

## 14

## LA INTERDICCIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD SEXUAL EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Ascensión Elvira Perales  
Universidad Carlos III de Madrid

### *Resumen*

La protección frente a cualquier tipo de discriminación por razón de orientación sexual o de identidad sexual se ha ido afianzando en el ámbito internacional, primero a través de su inclusión en el reconocimiento genérico del principio de igualdad y, en fechas más recientes, mediante la inclusión explícita de la interdicción de discriminación por esos motivos. Una muestra de la esa evolución la encontramos en la protección ofrecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Un significativo paso a favor de la igualdad lo constituye el reconocimiento del matrimonio a personas homosexuales que se ha abierto paso en los últimos años.

### 1. INTRODUCCIÓN

La lucha contra la discriminación y contra la desigualdad es uno de los objetivos que han protagonizado el último tercio del siglo XX y los inicios del siglo XXI. Entre los diferentes motivos de discriminación encontramos la orientación sexual o la identidad sexual, circunstancias que provocaron -y aun provocan- tratos discriminatorios, cuando no directamente vejatorios e incluso contrarios no ya a la dignidad humana, sino a cualquier sentimiento de humanidad.

Como ejemplo del tratamiento dado a la orientación sexual, recordemos que fue solo el 17 de mayo de 1990 cuando la Organización Mundial de la Salud suprimió la homosexualidad de su listado de enfermedades mentales. Por lo que se refiere a la transexualidad, la Organización Mundial de la Salud la califica como un trastorno de identidad sexual, caracterizado por la incongruencia entre el sexo anatómico y la identidad sexual,

entendiendo por tal la conciencia de pertenecer a un sexo determinado, y definido como la disociación sexual centrada en la creencia fija de que los caracteres sexuales externos no son los que corresponden a la persona, de tal modo que la conducta resultante del sujeto se dirige, bien hacia el cambio de los órganos sexuales por medio de operación quirúrgica, bien hacia el ocultamiento completo del sexo operante adaptando el vestido y los modales del sexo opuesto<sup>1</sup>. La cuestión de la transexualidad presenta diversas facetas, una de ellas que si bien la disforia sexual es aceptada desde el punto de vista médico, sin embargo no se conocen aun con certeza las causas que llevan a la misma, a lo que se añade que no existe una pauta común en todos los casos.

La interdicción de discriminación por razón de orientación sexual o de identidad sexual solo empieza a recogerse de manera expresa en declaraciones de derechos recientes, de tal manera que su defensa se planteaba de dos maneras: una, entendiendo que la referencia al sexo no solo recogía la alusión a hombres y mujeres, sino que englobaba las causas motivadas por razón de orientación o identidad sexual; otra, incluyéndola dentro de la cláusula genérica, presente en buena parte de los preceptos dedicados a la igualdad, expresada como «cualquier otra circunstancia personal o social», o alguna otra fórmula parecida, o simplemente dando al precepto una interpretación comprensiva.

Esta discriminación comparte con los supuestos clásicos de discriminación que supone una diferencia históricamente arraigada y que ha situado a las personas y colectivos afectados en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad humana tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social<sup>2</sup>. Todo ello ha conducido a que la orientación sexual y la identidad sexual como motivo de discriminación ocupen la atención en ámbitos internacionales y supranacionales, junto a otros motivos más tradicionalmente reconocidos de discriminación, como puedan ser la raza, el sexo o la posición social, incluso con mayor fuerza

<sup>1</sup> Organización Mundial de la Salud, *CIE-10, ob. cit.*, pág. 266; Asociación Americana de Psiquiatría, *DSM-IV. Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*, Barcelona, 1995, p. 550, citado por ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina: *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el Derecho español*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2008, p. 33. En la actualidad los transexuales luchan para que la transexualidad desaparezca de la lista de patologías de la OMS.

<sup>2</sup> En este sentido se pronunciaba el Tribunal Constitucional español con respecto a la orientación sexual en la Sentencia 41/2006, de 13 de febrero, fundamento jurídico 3º.

que otros que han logrado ya un consenso más generalizado en la defensa de otros supuestos de discriminación, pues restan importantes objetivos por cumplir. En este sentido, no está de más recordar cómo la homosexualidad todavía se castiga con la pena de muerte en al menos 5 Estados<sup>3</sup> y con penas de prisión u otras sanciones –en bastantes casos graves– en 76<sup>4</sup>. Incluso en algunos Estados del ámbito occidental, las relaciones sexuales consentidas entre homosexuales recibieron hasta fechas recientes un trato legal distinto al de las relaciones sexuales consentidas entre heterosexuales, por ejemplo estableciendo una edad superior para consentir estas relaciones o vetando la homosexualidad en algunos medios (la prohibición de la homosexualidad en el ejército ha sido algo habitual). Los logros en defensa de los derechos del colectivo LGTBI no han de hacernos olvidar no solo los datos a los que acabamos de hacer referencia, sino los riesgos de involución, presentes incluso en Estados en los que se han conseguido mayores avances, riesgo que aparece ligado a distintas corrientes de fundamentalismo religioso o a movimientos políticos de carácter autoritario o totalitario (cuando no a ambos factores conjuntamente<sup>5</sup>).

Los motivos de discriminación son muy variados, todos comparten su carácter odioso y ser contrarios a un Estado social democrático de derecho; no obstante, la discriminación por razón de orientación sexual contiene algunas características específicas. En primer lugar, cabría señalar su ‘contemporaneidad’, dado que sólo en fechas recientes se ha incluido este motivo como causa específica de discriminación, En segundo lugar, sólo en los últimos años asistimos a un reconocimiento de la igualdad en aspectos que afectan a la vida familiar, como pueda ser la posibilidad de contraer matrimonio para parejas del mismo sexo o la posibilidad de adoptar hijos.

<sup>3</sup> En algún Estado, como Nigeria se aplica en algunas zonas del país.

<sup>4</sup> Las cifras están recogidas del Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre *Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*, presentado en noviembre de 2011.

<sup>5</sup> Con frecuencia los cambios normativos o la actividad represora de los poderes públicos viene auspiciada por movimientos religiosos de fuerte implantación entre la población o con significativos vínculos entre su clase dirigente.

Conviene subrayar un aspecto que diferencia la lucha contra la discriminación en el ámbito LGTBI: la **frecuente invisibilidad**. Esta invisibilidad se plantea de manera inicial por el ocultamiento de la orientación o identidad sexual, lo que resulta perfectamente legítimo, pero que puede suponer en sí una merma de derechos si ese ocultamiento se efectúa para evitar un trato discriminatorio por parte de terceros. Por otra parte, la invisibilidad se traduce en la ausencia de denuncias ante la previa existencia de conductas discriminatorias o lesivas de los derechos de personas LGTBI.

Lo anterior nos conduce a otra característica de este tipo de discriminaciones que consiste en que su alegación deja al descubierto aspectos de la vida privada, aspectos que afectan directamente a la intimidad de las personas, lo que no sucede en otros supuestos. La alegación de este tipo de discriminación desvela una característica de la personalidad que podría quererse mantener oculto y que, en su caso, incluso podría desembocar en ulteriores discriminaciones por parte de otras personas. Por este motivo, a la hora de buscar garantías y en el momento de proceder a la reparación de los derechos vulnerados habrá de procurarse que esa reparación no provoque otra vulneración de derechos, aunque sea involuntariamente.

## **2. LA INTERDICCIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD SEXUAL EN LOS TEXTOS INTERNACIONALES**

Si tenemos en cuenta el factor reseñado de que las más antiguas declaraciones de derechos no contenían referencia expresa la interdicción de discriminación por razón de orientación o identidad sexual, en el ámbito de las Naciones Unidas, **el Comité de Derechos Humanos ha considerado incluida la orientación sexual dentro de la interdicción de discriminación que establece el art. 26 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos** y, en las observaciones generales núms. 14 y 20, el Comité de derechos sociales económicos, sociales y culturales expuso que los arts. 2 y 3 del Pacto también prohíben toda discriminación en el acceso a la salud por razón de orientación sexual o de identidad de género.

El Comité de Derechos Humanos, por su parte, en el asunto *Toonen c. Australia*<sup>6</sup> puso de relieve que toda distinción entre las personas por razones de su orientación sexual y su identidad de género equivale a una violación de artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en relación, en este caso, con el derecho a una vida privada (art. 17). En otro asunto -*Fedotova c. la Federación Rusa*<sup>7</sup>-, el Comité aprecia una vulneración de la libertad de expresión y derecho a igualdad ante la ley (arts. 19 y 26 PIDCP), por imposición de una sanción por haber efectuado manifestaciones públicas a favor de la homosexualidad.

**Las Naciones Unidas han profundizado su lucha contra esta discriminación a través de resoluciones y estudios**, como la Resolución de la Asamblea General de la ONU de 4 de junio de 2012 (AG 2721, XLII-O/12), *Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género*, en la cual insta a los Estados a luchar contra estas causas de discriminación y, en particular, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a estudiar la situación en los Estados americanos; o el Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre *Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*, de 17 de noviembre de 2011 (A/HRC/19/41), donde se hace un análisis de los diferentes supuestos de discriminación por esos motivos, desde los más graves, como la penalización de las prácticas homosexuales (llegando a la pena de muerte) a las discriminaciones en diversos ámbitos -del empleo a las prestaciones sociales-, aunque también resalta los logros y mejoras introducidas en los últimos años. El informe concluye con unas recomendaciones (no exhaustivas) a los Estados miembros para erradicar estos tipos de discriminación, medidas entre las que no solo figura la derogación de la normativa discriminatoria, sino la adopción de todo tipo de medidas encaminadas a erradicar esa discriminación, como pueda ser la investigación de las denuncias de violencia por razón de orientación o identidad sexual o la ejecución de programas de capacitación para funcionarios que por

<sup>6</sup> <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/d22a00bcd1320c9c80256724005e60d5>.

En el asunto se hacía referencia a la prohibición de relaciones homosexuales impuesta en Tasmania.

<sup>7</sup> Comunicación N°. 1932/2010. Sesión de 31 de octubre de 2012.

sus tareas van a tener un mayor contacto con situaciones potencialmente discriminatorias.

Un capítulo importante lo ocupan los *Principios de Yogyakarta*, principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género,

redactados por un grupo de especialistas en derechos humanos reunidos en Yogyakarta (Indonesia) del 6 al 9 noviembre de 2006<sup>8</sup>, donde lo que se hace es poner el acento en la especial problemática LGTB con respecto a los derechos humanos tradicionalmente protegidos y algún otro de carácter más novedoso, como el derecho a participar en la vida cultural (principio 26), acompañándose de una serie de recomendaciones a los Estados para evitar o poner fin a las discriminaciones. Estos principios ponen de relieve un aspecto importante: la diversidad de derechos que pueden verse afectados debido a la discriminación por razón de orientación sexual o identidad sexual, de tal forma que en los derechos universalmente reconocidos como pueden ser derecho a la seguridad personal, a las libertades de expresión o manifestación, requieren un reconocimiento específico o una especial protección por parte de los poderes públicos para lograr que estas personas no vean vulnerados derechos debido precisamente debido a su orientación o identidad sexual. Además algunos derechos están específicamente destinados al colectivo

<sup>8</sup> [www.yogyakartaprinciples.org](http://www.yogyakartaprinciples.org). Antes de la elaboración de los citados Principios, en 2003, se había presentado ante la ONU una primera propuesta para emitiera una resolución sobre los derechos de homosexuales y transexuales, formalizándose por la Misión Permanente de Brasil un proyecto de *Resolución «Sobre los derechos humanos y la inclinación sexual»* en la Comisión de Derechos Humanos el 17 de abril de 2003, conocida como la *Resolución Brasileña*, a la que después siguieron otras. Resultan de interés las *Jurisprudential Annotations to the Yogyakarta Principles* (Noviembre 2007. Anotaciones efectuadas en el marco de University of Nottingham Human Rights Law Centre, bajo la dirección del Prof. Michael O'Flaherty. Investigador principal: Gwyneth Williams LLM), en las que se vinculan esos principios con diferentes declaraciones y con resoluciones de organismos y tribunales internacionales, normativa estatal y textos de expertos; también O'Flaherty, Michael y Fisher, John: «Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles», en *Human Rights Law Review* 8:2 (2008), pp. 207-248 (ambos accesibles en [www.yogyakartaprinciples.org](http://www.yogyakartaprinciples.org)). En este último se critican también los puntos débiles de estos principios, como son la menor fuerza de los mandatos o recomendaciones en un cierto número de ocasiones cuando afectan al ámbito privado, o la falta de precisión de alguno de sus puntos.

LGTBI como el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica o el derecho de protección frente a los abusos médicos.

En el ámbito regional europeo, en el marco del Consejo de Europa<sup>9</sup>, podemos referirnos en primer lugar al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales (CEDH), en el cual la orientación o identidad sexual como motivo de discriminación se han entendido comprendidas en su art. 14.

De un modo más particular, el Consejo de Ministros adoptó el 30 de marzo de 2010 una recomendación (CM/Rec(2010) 5) sobre medidas para combatir la discriminación por razón de orientación sexual o de identidad de género, de la que cabe destacar la afirmación de que ese tipo de discriminaciones o el '*hate speech*' por los mismos motivos no podrán justificarse amparándose en valores tradicionales, culturales o religiosos, ni en las normas de una cultura dominante, con lo que se procura negar o reducir el margen de apreciación de los Estados ante estas situaciones. A estas resoluciones se unen informes periódicos (el último publicado en septiembre de 2011: *Legal Study on Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender identity*), que resaltan la preocupación del Consejo de Europa por estos problemas.

En la Unión Europea<sup>10</sup>, por su parte, se introdujo la orientación sexual expresamente como una de las causas de discriminación en el Tratado de la Comunidad Europea, conforme a la modificación que introdujo el Tratado de Ámsterdam en 1996 (art. 13).

La Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, junio, de establecimiento de un marco general para el empleo y la ocupación, se refiere específicamente a la orientación sexual entre los motivos por los que hay que luchar contra la discriminación

<sup>9</sup> El Consejo de Europa es una organización internacional cuya finalidad es la defensa y promoción de los derechos humanos y de la democracia. El Consejo de Europa posee un carácter independiente de la Unión Europea, si bien todos los Estados miembros de ésta lo son también del primero.

<sup>10</sup> La Unión Europea tiene su origen en las Comunidades Europeas, pero ha ido aumentando sus competencias (perdiendo así su carácter marcadamente económico), a medida que se aprobaban nuevos tratados. Por otro lado, a medida en que se fortalecía la Unión, su naturaleza pasaba a considerarse de carácter transnacional más que puramente internacional.

(junto con la religión o convicciones, la edad, y la discapacidad)<sup>11</sup>. No obstante, a pesar de que esta directiva tiene un alcance más limitado que otras tendentes igualmente a eliminar otros motivos de discriminación, deja patente que para la Unión Europea, se ha de proteger en el trabajo frente a ese tipo de discriminación o de acoso al igual que frente a cualquier otro de los motivos considerados 'odiosos'. Así mismo, merece subrayarse que el Tribunal de Justicia precisó la eficacia directa de la Directiva con respecto a los supuestos de orientación sexual, una vez agotado el plazo de transposición<sup>12</sup>.

En la actualidad, no obstante, la referencia de mayor calado la constituye la **Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (CDFUE, art. 21.1)**, donde se recoge la interdicción por razón de orientación sexual.

Conviene recordar que la Carta posee igual valor jurídico que los Tratados<sup>13</sup> y, en consecuencia, de obligatorio cumplimiento no solo para todas las instituciones y organismos de la Unión sino para los Estados cuando ejecutan y aplican el Derecho de la Unión Europea. Por otra parte, la Agencia de la Unión Europea para los derechos fundamentales también ha realizado estudios en este campo, así el recientemente publicado *European Union lesbian, gay, bisexual and transgender Survey (2013)*<sup>14</sup>

La Unión Europea continúa la promoción de la igualdad, como muestra la Resolución del Parlamento Europeo de 28 de septiembre de 2011 sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, en la cual se insta a los Estados a promover las medidas necesarias para lograr la plena igualdad para homosexuales y transexuales. Por último, merece citar cómo, en una competencia compartida entre la Unión Europea y los Estados

<sup>11</sup> A ella hay que añadir las mencionadas en la propia Sentencia y que se refieren a diferentes aspectos de relaciones con terceros países o sus nacionales.

<sup>12</sup> Asunto *Römer*, C-147/08, STJUE 10 de mayo de 2011.

<sup>13</sup> La CDFUE fue primero solemnemente proclamada con ocasión de la cumbre de Niza de diciembre de 2000, pero fue el Tratado de Lisboa, el que le otorgó igual validez que a los Tratados originarios, es decir le confirió plena eficacia jurídica. El Tratado de Lisboa entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.

<sup>14</sup> <http://fra.europa.eu/en/event/2013/presenting-findings-largest-ever-lgbt-hate-crime-and-discrimination-survey>.

miembros como es el asilo, en 2010, 23 Estados reconocían la persecución a LGTB como motivo para otorgar ese derecho<sup>15</sup>.

Si pasamos al continente americano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), es el art. 24 el que recoge el derecho a la igualdad y lo hace en términos genéricos, lo que puede facilitar la inclusión de la interdicción de la discriminación por razón de orientación sexual o de identidad sexual.

Cabe llamar la atención al hecho de que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos haya incluido una unidad para los derechos de las personas LGTBI<sup>16</sup>. Por lo que se refiere a los asuntos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es preciso hacer mención del caso *Atala Riffo y niñas c. Chile*. No nos extendemos sobre estos puntos puesto que son objeto de un estudio separado.

En el ámbito regional africano, la Carta africana sobre los derechos humanos y de los pueblos recoge en su art. 2 la interdicción de discriminación por sexo u otro status, entre otras, mientras que en su art. 3 prescribe la igualdad en la ley y ante la ley;

sin embargo, las vulneraciones de derechos por razón de orientación sexual o identidad sexual carecen de protección en muchos de los Estados africanos<sup>17</sup> y algunos de ellos se encuentran entre los que imponen graves penas (incluso la muerte) por esos motivos, situación agravada en muchas ocasiones debido a las creencias religiosas de parte de la población, de tal manera que, en la práctica, es Sudáfrica el Estado que cuenta con una significativa protección interna.

<sup>15</sup> European Union Agency for Fundamental Rights: *Annual Report, Fundamental Rights: Challenges and Achievements*, 2010. En él se mencionan los avances en la protección de los derechos LGTB en distintos Estados y también las situaciones que aun mantienen la discriminación.

<sup>16</sup> <http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/decisiones/cidh.asp>

<sup>17</sup> El único caso presentado a la Comisión africana para los derechos humanos y de los pueblos en relación con vulneraciones de derechos a homosexuales, asunto *William A. Courzon c. Zimbabwe*, fue retirado por el actor.

Por último, en Asia en el marco del Foro Asia-Pacífico, el Consejo Asesor de Juristas, el cual, elaboró en **2010 un Informe sobre Derechos humanos, orientación sexual e igualdad de género**<sup>18</sup>, donde se analizaba la situación en la región y se recogían toda una serie de recomendaciones.

### 3. LA HOMOSEXUALIDAD EN LA DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES EUROPEOS

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre asuntos relacionados con la orientación sexual o la identidad de género. Por lo que respecta a la orientación sexual han sido variados los motivos que han dado lugar a pronunciamientos por parte del TEDH en relación con diferentes derechos recogidos en el Convenio<sup>19</sup>:

- Art. 3 (**prohibición de tratos inhumanos o degradantes**), asunto *X c. Turquía*; con respecto al art. 8 CEDH (**derecho a la vida privada y familiar**), *Dudgeon c. el Reino Unido*, *R.H. c. Austria* y *Norris c. Irlanda*, *Modinos c. Chipre*<sup>20</sup> (todos ellos por penalización de comisión de actos sexuales consentidos entre adultos), *L. y V. c. Austria* (diferencia de en la edad de consentimiento para mantener relaciones sexuales), *Karner v. Austria* (derecho a seguir en el que había sido el domicilio común tras el fallecimiento de la pareja), *Salguero da Silva Mouta c. Portugal* (derechos parentales), *Smith y Grady c. Reino Unido*, *Perkins y R. v. Reino Unido* y

<sup>18</sup> Informe presentado en el 15º encuentro del Foro Asia-Pacífico de instituciones nacionales de derechos humanos. [http://www.asiapacificforum.net/support/issues/acj/references/sexual-orientation/downloads/Human\\_Rights\\_Sexual\\_Orientation\\_and\\_Gender\\_Identity\\_Final\\_Report.doc.pdf](http://www.asiapacificforum.net/support/issues/acj/references/sexual-orientation/downloads/Human_Rights_Sexual_Orientation_and_Gender_Identity_Final_Report.doc.pdf)

En el Foro participan Estados tan dispares como Nueva Zelanda o Afganistán, por lo que las medidas de protección real varían mucho de país a país. .

<sup>19</sup> El art. 14 CEDH inicialmente recogía la discriminación sólo en relación con la vulneración de otros derechos recogidos en el Convenio y no de manera independiente. Con la aprobación del Protocolo núm. 12 y su entrada en vigor en 2005 se admite ya la alegación en exclusiva de la discriminación, siempre que el Estado correspondiente haya ratificado dicho Protocolo.

<sup>20</sup> En el asunto *Sutherland c. Reino Unido* el fallo dicta el archivo de la causa al haberse producido un cambio en la legislación interna despenalizando los supuestos de relaciones homosexuales antes sancionados.

*Beck, Copp y Bazeley c. el Reino Unido* (expulsiones de la Fuerzas Armadas provocadas por la condición de homosexual), *E.B. c. Francia* (adopción por parte de homosexuales);

- Arts. 11 y 13 CEDH (**derecho de reunión y a un recurso efectivo**), *Bączkowski y otros c. Polonia* (prohibición de celebración de manifestación para reivindicar la no discriminación contra diversas minorías), *Alexeïev c. Rusia* (detención con ocasión de la celebración de una marcha del orgullo gay);
- Art. 1 del Protocolo adicional (**derecho a la propiedad privada**), *Grant c. Reino Unido*; *Kozak c. Polonia* (discriminación en derechos sucesorios) o *P.B. y J.S. c. Austria (cobro de seguro de accidentes)*<sup>21</sup>.

Una **mención especial merecen los asuntos planteados en torno a la adopción por parejas homosexuales**, el TEDH ha rechazado la vulneración del Convenio en algún supuesto de discriminación por razón de orientación sexual, por ejemplo, en el asunto *Fretté c. Francia*<sup>22</sup>, en relación con el intento de adopción de un niño por un homosexual (aunque si se condena por vulneración del art. 6 CEDH), mostrando la especial controversia existente en estos asuntos. En el asunto *E.B. c. Francia*, el TEDH se pronuncia a favor de un acceso igual a la adopción simple por toda persona, con independencia de su orientación sexual. Sin embargo en los asuntos *Gas y Dubois c. Francia* o *X y otros c. Austria*<sup>23</sup> ha desestimado la alegada vulneración del art. 14 en relación con el art. 8 (derecho a una vida privada y familiar) porque la prohibición de adopción para la pareja de dos personas que no hubieran contraído matrimonio afectaba por igual a parejas

<sup>21</sup> Asuntos *X c. Turquía*, S. 9 octubre 2012; *Dudgeon c. R.U.*, S. 22 octubre 1981; *R.H. c. Austria*, S. 19 enero 2006; *Modinos c. Chipre*, S. 22 abril 1993; *L. y V. c. Austria*, S. 9 enero 2003; *Karner c. Austria*, S. 24 julio 2003; *Salgueiro c. Portugal*, S. 21 diciembre 1999; *Smith y Grady c. R.U.*, S. 27 septiembre 1999; *Perkins y R. c. R.U.*, S. 22 octubre 2002; *Beck, Copp y Bazeley c. R. U.*, S. 22 julio 2003; *E.B. c. Francia*, S. 22 enero 2008; *Bączkowski y otros c. Polonia*, S. 3 mayo 2007; *Alexeïev c. Rusia*, S. 21 diciembre 2010; *Grant c. R.U.*, S. 19 mayo 2005; *Kozak c. Polonia*, S. 2 marzo 2010; *P.B. y J.S. c. Austria*, S. 22 julio 2010.

<sup>22</sup> S. 26 febrero 2002.

<sup>23</sup> Respectivamente, SS. 15 marzo 2012 y 19 febrero 2013.

homosexuales y heterosexuales, a pesar de la diferencia existente por la imposibilidad de contraer matrimonio para las parejas homosexuales en los países afectados. Este tipo de casos deja en evidencia también la falta de acuerdo en torno a la igualación de derecho a la adopción por parte de parejas homosexuales.

En esta enumeración, no exhaustiva, de asuntos relacionados con vulneraciones de derechos por razón de orientación sexual, cabe destacar, en primer lugar, que no solo se figura como derecho vulnerado el respeto a la vida privada o familiar, sino muy diversos derechos.

En líneas generales puede observarse una evolución, paralela a la de la sociedad, tendente a una defensa cada vez mayor de los derechos de las personas LGTBI.

No obstante, el TEDH se muestra más cauto y ofrece un mayor margen de apreciación a los Estados en los temas más controvertidos como puedan ser el reconocimiento del matrimonio o la adopción por parte de parejas del mismo sexo, aunque en el primero de estos casos incide en la necesidad de arbitrar instituciones, como el partenariado, que pueda dar cauce a la convivencia afectiva continuada de parejas del mismo sexo.

En segundo lugar, puede observarse que los Estados denunciados han sido no solo Estados de reciente experiencia democrática e incipiente defensa de los derechos humanos, sino también las democracias europeas más asentadas. Sin embargo, mientras que en estas la tendencia se orienta al desarrollo de los cambios normativos pertinentes para lograr el máximo respeto al colectivo LGTBI, en los Estados con democracias menos asentadas comprobamos cómo los poderes públicos incurren en diversos tipos de conductas discriminatorias (prohibición de manifestación, limitaciones a la libertad de expresión...).

Por su parte, en los primeros asuntos en los que el **Tribunal de Justicia de las (entonces) Comunidades Europeas (TJCE)** se pronunció sobre discriminación por razón de orientación sexual<sup>24</sup>, en los que se solicitaban ventajas sociales atribuidas a los

<sup>24</sup> Asunto Lisa Grant, C-249/96, de 17 de febrero de 1998. Asuntos auspiciados por un funcionario comunitario y por el Reino de Suecia C-122/99 y C-125/99, S. 31 de mayo de 2001.

cónyuges para las parejas homosexuales, no atendió a las alegaciones de las partes, sino que las desestimó por considerar que no se producía discriminación al tomar como término de comparación a las parejas heterosexuales no casadas, que recibían un igual tratamiento, sin que entrara a valorar la imposibilidad de matrimonio para las parejas homosexuales en el momento en que se conocieron los hechos.

Sin embargo, en pronunciamientos posteriores **ha adoptado una postura favorable al reconocimiento de la igualdad derechos para los homosexuales**, como por ejemplo derechos económicos de parejas del mismo sexo en el asunto *Römer* antes citado (derecho a recibir una pensión compensatoria de jubilación) o en asunto *Maruko* (pensión de viudedad)<sup>25</sup>; o vulneración en el ámbito laboral en el asunto *Asociația Accept*, por exclusión de contratación por razón de orientación sexual<sup>26</sup>.

#### 4. MATRIMONIO DE PERSONAS DEL MISMO SEXO

Tal como se menciona en la introducción, si la lucha contra la discriminación de las personas LGTBI es **un fenómeno reciente**, aún lo es más **la dimensión familiar** del fenómeno, iniciándose **primero la posibilidad de reconocer uniones civiles para las parejas homosexuales y después, ya en el siglo XXI la posibilidad de contraer matrimonio.**

Desde un punto de vista legislativo el Estado pionero a la hora de ampliar el matrimonio a las personas homosexuales fueron los Países Bajos (2000), a los que siguieron, en Europa, Bélgica (2003), España (2005), Noruega (2009), Suecia (2009), Portugal (2010), Islandia (Ley de 2010), Dinamarca (2012), Francia y Reino Unido (2013), lo que lleva a un reconocimiento generalizado en Europa occidental.

En América, el pionero fue el Estado de Massachusetts en Estados Unidos (Sentencia de la *Supreme Judicial Court, Goodridge v. Department of Public Health*, de 2004), siguiéndole luego Canadá (*Civil Marriage Act* de 2005), Argentina (Ley de 2010), Ciudad de México (Ley de 2009) Uruguay (2013), y en varios

<sup>25</sup> C- 267/06, S. 1 de abril de 2008.

<sup>26</sup> C- 81/12, S. de 25 de abril de 2012.

Estados de Estados Unidos de América, ya por acción del legislador o por interpretación judicial: Connecticut (2008), Iowa (2009), Vermont (2009), New Hampshire (2010), Distrito de Columbia – Washington- (2010), y New York (2011); a ese reconocimiento hay que sumar las Sentencias del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América de 26 de junio de 2013<sup>27</sup>, en las que declara inconstitucionales las diferencias de tratamiento entre el matrimonio de personas heterosexuales y homosexuales y que afectará la legislación de varios Estados de la Unión. En otros continentes, Sudáfrica (Ley núm. 17 de 2006) y Nueva Zelanda (2013) son los Estados que se han sumado a esta corriente.

A ello hay que sumar aquellos Estados que reconocen algún tipo de partenariado, de uniones civiles entre parejas del mismo sexo a las que se reconocen diferentes derechos, sin llegar a establecer una equiparación con el matrimonio, lo que precisamente ha dado lugar en diferentes ocasiones a demandas por este motivo, al entender que se discrimina a las parejas homosexuales.

Las diferencias más importantes suelen ser las parentales, puesto que con frecuencia se les impide la adopción o la inseminación artificial. En general la equiparación se refiere a aspectos concernientes a la igualdad en el régimen impositivo, las cotizaciones a la seguridad social y las pensiones, y así mismo a la obtención de un permiso de residencia y a la ciudadanía, cuando la pareja es extranjera, a la no obligación de testificar en contra, al estatuto de pariente para asuntos médicos, a la transmisión de alquiler a la muerte de la pareja y a la donación de órganos.

Con respecto a la doctrina del TEDH con respecto al matrimonio, el Tribunal de Estrasburgo estima que no existe una obligación de reconocimiento del matrimonio para parejas homosexuales, sino lo deja a la apreciación de los legisladores estatales, aludiendo a la disparidad de regulaciones en los diferentes países miembros<sup>28</sup>, como expone en el caso *Schalk y*

<sup>27</sup> *U.S. v. Windsor*, 570 U.S.\_ (2013); *Hollingsworth et al. v. Perry et al.*, 570 U.S.\_ (2013).

<sup>28</sup> Es práctica habitual del TEDH permitir un margen de apreciación a los Estados en supuestos controvertidos, mientras que una vez que se llega a un consenso más o menos generalizado el TEDH asume la protección del derecho o vertiente del derecho controvertido, como sucediera con algunos derechos de los transexuales.

*Kopf c. Austria*<sup>29</sup>, en la que se pronuncia sobre los efectos del partenariado. Este asunto resulta reseñable por otro motivo: a partir de él (§95), el TEDH admite no solo que una pareja homosexual goza del derecho a la ‘vida privada’ como había apreciado hasta entonces, sino también que gozan del derecho a la ‘vida familiar’, lo cual supone un salto cualitativo significativo, pues supera la concepción individualista para asumir el pleno reconocimiento de la vida en pareja de personas homosexuales y de los derechos que de ese reconocimiento puedan derivarse (si bien las consecuencias que extrae por el momento sean limitadas y permita un margen de apreciación al Estado).

En la Unión Europea merece la pena destacar que la Carta de los derechos fundamentales de la Unión<sup>30</sup> al recoger el derecho al matrimonio y a fundar una familia lo hace sin recurrir a la tradicional referencia al hombre y a la mujer (art. 9 de la Carta)<sup>31</sup>, lo cual supone un apoyo a la hora de abrir el matrimonio a las parejas homosexuales o a los transexuales (en particular en los casos en los que no hayan culminado su transformación).

Esa apertura ha hecho que la Carta haya sido invocada tanto por el TEDH como los tribunales nacionales a la hora de defender las uniones entre personas del mismo sexo.

Por otro lado, aunque en la Unión Europea la regulación del matrimonio es competencia de los Estados, cabe citar cómo el Abogado General Jääskinen afirmaba que “en el supuesto de que un Estado miembro no admitiese ninguna forma de unión legalmente reconocida abierta a las personas del mismo sexo cabría considerar que existe una discriminación por motivos de orientación sexual, porque puede deducirse del principio de igualdad, puesto en relación con el deber de respetar la dignidad humana de las personas homosexuales, una obligación de reconocer a éstas la facultad de vivir una relación afectiva duradera en el marco de un compromiso consagrado

<sup>29</sup> S. 24 junio 2010.

<sup>30</sup> La Carta, recordemos, goza de igual valor jurídico que los Tratados, de acuerdo con el art. 6 del Tratado de la Unión europea (TUE) en la redacción dada por el Tratado de Lisboa. La interdicción de discriminación se contiene en el art. 21.

<sup>31</sup> Eso sí, se añade “según la leyes nacionales que regulen su ejercicio”, como por otra parte es lógico al tratarse de una competencia estatal.

jurídicamente”.<sup>32</sup>. Estas palabras muestran una tendencia que debería servir para impulsar el reconocimiento de las uniones de las personas homosexuales.

## 5. TRANSEXUALIDAD

La transexualidad merece un tratamiento diferenciado, puesto que en no nos enfrentamos aquí a la posibilidad de trato discriminatorio, sino que para lograr un pleno respeto de los derechos de los transexuales es preciso que los Estados adopten medidas que abarcan tanto el acceso a tratamientos médicos como la adopción de medidas legislativas que permitan la adecuación registral a la nueva realidad personal.

A los problemas médicos a los que aludíamos al inicio del trabajo, se suma el que, desde un punto de vista legal, no existe acuerdo sobre en qué momento o con qué condiciones haya de reconocerse jurídicamente a una persona como transexual, si bien este derecho no puede desconocerse, dada, en particular, la estrecha vinculación de la identidad sexual con la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad; de otra forma se verían limitados los derechos de los transexuales: el problema radica de establecer unas pautas que permitan ese reconocimiento con el mínimo riesgo para la seguridad jurídica y, en su caso, para proteger a terceros.

A la hora de reconocer el cambio de sexo, será preciso conciliar los derechos de los transexuales con la protección del orden público u otros bienes generales<sup>33</sup>, principalmente aquellos derechos derivados de la situación anterior al reconocimiento del cambio de sexo, como pueden ser los deberes paterno-filiales, pero también el de cualesquiera relaciones jurídicas producidas con anterioridad.

<sup>32</sup> Conclusiones presentadas el 15 de julio de 2010 en el Asunto *Jürgen Römer*, C-147/08. Aunque añadía: “No obstante, este problema, relacionado con la regulación del estado civil, queda fuera, en mi opinión, de la esfera de intervención del Derecho de la Unión” (§ 76).

<sup>33</sup> En relación con estos aspectos se adoptará la noción generalmente aceptada de orden público (con un carácter restrictivo) y se aplicarán las reglas generales en caso de conflicto entre derechos o entre estos y otros intereses públicos protegidos.

Al margen de aspectos compartidos con la discriminación por razón de orientación sexual, es preciso volver a la mención de los **Principios de Yogyakarta**, pues en ellos **encontramos algunos específicamente concebidos para la protección de los transexuales como lo son el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (Pº 3) o que adquieren una especial incidencia con respecto a los transexuales como el relativo a la protección frente a los abusos médicos (Pº 18).**

En Europa, la problemática de los transexuales desde el punto de vista jurídico comienza a plantearse en los años 70 y va evolucionando a medida en que lo hacen la sociedad y la ciencia, de tal manera que de forma paralela a la revolución sexual iniciada en los años sesenta, se desarrollan los avances médicos que permitirían la aproximación del sexo físico de los transexuales al de su identidad social. Será en los años noventa cuando la cuestión alcance mayor visibilidad en buena medida con la llegada al Tribunal Europeo de Derechos Humanos de asuntos que afectan a diversos derechos de los transexuales y que obligarán a este tribunal a una toma de postura que tendrá sus correspondientes repercusiones en los Estados, no solamente en los Estados demandados, sino en todos Estados sometidos al TEDH, por el carácter interpretativo de sus resoluciones, y ante el hecho de que hasta entonces se ofrecía una significativa disparidad legislativa entre Estados.

Precisamente ese diferente grado de protección en los diferentes ordenamientos jurídicos llevó a que dos instancias regionales, el Parlamento Europeo y la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa<sup>34</sup> dictaran sendas resoluciones instando a un acercamiento en las legislaciones de los diferentes Estados. El Parlamento Europeo mediante una resolución adoptada el 12 de septiembre de 1989 (D.O.C.E nº C 256, 9.10.1989, p. 33) y poco después la Asamblea consultiva del Consejo de Europa aprobó la recomendación 1117 (1989) de 29 de septiembre de 1989<sup>35</sup>. En la primera de ellas se invitaba a los Estados miembros a desarrollar

<sup>34</sup> El Parlamento Europeo es una institución de la Unión Europea (antes Comunidades Europeas); La Asamblea consultiva, por su parte, es un órgano del Consejo de Europa.

<sup>35</sup> Posteriormente se aprobó la Recomendación 211 (2007) sobre la libertad de reunión y expresión de lesbianas, homosexuales, bisexuales y transexuales, de 26 de marzo de 2007: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1099699&Site=Congress&BackColorInternet=e0cee1&BackColorIntranet=e0cee1&BackColorLogged=FFC679>.

una legislación que reconociera el derecho de los transexuales a cambiar de sexo mediante tratamientos endocrinos, cirugía plástica y tratamientos estéticos, estableciendo los procedimientos adecuados e impidiendo toda discriminación en contra de los transexuales, garantizando, especialmente, un reconocimiento jurídico: cambio de nombre, rectificación de la mención del sexo en la partida de nacimiento y en los documentos de identidad. La recomendación de la Asamblea parlamentaria contiene demandas similares. En ambos casos sus decisiones mostraban claramente que para una amplia mayoría de la opinión pública los transexuales habían de gozar del derecho a obtener el pleno reconocimiento de su nueva identidad sexual en el terreno jurídico.

A ellas hay que sumar otras resoluciones posteriores de carácter más general, como las ya citadas Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 2010 o la Resolución de 28 de septiembre de 2011 del Parlamento Europeo, en la que, con respecto a los transexuales, insta a los Estados a una simplificación en la tramitación del cambio de identidad y la cobertura médica por parte de la seguridad social y, así mismo, solicita que la transexualidad deje de estar incluida entre los trastornos mentales y del comportamiento en los listados de la OMS y sea recalificada como trastorno no patológico<sup>36</sup>

## **6. LOS TRIBUNALES EUROPEOS Y LA TRANSEXUALIDAD**

Como el propio TEDH se ha encargado de señalar (en buena medida para justificar cambios en su doctrina), han sido los cambios sociales, seguidos de cambios legislativos en diferentes Estados integrantes del Consejo de Europa los que han propiciado un cambio jurisprudencial más favorable al reconocimiento de los derechos de los transexuales<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> Resolución del Parlamento Europeo de 28 de septiembre de 2011 sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género en la Naciones Unidas. La resolución se aprobó por 442 votos a favor, 104 en contra y 40 abstenciones.

<sup>37</sup> A estos cambios no han sido ajenos los avances médicos que han permitido una equiparación de los transexuales con las personas del sexo adquirido y que han permitido realizar los exámenes pertinentes para comprobar la seriedad del cambio que desea efectuarse.

Al abordar estas cuestiones, el TEDH se ha planteado las causas del transexualismo, en particular, sobre si sus orígenes son enteramente psicológicos o si se vinculan a algún tipo de diferenciación en el cerebro, sin que se haya llegado a ninguna conclusión determinante; El TEDH asume que la transexualidad constituye un estado médico justificativo de un tratamiento destinado a ayudar a las personas afectadas. En el asunto *I. c. Reino Unido* destacaba la consideración de que el hecho de sufrir las numerosas y penosas intervenciones que entrañan la cirugía pertinente y el grado de determinación y de convicción requerido para cambiar de rol sexual en la sociedad, no permite creer que exista arbitrariedad o irreflexión en la decisión de una persona de sufrir una conversión sexual<sup>38</sup>. Merece resaltar así mismo la importancia que el TEDH otorga a los peritajes y criterios médicos a la hora de enjuiciar la pertinencia de los tratamientos y operaciones destinados a lograr una plena identidad sexual, como ha puesto de manifiesto en los asuntos *Van Kück c. Alemania*<sup>39</sup> o *Schlumpf c. Suiza*<sup>40</sup>.

La jurisprudencia del TEDH, por otra parte, es una buena muestra de la variedad de situaciones que afectan a los transexuales, tanto desde el punto de vista personal como de los derechos que estiman vulnerados, y del diferente tratamiento que ofrecen los ordenamientos nacionales. De este modo, a la hora de abordar vulneraciones de derechos de personas transexuales, varios han sido los derechos del CEDH invocados

El primero ha sido la **vulneración del respecto a la vida privada** (art. 8 CEDH), y, en torno a él, uno de los motivos frecuentes ha sido la necesidad de aportar documentos en los que figurara el sexo originario y la negativa por parte del Estado a cambiar la inscripción de nacimiento (y los derechos que, en su caso, derivarían de dicha inscripción), sobre este supuesto cabe

<sup>38</sup> Asunto *I. c. Reino Unido*, Sentencia de 11 de julio de 2002, § 69.

<sup>39</sup> S. de 12 de septiembre de 2009. En este asunto, el juez Ress recuerda en su voto particular que en virtud del Derecho constitucional alemán, los derechos fundamentales gozan de eficacia directa en las relaciones entre particulares y que igual sucede con respecto a los derechos reconocidos en el Convenio, debiendo los Estados poner los medios necesarios para asegurar esa protección.

<sup>40</sup> S. de 8 de enero de 2009.

citar, a modo de ejemplo, el caso *B c. Francia, o I c. Reino Unido*, en el que el TEDH se hace eco de una sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 30 de abril de 1996 en el asunto *P. v. S. y Cornwall County Council*, en la que el TJCE consideraba que una discriminación fundada en el cambio de sexo equivaldría a una discriminación fundada en el sexo.

En otros supuestos, el motivo invocado (con frecuencia unido al anterior) fue el **derecho al matrimonio** (art. 12 CEDH, solo o conjuntamente con el derecho a una vida privada y familiar, art. 8 CEDH), cuestionándose en estos casos si el rechazo para permitir que un transexual operado se casara con una persona opuesta a su nuevo sexo suponía vulneración del precepto citado. En las primeras sentencias sobre la cuestión –como en los asuntos *Rees* y *Cossey*<sup>41</sup>–, el Tribunal entendió que la vinculación a un concepto tradicional de matrimonio permitía que el Estado defensor continuara aplicando un concepto de matrimonio vinculando a criterios biológicos en lo que se refiere a la determinación del sexo de una persona a esos efectos, pues estimaba que el art. 12 del CEDH garantiza el derecho al matrimonio entendido como el matrimonio tradicional entre dos personas de sexo biológico opuesto, sobre la base de que el objetivo perseguido consiste esencialmente en proteger el matrimonio en tanto que fundamento de la familia, concluyendo que correspondía a los Estados la regulación de esta institución. En el asunto *Sheffield y Horsham c. Reino Unido*<sup>42</sup>, el TEDH constata la evolución producida a partir de mediados de los años ochenta en los Estados que entonces formaban parte del Consejo de Europa, con mención expresa de la resolución adoptada por el Parlamento europeo el 12 de septiembre de 1989 y la recomendación 1117/1989 de la Asamblea consultiva del Consejo de Europa, tendentes, como antes decíamos, a alentar la armonización de las leyes y prácticas en esa materia; sin embargo no deja de señalar las grandes divergencias entre los Estados, lo que le lleva a recurrir a la referencia habitual en este tipo de supuestos, es decir al margen

<sup>41</sup> Asunto *Rees c. Reino Unido*, S. de octubre de 1986; Asunto *Cossey c. Reino Unido*, S. de 27 de septiembre de 1990.

<sup>42</sup> S. de 30 de julio de 1998.

de apreciación de los Estados, aunque invitaba a estos a un examen permanente de la cuestión. En el fallo, no obstante, no llega a declarar vulneración de los derechos invocados (arts. 8, 12 y 14).

**El cambio en la doctrina del TEDH se produce con el asunto *Christine Goodwin*<sup>43</sup>, cuando interpreta que los términos utilizados en el artículo 12 – el derecho de un hombre y una mujer a contraer matrimonio–, no podían ya entenderse de tal forma que el sexo hubiera de determinarse por motivos exclusivamente biológicos, puesto que después de la adopción del Convenio (1950), la institución del matrimonio se había visto alterada por la evolución de la sociedad, e invoca el art. 9 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea en apoyo de su argumentación. Todo lo cual le lleva a considerar que **impedir a un transexual operado casarse con su nueva identidad sexual supone una violación del art. 12 del Convenio.****

También en relación con el matrimonio se plantean otros asuntos de diferente carácter: *Parry c. Reino Unido* y *R. y F. c. Reino Unido o H. c. Finlandia*<sup>44</sup>. En estos casos se trataba de parejas compuestas por personas de ambos sexos en las cuales el varón se convertía en transexual de sexo femenino como consecuencia de la correspondiente operación. En estos casos, el problema derivaba de que los demandantes se veían obligados a poner fin a su matrimonio en contra de sus deseos, para que el cambio de sexo tuviera un pleno reconocimiento. El TEDH rechazó en estos casos la demanda al estimar que correspondía a los Estados la regulación acerca del matrimonio y el reconocimiento o no del matrimonio homosexual o, en su caso, del partenariado, institución que supondría un reconocimiento proporcional al matrimonio.

En algunas ocasiones el derecho invocado ha sido **el derecho a la propiedad privada del art. 1 del Protocolo adicional**, en ocasiones conjuntamente con el art. 14 CEDH –el derecho a no sufrir discriminación–, como sucediera en el asunto *Grant c. Reino Unido*<sup>45</sup>, en el que afirmaba que la negativa al reconocimiento de la correspondiente pensión a una transexual significaba una falta de reconocimiento pleno de la nueva realidad jurídica. El mismo

<sup>43</sup> S. 11 julio 2002.

<sup>44</sup> Asuntos *Parry c. R.U.*, S. 28 noviembre 2011; *R y F. c. R.U.*, S. 28 noviembre 2006; *H. C. Finlandia*, S. 13 noviembre 2012.

<sup>45</sup> S. de 23 de mayo de 2006.

derecho se alegaba en el asunto *Schlumpf c. Suiza*, ya citado, en este caso con respecto a la obligación por parte del Estado de sufragar los gastos de la operación de cambio de sexo.

El TEDH ha tenido también ocasión de pronunciarse en relación con el **régimen de visitas a los hijos**, así en el asunto *P.V. v. España*<sup>46</sup>, donde el TEDH rechaza la violación por entender que las limitaciones al régimen de visitas inicialmente fijado se debía a la inestabilidad emocional del demandante, provocada por estar en pleno proceso para lograr una plena conversión sexual de hombre a mujer, constatándose que el juez había aumentado los periodos de visitas a medida que había mejorado su estado.

La opinión actual del TEDH se ponía de manifiesto en el asunto *I. c. Reino Unido*: «En el siglo XXI [...] la situación insatisfactoria de los transexuales operados, que viven entre dos mundos porque no pertenecen verdaderamente ni a un sexo ni a otro, no puede mantenerse» (§ 70).

En la Unión Europea, por su parte, el Tribunal de Justicia se ha pronunciado en varias ocasiones en asuntos relacionados con la transexualidad: en el asunto *P./S.*<sup>47</sup> se preguntaba al Tribunal mediante una cuestión prejudicial si el despido de un trabajador transexual motivado por su cambio de género constituía discriminación por razón de sexo, lo que condujo a un respuesta afirmativa, pues –afirmó– tolerar tal discriminación supondría atentar contra el respeto a la dignidad y la libertad a que esa persona tiene, a la vez que declaró aplicable a este tipo de asuntos la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la puesta en práctica del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que concierne al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y las condiciones de trabajo.

En el asunto *K.B.*<sup>48</sup>, el TJ declaró que el artículo 141 del Tratado de la Comunidad Europea se oponía, en principio, a una legislación contraria al CEDH que impide que una pareja como K.B. y R cumpla el requisito del matrimonio, necesario para que uno de

<sup>46</sup> S. de 30 de noviembre de 2010.

<sup>47</sup> **C-13/94**, Sentencia de 30 de abril de 1996.

<sup>48</sup> C- 117/01, S. 7 de enero de 2004.

ellos pueda disfrutar de un elemento de la retribución del otro, como lo era una pensión de supervivencia. Un asunto similar es el objeto del asunto Maruko<sup>49</sup> donde se afirma que la Directiva 79/7 no puede reducirse únicamente a las discriminaciones que se derivan de la pertenencia a uno u otro sexo, sino igualmente aplicarse a las discriminaciones que tienen lugar a consecuencia del cambio de sexo del interesado.

Por su parte, en el asunto *Margaret Richards*<sup>50</sup> el Tribunal de Justicia señala que el Derecho de la Unión -la Directiva 79/7- “se opone a una legislación que no reconoce la pensión de jubilación, por no haber alcanzado aún la edad de 65 años, a una persona que, con arreglo a los requisitos que establece el Derecho nacional, cambia de sexo masculino a sexo femenino, cuando esa misma persona habría tenido derecho a tal pensión a la edad de 60 años si se hubiera considerado que, según el Derecho nacional, era mujer”.

A modo de conclusión del trabajo, traemos a colación unas palabras del TEDH: “al igual que en las diferencias basadas en el género, las diferencias basadas en la orientación sexual requerirán particularmente serias razones para su justificación”<sup>51</sup>.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

- BORRILLO, D. Y GUTIÉRREZ CASTILLO, V. (Dir.): Derecho y Políticas de las sexualidades: Perspectiva del mundo latino-mediterráneo, Huygens, Barcelona, 2013
- BORRILLO, DANIEL: Lutter contre les discriminations. Ed. La Découverte, Recherches, Paris, 2003
- BUSTOS MORENO, YOLANDA B.: La transexualidad (De acuerdo a la Ley 3/2007, de 15 de marzo), Dykinson, 2008.
- O’FLAHERTY, MICHAEL Y FISHER, JOHN: “Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles”, en *Human Rights Law Review* 8:2 (2008), pp. 207-248 (accesible en [www.yogyakartaprinciples.org](http://www.yogyakartaprinciples.org)).
- O’FLAHERTY, MICHAEL (COORD.): Jurisprudential annotations to the Yogyakarta Principles. [www.yogyakartaprinciples.org](http://www.yogyakartaprinciples.org)

<sup>49</sup> C-267/06, S. 1 de abril de 2008.

<sup>50</sup> S. de 27 de abril de 2006, C-423/04.

<sup>51</sup> Entre otras, STEDH *Karner c. Austria*, § 37.

VV.AA.: Discriminação por orientação sexual. A homossexualidade e a transexualidade diante da experiencia constitucional. Unifor-Conceito Editorial, Florianópolis, 2012.

VV.AA.: Revista General de Derecho Constitucional (revista electrónica de Iustel), núm. 17, 2013, monográfico.

## **8. DOCUMENTACIÓN ELECTRÓNICA**

Comité de Derechos Humanos de la ONU:  
<http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrc/>

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea:  
[http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/)

Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:  
<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#>