hombre y la mujer» en este contexto debe tener en cuenta todas estas características del matrimonio.

4.6. Las consideraciones precedentes demuestran por qué entiendo que el Tribunal en su Sentencia Rees se equivocó al sostener que el derecho de casarse garantizado por el artículo 12 (sólo) se refiere al matrimonio tradicional entre personas de distinto sexo «biológico».

Demuestran también por qué creo que, a los efectos del artículo 12, un transexual operado con éxito debe considerarse que pertenece al sexo que ha escogido y tener, por consiguiente, el derecho de casarse con una persona de sexo opuesto a aquél.

Explican, finalmente, por qué considero que el impedimento legal puesto en el Reino Unido a los transexuales operados con éxito para casarse con personas que no sean de distinto sexo biológico reduce el derecho de contraer matrimonio -garantizado también a aquéllos- hasta un extremo que lesiona su misma esencia.

5. Por qué el Tribunal debía haberse apartado en el litigio Cossey del criterio seguido en su sentencia en el caso Rees

5.1. En el apartado 2 de mi voto particular en el caso Brozicek, señalé los aspectos más importantes que, a mi entender, debe tener en cuenta un tribunal cuando -como en este caso el de Derechos Humanos- considera la posibilidad de un cambio de jurisprudencia.

5.2. Un tribunal sólo debe apartarse de la precedente -decía ya entonces- si se convence «de la superioridad en Derecho de la nueva doctrina». Esta condición procede evidentemente de la idea de que en principio la seguridad jurídica y la coherencia exigen que se siga la propia jurisprudencia. Por consiguiente, sólo debe modificarla cuando la nueva es «claramente» mejor que la anterior. En este punto, estoy de acuerdo con la mayoría (apartado 35 de la Sentencia).

Se deduce de los anteriores apartados que, en mi opinión, la primera condición se cumplía ciertamente en el presente caso: espero haber explicado suficientemente por qué no he vacilado en afirmar que la Sentencia Rees estaba equivocada.

Debo añadir que fue criticada por varios autores. Tampoco convenció a la Comisión, cuyo Delegado dijo en la audiencia celebrada que se había deferido el litigio Cossey al Tribunal con la esperanza de que se apartara de su Sentencia en el caso Rees.

5.3. Hay además dos aspectos, en mi opinión, «en pro» de un cambio de doctrina en el caso presente.

El primero es que no se ha pedido ahora al Tribunal que se apartara de un cuerpo de jurisprudencia, reiteradamente establecida, sino que prescindiera de una única sentencia, aunque reciente y dictada casi por unanimidad. Esto facilitaba la solución. A mayor abundamiento, si se confirmaba la anterior -única hasta ahora, como se ha dicho- se impediría durante mucho tiempo la revisión de la cuestión.

El segundo es que no puede decirse en el caso de autos que un cambio de jurisprudencia sería injusto al establecer una diferencia entre la parte que perdió el anterior litigio y la que ganase el presente: el hecho de que el demandado es en los dos el Reino Unido garantiza que el nuevo criterio no sólo favorecería a la señorita Cossey, sino también al señor Rees. Todo esto con independencia de si, cuando están en juego los derechos fundamentales de una persona, el Tribunal europeo puede ir contra sus convicciones por un mero precedente: cuando se trata de la violación de un derecho humano, la seguridad jurídica ¿no queda en segundo lugar?

5.4. Esta última cuestión no exige una contestación en el presente caso; pero me sugiere un posible argumento «contra» un cambio del criterio seguido en el llamado Rees: sería una sorpresa desagradable para aquellos Gobiernos que, como el del Reino Unido, se consideraron dispensados por dicha Sentencia de modificar el régimen legal de los transexuales. No creo, sin

embargo, que deba protegerse este sentimiento, aunque sólo sea porque el Tribunal, en el apartado 47 de su Sentencia Rees, ya señaló claramente que no había dicho su última palabra sobre la materia y que la evolución de la ciencia y de la sociedad podrían motivar una apreciación distinta.

5.5. Lo dicho plantea, por supuesto, la cuestión de si también se justificaba un cambio de jurisprudencia por la citada evolución.

Todos estamos de acuerdo en que no ha habido una evolución «científica» que justifique un fallo distinto en el litigio Cossey; pero, en mi opinión, no se puede decir lo mismo de la evolución de «la sociedad».

Hay hoy en día un conocimiento en constante aumento de la importancia fundamental de la identidad de las personas y un reconocimiento de las muchas diferencias entre ellas. Esta evolución va acompañada de una tolerancia y de una comprensión crecientes de los modos de la existencia humana que se apartan de lo que se considera «normal». Paralelamente, hay también un reconocimiento, sin duda incrementado, de la importancia de la vida privada, o sea, de la posibilidad de elegir la propia vida sin sufrir ninguna molestia. Ciertamente, estas tendencias no son ninguna novedad; pero me parece que se confirman más claramente, sobre todo en los últimos años.

Por supuesto, una impresión de esta clase difícilmente puede ser objeto de «prueba». Sin embargo, hay algunos «hechos» de naturaleza adecuada para «poner de manifiesto» lo que quiero decir.

Debo recordar que el Tribunal, según parece, fundó su Sentencia Rees en la suposición de que sólo «cinco» Estados miembros ya habían permitido, de una u otra manera, a los transexuales operados conseguir el pleno reconocimiento legal de su nueva identidad (apartado 2.6.2, precedente). No se trata de averiguar si esta suposición era exacta entonces; lo que interesa es que no sucede así en el momento actual.

Además de los Países Bajos, cuya legislación no fue tomada en cuenta, al parecer, en la Sentencia Rees, en la actualidad se pueden citar entre los Estados que reconocen plenamente en Derecho la nueva identidad de los transexuales operados, los siguientes: Dinamarca, Finlandia, Luxemburgo, España y Turquía; por otra parte, la jurisprudencia de otros Estados miembros [Bélgica, Francia y Portugal] ha llegado casi al mismo resultado. Por tanto, hay en la actualidad «catorce» Estados miembros que, de una u otra manera, permiten el reconocimiento legal de las transformaciones o conversiones sexuales.

Creo que esto pone de manifiesto una importante «evolución de la sociedad», o sea, un aumento muy señalado de la aceptación pública del hecho de los transexuales y una clara y amplia coincidencia con las convicciones expuestas en la segunda parte de este voto particular disidente. Esta conclusión se refuerza mucho por el hecho de que la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa y el Parlamento europeo han aprobado recientemente una resolución aconsejando que se permita volver a calificar legalmente el sexo de los transexuales operados.

5.6.1. El Tribunal no niega esta evolución de la sociedad; pero entiende que no justifica la conclusión de que las condiciones actuales exigen, como se dice en el informe del Parlamento europeo, que:

«Cuando termina el proceso de modificación sexual, se debe reconocer legalmente el cambio de sexo.»

Falta conocer los argumentos en que se funda la negativa del Tribunal.

5.6.2. La razón para que se niegue a aceptar la pertinencia de la evolución de la sociedad aparece en el apartado 40 de la Sentencia: hay todavía escasa coincidencia entre los Estados miembros, a la vista de los informes que acompañan a las resoluciones citadas antes. Añade el Tribunal que éstas pretenden estimular la armonía de las leyes y de los usos en esta materia.

Es cierto que los Estados miembros que reconocen legalmente en la actualidad la nueva identidad de los transexuales operados regulan esta cuestión de maneras muy distintas. Como he dicho antes (apartado 3.6.5), pueden existir márgenes de apreciación y diferencias de detalle; pero esto no justifica la conclusión de que apenas hay coincidencias. Lo importante es que en la actualidad, en muchos Estados miembros, el reconocimiento legal de una u otra manera se ha hecho posible.

Tanto la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa como el Parlamento europeo sabían perfectamente que el reconocimiento legal es uno de los problemas fundamentales que se suscitan en relación con los transexuales. En sus resoluciones, no han pedido la armonización de las legislaciones, sino la promulgación de leyes que autoricen el reconocimiento. Coinciden los dos en lo que dice la Asamblea en el siguiente párrafo:

«La legislación de muchos Estados miembros es muy defectuosa en esta materia y no permite a los transexuales y, en especial, a los operados, hacer que se rectifique su estado civil para tener en cuenta las modificaciones acaecidas...»

Recomiendan que se corrijan los defectos denunciados estableciendo legalmente un procedimiento que permita a los transexuales cambiar de sexo, garantizando -por lo menos, añadía el Parlamento europeo- la posibilidad de un reconocimiento jurídico.

5.6.3. Se llega así a la conclusión de que las razones dadas por el Tribunal para explicar por qué no ha tenido en cuenta la evolución de la sociedad se fundan en una deformación de la situación real de las cosas y, por consiguiente, distan mucho de ser convincentes.

Quizá estos argumentos explícitos oculten otros de naturaleza política. A la vista de una serie de Sentencias dictadas en los litigios Marckx, Dudgeon, Rees, F. contra Suiza y Cossey, se tiene la impresión de que el Tribunal -por lo menos, en lo que se refiere al derecho de familia y a la cuestión sexual-, procede con extremada prudencia cuando afronta una evolución que ya ha culminado en algunos Estados miembros, que se está efectuando en otros, pero que todavía no ha llegado a los demás. En tales casos, el criterio del Tribunal parece consistir en adaptar sólo su interpretación a los cambios acaecidos en la sociedad cuando casi todos los Estados miembros han acogido las nuevas ideas.

Creo que esta actitud tan prudente no concuerda en principio con la misión del Tribunal de proteger a las personas contra la colectividad y de hacerlo preparando normas comunes (apartado 3.6.3, anterior). Ciertamente, es aconsejable la prudencia, pero en otra dirección: si una colectividad oprime a una persona negándose a reconocer los cambios producidos en la sociedad, el Tribunal debe tener cuidado en no ceder con demasiada facilidad ante los argumentos fundados en las particulares características culturales e históricas.

5.7. Por todas estas razones, estoy convencido de que el Tribunal debía haberse apartado de su Sentencia Rees, declarando que el Reino Unido violó los artículos 8 y 12 del Convenio.

VOTO PARTICULAR DISIDENTE Y CONJUNTO DE LOS JUECES SEÑORA PALM Y SEÑORES FOIGHEL Y PEKKANEN

1. Entendemos, de acuerdo con la mayoría, que los hechos y las cuestiones que se suscitan en este litigio son análogos a los del caso Rees. Sin embargo, por las razones que damos a continuación, nuestras conclusiones son distintas.

2. En el apartado 37 de su Sentencia Rees, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dijo, refiriéndose al artículo 8, que en esta materia «el Derecho parece estar en una fase de transición». Y siguió diciendo en el apartado 47 que «la necesidad de tomar las medidas legales apropiadas exige un examen constante a este respecto, teniendo en cuenta especialmente la evolución de la ciencia y de la sociedad».

Se trata de una observación poco frecuente, pero importante y pertinente. Se subrayaba que la condición de los transexuales depende de unos problemas en los que las soluciones jurídicas siguen necesariamente a la evolución médica, social y moral de la sociedad. Se decía también a los Estados Contratantes que el Tribunal con su sentencia en el caso Rees, no había dicho su última palabra sobre la cuestión y que no se descartaba que se modificara en el futuro. Por tanto, la mayoría en el litigio Rees se reservaba el derecho de volver a considerar su posición a la vista de la evolución de la sociedad. En nuestra opinión, estas consideraciones deberían aplicarse también a la interpretación del artículo 12.

Por estas razones, no es necesario, desde el punto de vista de la coherencia y de la homogeneidad de la práctica del Tribunal, examinar el presente caso con referencia únicamente a la Sentencia Rees.

3. La señorita Cossey, como el señor Rees, pertenece a ese pequeño grupo de personas que psicológicamente están firmemente convencidas de que su sexo es el opuesto al que tienen en el ámbito físico. Sufrió una operación de transformación sexual en 1974, desde entonces vive normalmente como mujer, psicológica y psíquicamente; y pretende que se reconozca plenamente en Derecho su nueva identidad sexual. Ahora bien, hasta la fecha, las peticiones de los transexuales para que los parlamentos y los tribunales acepten su nueva condición no han tenido mucho éxito.

Esta actitud negativa hacia los transexuales se funda en conceptos morales y éticos profundamente arraigados que, no obstante, parecen cambiar poco a poco en las sociedades europeas. Se ha incrementado el conocimiento de la importancia de la identidad personal y de la necesidad de tolerar y aceptar las diferencias entre los seres humanos. Se admite cada vez más el derecho a la intimidad de la vida privada y el de llevar, en la medida de lo posible, la propia vida sin ser molestado.

Estas nuevas actitudes, más tolerantes, se reflejan también en las modernas legislaciones y en los usos administrativos y judiciales. Varios Estados europeos aceptan en la actualidad la posibilidad de reconocer los cambios de sexo y el derecho de los transexuales, en determinadas condiciones, a contraer matrimonio (Suecia 1972, Dinamarca 1973 a 1975, República Federal de Alemania 1980, Italia 1982 y Países Bajos 1985). En otros, la actuación administrativa o judicial ha llegado al mismo resultado (por ejemplo, en Finlandia y en Noruega). Además, hay países (Bélgica, Luxemburgo, España y Turquía) que permiten rectificar el certificado de nacimiento como consecuencia de un cambio de sexo. Esta posibilidad comprende también en algunos Estados el derecho de casarse.

En este contexto, es importante señalar que en 1989 la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa (Recomendación 1117/1989) y el Parlamento europeo (Resolución de 12 de septiembre de 1989, «DO» núm. C 256, de 19 de octubre de 1989, pág. 33) se han referido a la cuestión de los transexuales. El Parlamento pidió a los Estados miembros que promulgaran

disposiciones en las que se les reconociera el derecho de cambiar de sexo mediante tratamientos endocrinológicos y estéticos y cirugía plástica, estableciendo el correspondiente procedimiento y prohibiendo cualquier discriminación. El procedimiento debía asegurar, especialmente, el reconocimiento legal, el cambio de nombre y la rectificación del sexo en la inscripción de nacimiento y en los documentos de identidad. La recomendación de la Asamblea formula parecidas peticiones. Las resoluciones de estos órganos representativos demuestran claramente que, según una gran parte de la opinión pública, los transexuales deben tener el derecho de que se reconozca plenamente en el ámbito legal su nueva identidad sexual.

4. En cuanto a la alegación de que se violó el artículo 8 del Convenio, el nudo del problema es el hecho de que el registro de nacimientos contenga datos, como el sexo del recién nacido, referidos a esa fecha y que en el Derecho británico no puedan modificarse para hacer constar el nuevo sexo del operado. En consecuencia, la señorita Cossey no tiene más remedio que descubrir detalles personales íntimos en cada ocasión en que se le exige un certificado de nacimiento, por ejemplo por algunos empresarios e instituciones. Estas situaciones le producen las naturales molestias y angustias, viéndose obligada a escoger entre ocultar su nueva identidad sexual, con todo lo que esto puede suponer, y revelar su actual sexo, exponiéndose así a humillaciones e incluso a reacciones hostiles. En situaciones como éstas, se viola, en nuestra opinión, el derecho del interesado a que se respete su vida privada. Y lo que es más importante: el sistema británico vigente sobre los certificados de nacimiento es una injerencia continuada y directa en la vida privada de la señorita Cossey.

El mantenimiento de este sistema no cumple, en nuestra opinión, los requisitos del artículo 8.2 del Convenio. Se trata de una mera cuestión de procedimiento administrativo que, como lo demuestran claramente los ejemplos de otras sociedades democráticas, puede resolverse de varias maneras sin violar los derechos de los transexuales.

5. Los autores del Convenio, cuando redactaron el artículo 12 pensaron probablemente en el matrimonio tradicional entre personas de sexo biológico opuesto, como el Tribunal puso de manifiesto en el apartado 49 de su Sentencia Rees. Sin embargo, el problema de los transexuales no era a la sazón un problema jurídico, de manera que no se puede suponer que la intención era denegarles el derecho de casarse. Además, como hemos intentado demostrar antes, se han producido cambios importantes en la opinión pública sobre el pleno reconocimiento legal de los transexuales. Si se considera la interpretación dinámica que el Tribunal viene dando al Convenio, esta evolución social y moral debe también tenerse en cuenta respecto al artículo 12.

Las intervenciones quirúrgicas de transformación no cambian el sexo biológico de una persona. Es imposible que la señorita Cossey dé a luz un niño; pero a los demás efectos, tanto psicológicos como físicos, es una mujer y vive como tal desde hace años.

El hecho de que un transexual no pueda procrear no es decisivo. Hay muchos hombres y muchas mujeres que tampoco pueden tener hijos y, sin embargo, tienen el derecho indiscutible de casarse. La capacidad de procrear no es ni puede ser un requisito previo para el matrimonio.

El único argumento que queda contra la concesión a la señorita Cossey del derecho de contraer matrimonio con un hombre es que biológicamente no se la considera como una mujer. Pero como consecuencia del tratamiento médico y quirúrgico sufrido, tampoco es un hombre. Se sitúa en parte entre los dos sexos. Ante esta situación, hay que escoger y la única solución humanamente admisible es respetar el hecho objetivo de que, debido al tratamiento antes citado que se fundaba en la firme convicción que tiene la interesada de ser una mujer, pertenece psicológica y físicamente al sexo femenino y socialmente se la acepta como tal.

Se debe recordar también que la señorita Cossey, si no se le autoriza a contraer matrimonio con un hombre como desea, no tendrá ninguna posibilidad de casarse. Ni física ni psicológicamente podrá hacerlo con una mujer. Además, habría serias dudas sobre la validez de un matrimonio así.

6. Por estos motivos, entendemos que se han violado en este caso los artículos 8 y 12 del Convenio.

ANEXO

OPINIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (Formulada en el informe de 9 de mayo de 1989)

La composición de la Comisión fue la siguiente: Señores J. A. Frowein, Presidente en funciones, S. Trechsel, F. Ermacora, E. Busuttil, A. S. Gözübüyük, A. Weitzel, H. G. Schermers, H. Danelius, J. Campinos, H. Vandenberghe, Señora G. H. Thune, Sir Basil Hall, Señores F. Martínez, C. L. Rozakis, Señora J. Liddy, Señores L. Loucaides y H. C. Krüger, Secretario.

A. Las cuestiones litigiosas 31. Se discuten en este litigio las siguientes cuestiones: Si se ha violado el derecho de la demandante al respeto de su vida privada -tal como lo garantiza el art. 8 del Convenio- por la imposibilidad, según el Derecho del Reino Unido, de exigir el reconocimiento de su actual estado modificando el registro de nacimientos y el correspondiente certificado; y si se ha violado el artículo 12 del Convenio porque la demandante, a tenor del Derecho del Reino Unido, no puede contraer matrimonio válido con una persona del sexo masculino y adoptar niños.

B. El artículo 8 del Convenio

32. El artículo 8 del Convenio dispone lo siguiente:

«1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. La autoridad pública sólo podrá injerirse en el ejercicio de este derecho en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y sea una medida necesaria en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de los delitos, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y de las libertades de los demás.»

33. La demandante pretende que el Reino Unido, al negarse a concederle un certificado de nacimiento en que conste su sexo femenino y a reconocerlo a los demás efectos legales, violó el derecho al respeto de su vida privada que le garantiza el artículo 8 del Convenio. A su entender, la negativa no puede apoyarse en el apartado 2 de dicho precepto; y considera especialmente que ninguna «exigencia social imperiosa» justifica la manera de actuar del Reino Unido ni la hace «necesaria en una sociedad democrática».

34. Sostiene también que ningún motivo de interés público impide modificar el Registro de nacimientos. Frente al argumento del Gobierno de que dicho Registro tiene por objeto facilitar una prueba auténtica de los hechos y del parentesco a los efectos de las sucesiones, filiación legítima y partición de bienes, alega que ninguna de estas finalidades se perjudicaría por una anotación registral haciendo constar que una persona en un momento determinado ha cambiado de sexo. Tampoco alteraría el valor estadístico del Registro; por el contrario,

proporcionaría datos más al día, es decir, de acuerdo con la realidad.

35. El Gobierno demandado se limita a alegar que no hay diferencias importantes entre el presente caso y el llamado Rees.

36. En cuanto al cumplimiento del artículo 8 del Convenio por el Reino Unido en relación con los transexuales, la Comisión se remite a la Sentencia dictada en el litigio Rees el 17 de octubre de 1986 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos , serie A, núm. 106, págs. 15 a 18, apartados 38 a 46), en la que se decía lo siguiente:

«38. La transexualidad no es algo nuevo, pero sólo recientemente se la ha definido y se han examinado sus características. El desarrollo debido a estos estudios ha sido ampliamente impulsado por los especialistas en Medicina y en la Ciencia, quienes han llamado la atención sobre los serios problemas con que tropiezan los individuos de que se trata y han considerado que se podían mitigar por medio de tratamientos médicos y quirúrgicos. Se denominan habitualmente transexuales a las personas que, perteneciendo físicamente a un sexo, tienen el sentimiento de pertenecer al otro. Con frecuencia, intentan conseguir una identidad coherente y menos ambigua, sometándose a tratamientos médicos y a intervenciones quirúrgicas para adaptar sus características físicas a su naturaleza psíquica. Los transexuales operados a este respecto constituyen un grupo bastante definido y determinado.

39. En el Reino Unido, ni el legislador ni los tribunales se han pronunciado con carácter general y uniforme sobre el estado civil de los transexuales operados. Por otra parte, el régimen del estado civil no está unificado; sólo existen Registros distintos para los nacimientos, los matrimonios, las defunciones y las adopciones... Se inscriben los hechos correspondientes, tal como suceden, sin anotar -salvo en circunstancias excepcionales...- los cambios (de nombre, de domicilio, etc.) que en otros Estados se transcriben.

40. En cambio, los transexuales pueden en el Reino Unido, como cualquier otra persona, modificar a su gusto su nombre y apellido... y conseguir que se les expidan los documentos con los escogidos, indicando, en su caso, con la correspondiente abreviatura (Sr., Sra. o Srta.) el sexo que prefieran... Esta facultad supone una importante ventaja en comparación con los Estados en que todos los documentos públicos deben concordar con las inscripciones del estado civil.

Existe, sin embargo, el inconveniente -puesto de manifiesto por el demandante- de que los interesados, como el régimen legal británico no prevé la emisión de certificados del estado civil válidos en Derecho, tienen que demostrar su identidad con una copia certificada, literal o en extracto, del Registro de nacimientos. Teniendo en cuenta la naturaleza de este Registro, público por añadidura, el certificado menciona el sexo biológico en la fecha del nacimiento... La expedición de dichos certificados, aunque no exigida legalmente, se requiere de hecho para determinados efectos...

Es claro también que el Reino Unido no reconoce que el demandante sea de sexo masculino a efectos sociales. En la actual situación británica, parece que se le considera como una mujer, entre otros casos para el matrimonio y el desempeño de algunos puestos de trabajo y para los derechos de la jubilación... Un certificado de nacimiento sin corregir puede impedirle también otorgar determinados contratos como varón...

41. El demandante y la Comisión consideran que esta situación se opone al artículo 8 por cuanto no se justifica por ningún motivo de interés público. Entienden que la negativa oficial de modificar o anotar el Registro de nacimientos para que conste el cambio de sexo y permitir al interesado que consiga un certificado con su nueva identidad no puede ampararse en los

motivos antes mencionados. Según el demandante, el régimen de anotaciones sería parecido al que se aplica a las adopciones. La Comisión y el propio demandante citan el ejemplo de otros Estados Contratantes que han previsto recientemente la posibilidad de modificar la mención del sexo a partir de una fecha determinada. La Comisión señala, a mayor abundamiento, que el Reino Unido, por medio del Servicio nacional gratuito de Sanidad, costeó los gastos de las intervenciones quirúrgicas y de los demás tratamientos médicos a que se sometió el demandante. Se reconoció de esta manera la necesidad de ayudarlo, nuevo motivo para que se refleje legalmente el cambio de sexo. Si así no se hace, se tratará al interesado como a un ser ambiguo.

42. El Tribunal no considera convincentes estos argumentos.

a) Exigir al Reino Unido que siga el ejemplo de otros Estados contratantes sería tanto como pedirle que adoptara un régimen en principio idéntico al suyo para la determinación y la inscripción del estado civil.

Aunque despacio y con algunas vacilaciones, el Reino Unido ha procurado acceder a las pretensiones del demandante en la medida que lo permitía su régimen legal. Parece, pues, que la falta de respeto que se alega hay que reducirla a la negativa de establecer un modelo de documentación que refleje y pruebe el estado civil actual. Hasta la fecha, el Reino Unido no ha considerado necesario introducir un régimen que tendría importantes consecuencias administrativas e impondría nuevas obligaciones a la población en general. Las autoridades, al utilizar su margen de apreciación, poseen el indiscutible derecho de tener en cuenta la situación de su patria para decidir las medidas que deben tomarse. Aunque la exigencia del equilibrio justo... pueda quizá traducirse, en interés de personas que se encuentren en las condiciones del demandante, en que se retoque el ordenamiento vigente, no quiere decir que el Reino Unido esté obligado a modificarlo fundamentalmente.

b) En una interpretación más restrictiva de la reclamación formulada, podría entenderse que se pretende que el retoque a que se ha aludido implique una anotación en la actual inscripción de nacimiento.

El Gobierno admite que se puedan efectuar anotaciones en el Registro de nacimientos para que conste, por ejemplo, una adopción o una legitimación; pero entiende que no se puede comparar la que se propone con estos supuestos. Según él, salvo una equivocación o una omisión en el momento del nacimiento, la modificación del Registro en cuanto al sexo de una persona falsearía los hechos inscritos y podría inducir a error a las personas que tuvieran un interés legítimo en obtener una información exacta. Las exigencias del interés público se oponen poderosamente a una modificación de esta naturaleza.

El Tribunal señala que las anotaciones actualmente permitidas en la adopción y en la legitimación se refieren también a acontecimientos posteriores al nacimiento y que, a este respecto, no son distintas de la que pretende el demandante. Sin embargo, hacen constar hechos jurídicos y se practican para que el Registro cumpla su finalidad de proporcionar la prueba auténtica de los lazos familiares a los distintos efectos (sucesiones, filiación legítima, partición de bienes). La anotación que se pretende en el caso de autos sólo probaría que el interesado, en lo sucesivo, pertenecía al otro sexo. Además, no significaría que se hubieran adquirido todas las características biológicas de este otro sexo. En cualquier caso, por sí sola no sería una garantía efectiva de la total vida privada del demandante, ya que pondría de manifiesto el cambio de sexo.

43. Por tanto, el demandante pide también que el cambio y la correspondiente anotación no puedan conocerse por terceros.

Ahora bien, para esto habría que empezar por modificar, fundamentalmente, el régimen vigente del Registro de nacimientos para que el público no pudiera consultar las inscripciones anteriores a la anotación. Este secreto podría producir también resultados inesperados e importantes y perjudicar a la finalidad y a la función de dicho Registro, complicando las cuestiones de hecho que se suscitasen, por ejemplo, en el ámbito del derecho de familia y del de sucesiones. Más aún: prescindiría de los terceros, incluida la Administración (por ejemplo, las Fuerzas Armadas) o de los organismos privados (como las compañías de seguros de vida), que no contarían ya con informaciones que les interesan legítimamente.

44. Para superar estos inconvenientes, la legislación tendría que detallar con precisión las consecuencias del cambio en los distintos aspectos y las circunstancias en que la reserva debería ceder ante el interés público. Si se tiene en cuenta el amplio margen discrecional que hay que dejar en esto a los Estados y la necesidad de proteger los intereses ajenos para conseguir el equilibrio pretendido, las obligaciones positivas que se derivan del artículo 8 no pueden llegar tan lejos.

45. No se debilita esta conclusión por el hecho, al que la Comisión y el demandante conceden alguna importancia, de que el Reino Unido contribuyera al tratamiento médico del señor Rees.

Si se admitieran con demasiada amplitud estos argumentos, podría suceder que la Administración pública se mostrara excesivamente prudente en el ejercicio de sus funciones, en perjuicio del espíritu de servicio que debe imperar en sus relaciones con los administrados. En el caso de autos, los servicios médicos no esperaron para dispensar el tratamiento e intervenir quirúrgicamente a que se estudiaran y regularan los diversos aspectos legales de la situación de personas como el demandante, con lo cual éste y su libertad de elección salieron ganando.

46. Por consiguiente, dadas las circunstancias, no se violó el artículo 8 en este caso.»

37. La Comisión considera que la presente demanda no pone de manifiesto ningún nuevo aspecto de la situación de los transexuales en el Reino Unido que la diferencie de la examinada en el caso Rees en cuanto al derecho a que se respete la vida privada.

Conclusión

38. La Comisión sienta la conclusión, por diez votos contra seis, de que no se ha violado el artículo 8 del Convenio en el caso de autos.

C. El artículo 12 del Convenio

39. El artículo 12 del Convenio establece lo siguiente:

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

40. Alega la demandante que se le denegó el derecho de casarse con un hombre al considerársele como tal por las autoridades del Reino Unido. Dice también que su conversión sexual le permite consumir el matrimonio con un varón y que desea casarse con un ciudadano italiano que pretende lo mismo.

41. En cuanto al cumplimiento del artículo 12 del Convenio por el Reino Unido, la Comisión se remite una vez más a la Sentencia dictada por el Tribunal en el caso Rees (*loc. cit.*), cuyos

apartados pertinentes se transcriben a continuación:

«48. El demandante se queja de que, debido al Derecho vigente en el Reino Unido, no se puede casar con una mujer, y alega que se ha violado el artículo 12, que dispone lo siguiente:

...

El Gobierno lo discute y la Comisión se divide en dos opiniones distintas.

49. Según el Tribunal el artículo 12, al garantizar el derecho de casarse, se refiere al matrimonio tradicional entre dos personas de distinto sexo biológico. Lo confirma su redacción de la que se deduce con claridad que la finalidad que se persigue es, principalmente, proteger el matrimonio como fundamento de la familia.

50. Además, según lo puntualiza el artículo 12, el ejercicio de este derecho se somete a las leyes nacionales de los Estados Contratantes. Las limitaciones que se establezcan no deben restringirlo o reducirlo de tal manera, o hasta tal extremo, que dañe a su propia esencia. No obstante, no se puede entender que el obstáculo legal que impone el Reino Unido al matrimonio entre personas del mismo sexo biológico produzca tales efectos.

51. Por consiguiente, no se violó, en este caso, el artículo 12 del Convenio.»

42. La Comisión ha tenido también en cuenta la opinión de sus miembros en cuanto a este punto en el informe Rees de 12 de diciembre de 1984. Cinco de ellos entendieron que no había ninguna violación por separado del artículo 12 del Convenio, ya que la imposibilidad, con arreglo al Derecho británico, de que el demandante Rees se casara con una persona de sexo femenino era sólo una necesaria consecuencia de la del artículo 8 reconocida unánimemente por la Comisión en aquel caso. Otros cinco miembros consideraron que no se había violado el artículo 12 del Convenio.

43. La Comisión opina ahora que el matrimonio y la fundación de una familia son singulares acontecimientos en la vida de las personas que exceden de la cotidiana vida privada y familiar, puesto que se refieren a dos personas que forman una unión, reconocida legal y socialmente, y fuente a la vez de responsabilidad y prerrogativas. Por este motivo, el artículo 12 del Convenio garantiza un derecho específico y distinto, independiente del de protección a la vida privada y familiar asegurado por el artículo 8.1.

En realidad, la distinción entre los dos preceptos debe verse esencialmente como una diferencia entre la protección, por el artículo 8, de la vida familiar *de facto*, con independencia de su situación legal (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia Marckx de 13 de junio de 1979 ; Sentencia Airey de 9 de octubre de 1979, y Sentencia Johnston de 18 de diciembre de 1986, serie A, núms. 31, 32 y 112) y el derecho que el artículo 12 garantiza a dos personas de distinto sexo para unirse en forma legalmente reconocida.

Por consiguiente, la conclusión de que no se violó el artículo 8 del Convenio no obsta a la posibilidad de que se violara el artículo 12.

44. Por lo que se refiere al derecho de la actual demandante a contraer matrimonio, la Comisión advierte ante todo que hay en su demanda un hecho que la diferencia del caso Rees y de otros sobre transexuales examinados hasta la fecha: según dice, tiene un compañero masculino dispuesto a casarse con ella.

45. La Comisión está de acuerdo, en principio, con el Tribunal en que el artículo 12 se refiere

al matrimonio tradicional entre personas de opuesto sexo biológico. Sin embargo, no puede deducirse del artículo que la capacidad de procrear sea un requisito necesario para el ejercicio del derecho de que se trata. Los hombres y las mujeres que no pueden tener niños tienen el derecho de casarse como los demás. Por consiguiente, a los efectos del artículo 12, el sexo biológico no se puede relacionar con la capacidad para procrear.

46. Un perito médico ha certificado que, desde el punto de vista anatómico, la demandante ya no pertenece al sexo masculino. Desde la operación de conversión sexual, lleva una vida de mujer y socialmente se la considera como tal.

La Comisión entiende que, en estas circunstancias, no se puede sostener que a los efectos del artículo 12 se deba considerar todavía a la demandante como de sexo masculino. Debe, por tanto, tener derecho a casarse con el hombre que ha elegido como marido, y a que el matrimonio sea reconocido legalmente por el Reino Unido.

47. «Conclusión».

La Comisión sienta la conclusión, por diez votos contra seis, de que se violó el artículo 12 del Convenio.

D. Resumen

48. La Comisión llega a las siguientes conclusiones:

- por diez votos contra seis, que no se violó el artículo 8 del Convenio (apartado 38);
- por diez votos contra seis, que se violó el artículo 12 del Convenio (apartado 47).

Firmado: J. A. Frowein, PRESIDENTE EN FUNCIONES

Firmado: H. C. Krüger, SECRETARIO

VOTO PARTICULAR DISIDENTE DEL SEÑOR FROWEIN, AL QUE SE HAN UNIDO LOS SEÑORES ERMACORA, GÖZÜBÜYÜK, ROZAKIS Y SCHERMERS Y LA SEÑORA THUNE

Hemos votado que se violó el artículo 8. Por las razones expuestas por cinco miembros en el caso Rees (apartado 54), entendemos que el artículo 8 y 12 no se pueden separar por completo en un litigio sobre transexuales.

Creemos que se violó el artículo 8 porque, en el presente caso, hay claras indicaciones de que la demandante, socialmente aceptada como mujer, y otra persona querían casarse. Dadas estas circunstancias, no nos consideramos vinculados por la sentencia que dictó el Tribunal en el caso Rees. A nuestro entender, el artículo 8, que protege la dignidad humana, exige que se reconozca en Derecho la nueva identidad de una persona que ha sufrido un tratamiento quirúrgico para cambiar de sexo y a la que en la actualidad la sociedad acepta como mujer.

En el caso Rees, los cinco miembros que opinaron lo antes recordado consideraron que el artículo 12 no suscitaba un problema distinto (*loc. cit.*). Por nuestra parte, hemos llegado a otra conclusión en el presente litigio, puesto que la demandante ha alegado que tenía una posibilidad concreta de contraer matrimonio.

VOTO PARTICULAR DISIDENTE DEL SEÑOR DANELIUS, AL QUE SE HAN UNIDO LOS SEÑORES WEITZEL Y VANDENBERGHE, SIR BASIL HALL Y LA SEÑORA LIDDY (En relación con

el art. 12 del Convenio)

En el caso Rees, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que el impedimento legal que puso el Reino Unido al matrimonio del entonces demandante con una mujer no lesionaba el derecho de casarse garantizado por el artículo 12 del Convenio. Por este motivo, llegó a la conclusión de que no se había violado dicho precepto (apartado 41, anterior).

Me parece natural que se tome el razonamiento del Tribunal en el caso Rees como punto de partida para el que ahora nos ocupa. Falta examinar si hay motivos para establecer diferencias entre los dos litigios.

El argumento aducido por el Tribunal en el caso Rees, que se ha citado antes, tenía carácter general y se fundaba en la valoración de un principio del Reino Unido más que en la consideración de las circunstancias concretas que entonces concurrían. En consecuencia, no me parece justificado diferenciar el presente caso del Rees alegando que la actual demandante tiene un compañero varón que pretende casarse con ella (apartado 44). Ni encuentro otros elementos en los que se pueda apoyar la conclusión formulada sobre el artículo 12.

De lo dicho se deduce, en mi opinión, que el caso de autos no se diferencia del Rees. Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal en esta materia, he votado, por tanto, en contra de la conclusión de la Comisión en el apartado 47 del informe.

VOTO PARTICULAR DISIDENTE DEL SEÑOR MARTÍNEZ

No comparto la opinión de la mayoría de la Comisión cuando declara que se violó el artículo 12 del Convenio. Lo hago por las siguientes razones:

1. Según la Sentencia Lawless, la Comisión es un auxiliar del Tribunal.

Entiendo, por tanto, que no debe oponerse a su doctrina, sino procurar ajustarse a ella.

2. En cuanto al artículo 12 del Convenio, me parece que la Comisión en lugar de seguir la jurisprudencia del Tribunal, la contradice.

En el caso Rees, el Tribunal entendió que en la actual situación del Derecho del Reino Unido una transexual no puede ser considerada como mujer a los efectos del matrimonio (apartado 40 de la Sentencia).

3. Al apartarse de la opinión del Tribunal, la Comisión encuentra una diferencia entre el caso Rees y el que ahora nos ocupa: hay una persona del sexo masculino que quiere casarse con la actual demandante (apartado 44 del informe).

Sin embargo, no creo que este hecho permita establecer una diferencia válida entre uno y otro caso. Lo que hace a una persona capaz para contraer matrimonio es la aptitud real y no el deseo de otra.

4. En defensa del impedimento del matrimonio a que aspira la demandante, quisiera llamar la atención sobre la opinión del Tribunal de que la garantía que supone el artículo 12 del Convenio se refiere al matrimonio tradicional entre dos personas de distinto sexo biológico (Sentencia Rees, apartado 49).

Pero contamos también con el propio texto del artículo 12 que, como subrayó el Tribunal, se remite a las leyes nacionales de los Estados Contratantes (Sentencia Rees, apartado 50).

Quiere decir esto que corresponde a la legislación estatal especificar la esencia del matrimonio y las condiciones que lo regulan.

En el Derecho inglés, se establece el requisito de que los contrayentes sean un hombre y una mujer (véase el informe de la Comisión, apartado 27). Para la celebración del matrimonio, el sexo se determina por los criterios cromosómicos, gonadal y genital (informe de la Comisión, apartado 28).

Por esta razón, como la demandante no ha demostrado que su sexo femenino se había determinado por dichos criterios, no tiene el derecho de casarse «según las leyes nacionales que regulan el ejercicio de este derecho».

5. El matrimonio no es meramente una cuestión de voluntades, sino también de capacidad legal.

Si la demandante fuera ciudadana de un Estado en el que el matrimonio consistiera sólo en la unión legal de dos personas que dieran su consentimiento, no habría tenido ninguna dificultad para contraerlo.