

EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS
ANTE LOS NUEVOS RETOS EN MATERIA
DE MATRIMONIO, FACTOR RELIGIOSO Y DIVERSIDAD
AFECTIVO-SEXUAL Y DE GÉNERO

THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
IN THE FACE OF THE NEW CHALLENGES REGARDING
MARRIAGE, RELIGION AND AFFECTIVE-SEXUAL
AND GENDER DIVERSITY

NÚRIA REGUART SEGARRA
Universitat Jaume I

https://doi.org/10.55104/ADEE_00047

Recibido: 25/11/2024

Aceptado: 26/12/2024

Abstract: This research addresses the treatment the European Court of Human Rights affords, firstly, to the legal recognition of gender reassignment as part of private and family life and its impact on the right to marry and, secondly, to same-sex marriage, to verify how both lines of jurisprudence tend to intersect and do so in a very particular way in a key case in which, additionally, the religious factor has proven to be decisive and thus requires a thorough analysis. This analysis is followed by an examination of the Strasbourg jurisprudential trends after this key case and future prospects, to finally end with some concluding remarks.

Keywords: Freedom of religion or belief, right to marry, right to respect for private and family life, affective and sexual diversity, transsexuality, margin of appreciation.

Resumen: Esta investigación aborda el tratamiento que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos brinda, por una parte, al reconocimiento legal de la

reassignación de género como parte de la vida privada y familiar y su incidencia en el derecho a contraer matrimonio y, por otra, al matrimonio entre personas del mismo sexo, para comprobar cómo ambas líneas jurisprudenciales tienden a entrecruzarse y lo hacen de un modo muy particular en un caso clave en el que, además, el factor religioso se muestra determinante, por lo que precisa de un análisis individualizado. A dicho análisis le sucede el examen de las tendencias jurisprudenciales de Estrasburgo tras este caso clave y de las perspectivas de futuro que se vislumbran, para acabar con unas reflexiones conclusivas.

Palabras clave: Libertad de religión o de creencias, derecho a contraer matrimonio, derecho al respeto a la vida privada y familiar, diversidad afectivo-sexual, transexualidad, margen de apreciación.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Derecho a contraer matrimonio y diversidad afectivo-sexual y de género: evolución jurisprudencial de su tratamiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 2.1 El reconocimiento legal de la reassignación de género como parte de la vida privada y familiar y su incidencia en el derecho a contraer matrimonio. 2.1.1 Primeras decisiones. 2.1.2 El necesario avance jurisprudencial. 2.2 El matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿un derecho amparado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos? 3. La omitida relevancia del factor religioso en el caso *Hämäläinen contra Finlandia*. 3.1 Circunstancias fácticas. 3.2 Análisis de la fundamentación jurídica. 3.3 Votos particulares. 3.4 Valoración crítica del fallo a la luz del derecho de libertad religiosa y del principio de igualdad y no discriminación. 4. Tendencia del Tribunal de Estrasburgo tras este caso clave: análisis y perspectivas de futuro. 5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Son numerosos los modos en que el derecho a contraer matrimonio se puede ver impactado por cuestiones relacionadas con la diversidad afectivo-sexual y de género, que goza cada vez de mayor presencia y visibilidad en nuestras sociedades plurales. Si bien es cierto que las realidades comprendidas dentro de la categoría general de diversidad afectivo-sexual y de género son distintas entre sí, resulta llamativo cómo su tratamiento jurisprudencial se halla

estrechamente vinculado, tal y como lo demuestra su propia evolución en el seno del Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos, hasta el punto de que para comprender el tratamiento dispensado a alguna de estas realidades se precisa su estudio en una perspectiva comparada con el resto. En concreto, en esta investigación¹ va a abordarse, por una parte, el tratamiento jurisprudencial del reconocimiento legal de la reasignación de género como parte de la vida privada y familiar y su incidencia en el derecho a contraer matrimonio y, por otra, el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, para comprobar cómo ambas líneas jurisprudenciales tienden a entrecruzarse y lo hacen de un modo muy particular en un caso clave en el que, además, el factor religioso se muestra determinante, por lo que precisa de un análisis individualizado. A dicho análisis le sucederá el examen de las tendencias jurisprudenciales de Estrasburgo tras este caso clave y de las perspectivas de futuro que se vislumbran, para acabar con unas reflexiones conclusivas.

Dada la particular complejidad terminológica de las cuestiones que aborda el presente trabajo, se precisa realizar, con carácter preliminar, una serie de aclaraciones al respecto². Así, en esta investigación, las expresiones «mujer transexual» y «hombre transexual» se emplean con el género gramatical que se corresponde con la identidad de género de la persona aludida³. Por «identidad de género», se entiende la «percepción que cada persona tiene de su propio género, que puede coincidir o no con su sexo biológico»⁴. Y es que, siguiendo la doctrina asentada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 67/2022, de 2 de junio⁵, debe partirse de una distinción clara entre las nociones de sexo y género. Por una parte, el sexo permite identificar a las personas como seres vivos femeninos, masculinos o intersexuales, y viene dado por «una serie compleja de características morfológicas, hormonales y genéticas, a las que se asocian determinadas características y potencialidades físicas que nos definen». Por otra parte, el género «define la identidad social de una persona basada en las construcciones sociales, educativas y culturales de los roles, los rasgos de la personalidad, las actitudes, los comportamientos y los valores que se asocian o atribuyen, de forma diferencial, a hombres y mujeres, y que incluyen normas, comportamientos, roles, apariencia externa, imagen y expectativas sociales aso-

¹ Investigación financiada con la Ayuda UJI-2024-02 del Plan de promoción de la investigación y transferencia de conocimiento 2024 de la Universitat Jaume I, en el marco del Proyecto «Derecho, matrimonio y factor religioso: nuevos retos».

² Al respecto, puede verse, también, MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro, «Transexualidad y libertad religiosa», *Derecho y Religión*, vol. XVIII, 2023, pp. 8-10

³ *Vid.* Diccionario panhispánico de dudas en su 2.ª ed.

⁴ *Vid.* Diccionario de la Lengua Española, Edición del Tricentenario, Actualización de 2023.

⁵ ECLI:ES:TC:2022:67 (BOE núm. 159, de 4 de julio de 2022).

ciadas a uno u otro género». De este modo, mientras que el sexo se encuentra determinado por una serie de caracteres físicos que pueden identificarse de modo objetivo, los caracteres asociados al género son relativos, coyunturales y variables. Por tanto, sexo y género no son conceptos mutuamente excluyentes, pero tampoco son sinónimos e intercambiables⁶. Todo lo anterior es independiente de la orientación sexual, que hace referencia a «la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas»⁷. Por último, cabe señalar que todos estos términos se integran en un concepto más amplio que expresa la vivencia íntima de cada persona: su identidad sexual. La identidad sexual permite a cada persona «formular un concepto de sí mismo sobre la base de su sexo, género y orientación sexual y desenvolverse socialmente conforme a la percepción que tiene de sus capacidades sexuales»⁸.

El estudio que a continuación se emprende requiere, en un primer momento, un análisis separado como consecuencia de las distintas circunstancias sociojurídicas que envuelven a cada una de las demandas reclamadas por los diferentes colectivos. Como seguidamente se verá, las personas transexuales no desafían ni cuestionan, *a priori*, la concepción tradicional de la familia como la unión entre dos personas de distinto sexo, sino que, más bien, lo que reclaman es, según las circunstancias particulares de cada caso, o bien que se tome en cuenta su identidad de género (y no su sexo biológico) para poder contraer matrimonio con una persona del género opuesto, o bien que, como requisito para que pueda reconocerse legalmente su reasignación de género, no se exija la disolución forzada de un matrimonio válidamente constituido con carácter previo. Por su parte, las parejas del mismo sexo aspiran a que se reconozca su derecho a contraer matrimonio entre sí, desafiando, de este modo, las concepciones tradicionales en torno al concepto de matrimonio y de familia y persiguiendo el reconocimiento legal de un paradigma social completamente nuevo⁹.

⁶ *Ibid.*, FJ 3.

⁷ Definición acuñada en 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), aprobados en marzo de 2007 y accesibles en: https://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_sp.pdf [fecha de consulta: 10/01/2025].

⁸ Organización Panamericana de la Salud y Organización Mundial de la Salud, *Promoción de la salud sexual. Recomendaciones para la acción*, Actas de la Reunión de Consulta celebrada en Guatemala del 19 al 22 de mayo de 2000.

⁹ DRAGHICI, Carmen, *The legitimacy of family rights in Strasbourg case law: 'living instrument' or extinguished sovereignty?*, Bloomsbury Publishing, Reino Unido, 2017, p. 188.

Estas diferencias no han impedido que ambos colectivos hayan sufrido por igual interferencias significativas en el desarrollo de su vida privada y familiar como resultado de una comprensión mayoritaria de la familia tradicional como aquella que nace a partir de la válida constitución de un matrimonio entre dos personas de distinto sexo biológico, por lo que, de un modo u otro, ambas reivindicaciones van a tratar de derribar los cimientos básicos de nociones ampliamente asentadas en el derecho de familia de los Estados europeos. Y es que no puede olvidarse que el grado de reconocimiento y protección legal de la diversidad afectivo-sexual y de género en los Estados miembros del Consejo de Europa varía en función de distintos factores, entre los que ostentan gran relevancia las tradiciones culturales, religiosas, morales y legales arraigadas en cada uno de ellos¹⁰. La respuesta que está otorgando a este respecto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), como máximo órgano de control del régimen de derechos humanos más efectivo y exitoso del mundo¹¹, debe ser sometida a crítico análisis, lo que se acomete a continuación.

2. DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO Y DIVERSIDAD AFECTIVO-SEXUAL Y DE GÉNERO: EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE SU TRATAMIENTO POR EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

2.1 El reconocimiento legal de la reasignación de género como parte de la vida privada y familiar y su incidencia en el derecho a contraer matrimonio

Antes de emprender el análisis de la evolución jurisprudencial del TEDH en la materia objeto de estudio, cabe advertir, con carácter general, la existencia de dos posibles formas en que el reconocimiento legal de la reasignación de género puede llegar a colisionar con el derecho a contraer matrimonio consagrado en el artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos

¹⁰ LIEVENS, Johan y VERBRUGGHE, Nele, «Recognition of Same-Sex Relationships under the ECHR: Till Death –or the Lack of European Consensus– Do Us Part», en WOUTERS, Jan *et al.* (eds.), *Can We Still Afford Human Rights? Critical Reflection on Universality, Proliferation and Costs*, Edward Elgar, 2020, p. 85.

¹¹ KELLER, Helen y SWEET, Alec Stone (eds.), *A Europe of Rights –The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 3; MORAVCSIK, Andrew, «The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe», *International Organization*, vol. 54, núm. 2, 2000, p. 243.

(en adelante, CEDH)¹²; un precepto examinado en no demasiadas ocasiones, si se compara con el tratamiento dispensado por el TEDH a otros derechos convencionales¹³. La primera cuestión que puede plantearse es si a una persona que se ha sometido a un tratamiento de reasignación de género se le debe reconocer el derecho a contraer matrimonio en función del género reasignado o si, por el contrario, debe prevalecer, en todo caso, el sexo biológico a estos efectos. Esta cuestión parece haber quedado zanjada por el Alto Tribunal con un elevado grado de comprensión hacia las particulares circunstancias por las que atraviesan estas personas, como seguidamente se verá.

No puede decirse lo mismo de la segunda cuestión que debe abordarse, relativa a qué puede ocurrir cuando una persona ya casada decide solicitar su reasignación de género. Esta situación, en algunos casos, dará lugar a un matrimonio entre dos personas del mismo género, lo que puede no estar permitido en el determinado Estado en que residan. En efecto, todavía hay 15 países europeos cuya Constitución prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo, si bien ya son 21 los países europeos que lo reconocen legalmente¹⁴, al tiempo que otros 10 reconocen alguna forma de unión civil no matrimonial¹⁵. La salvaguarda del carácter tradicional de la institución del matrimonio¹⁶ parece haber motivado que, entre los requisitos exigidos para poder obtener el reconocimiento legal de la reasignación de género, algunos Estados europeos hayan decidido incluir que la persona que lo solicita no esté casada o, en caso de estarlo, bien que se divorcie o bien que tanto ella como

¹² Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, su entrada en vigor se produjo el 3 de septiembre de 1953). Art. 12 CEDH: «A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho». Acerca de la evolución jurisprudencial del TEDH en torno al derecho a contraer matrimonio, véase ROCA FERNÁNDEZ, M.ª José, y TORRES GUTIÉRREZ, Alejandro, «El derecho a contraer matrimonio (artículo 12 CEDH)», en GARCÍA ROCA, Javier y SANTOLAYA MACHETTI, Pablo (coords.), *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2023, pp. 845-872.

¹³ POLO SABAU, José Ramón, «Anotaciones sobre la eficacia civil del matrimonio religioso en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 54, 2015, p. 17.

¹⁴ Para información detallada, véase: <https://rainbow-europe.org> [fecha de consulta: 16/10/2024].

¹⁵ Para un estudio sobre el estado de la cuestión en el seno de la Unión Europea, véase, en general, BOELE-WOELKI, Katharina, y FUCHS, Angelika (eds.), *Same-Sex Relationships and Beyond. Gender Matters in the EU*, 3.ª ed., Intersentia, Cambridge, 2017.

¹⁶ Interesantes reflexiones en torno a la modificación del concepto de matrimonio pueden verse en: CAMARERO SUÁREZ, Victoria, «La protección contra la discriminación por identidad sexual en el matrimonio: una respuesta eficaz ante el impacto de la intolerancia», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 66, 2024, pp. 1-46.

su cónyuge acepten que su matrimonio se transforme en una unión civil¹⁷, lo que sin duda puede llegar a suponer una injerencia en su derecho al respeto a la vida privada y familiar garantizado en el artículo 8 del CEDH¹⁸, así como en su libertad de pensamiento, de conciencia y de religión¹⁹.

2.1.1 *Primeras decisiones*

Las controversias generadas en torno a todos estos aspectos han dado lugar a un considerable volumen de resoluciones dictadas por el TEDH que conforman una línea jurisprudencial en continua evolución²⁰. El primer caso decidido en el seno del Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos por este Tribunal fue *Rees v. Reino Unido*²¹, en el año 1986. El demandante era un hombre transexual cuya reasignación de género había sido respetada y reconocida por las autoridades públicas británicas en diversas instancias. Muestra de ello es que todos sus documentos oficiales reflejaban su condición de varón²², a excepción de su certificado de nacimiento, que el

¹⁷ Para más información, véase: <https://transrightsmap.tgeu.org/home/legal-gender-recognition/no-divorce-requirement> [fecha de consulta: 16/10/2024].

¹⁸ Art. 8 CEDH: «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia [...]».

¹⁹ Para un análisis exhaustivo y de plena actualidad jurídica en torno a la jurisprudencia del TEDH sobre el artículo 9 del Convenio, véase REGUART SEGARRA, NÚRIA y CAMARERO SUÁREZ, VICTORIA, «Freedom of Thought, Conscience and Religion Under the European Convention on Human Rights: New Approaches», en PALADINI, LUCA e IGLESIAS VÁZQUEZ, M.ª del Ángel (eds.), *Protection and Promotion of Freedom of Religions and Beliefs in the European Context*, Springer, 2023, pp. 21-52.

²⁰ En el plano doctrinal, para unas primeras aproximaciones a esta materia, vid. GARCÍA GARCÍA, RICARDO, «El reciente derecho del transexual a contraer matrimonio», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 3, 2000, pp. 227-249; LLAMAZARES CALZADILLA, M.ª Cruz, y PARDO PRIETO, PAULINO CÉSAR, «Transexualidad y derecho a contraer matrimonio en España hoy: ¿una luz al final del túnel?», en AA.VV., *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el derecho comparado*, Universidad del País Vasco, 2001, pp. 563-583; CERVILLA GARZÓN, M.ª Dolores, «Transexualidad, cambio de sexo y derecho a contraer matrimonio», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 2001, pp. 1339-1346; ÁLVAREZ PRIETO, LUIS y ÁLVAREZ MORENO, M.ª Pilar, «El «matrimonio» del transexual desde la perspectiva del Derecho Canónico», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 19, 2003, pp. 159-204.

²¹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, STEDH) *Rees v. Reino Unido*, de 17 de octubre de 1986 (núm. 9532/81).

²² Ello es posible debido a que, en el Reino Unido, cualquier persona puede cambiar su nombre y apellidos a su propia voluntad, de manera que sus documentos oficiales pueden reflejar un nombre libremente escogido que sea distinto del presente en su certificado de nacimiento, así como el tratamiento preferido por su titular (*Mr.*, *Mrs.*, *Ms.*, *Miss*). *Rees v. Reino Unido*, § 40.

Registro General había denegado modificar²³. Esta situación implicaba que todavía se le consideraba mujer en determinadas circunstancias, entre ellas, para poder contraer matrimonio²⁴. Consiguientemente, el demandante alegó la violación de su derecho al respeto a la vida privada y familiar, así como la de su derecho a contraer matrimonio.

Al respecto, la Corte estimó que la negativa del Estado a modificar un certificado de nacimiento no podía considerarse una injerencia en su vida privada y familiar, ya que no existía ninguna obligación positiva sobre el Estado para que modificara su sistema de registro de nacimientos. Reconoció, al mismo tiempo, que la legislación de los Estados parte sobre el reconocimiento legal de la reasignación de género no era uniforme y que se encontraba en una etapa de transición, lo que se traducía, a su vez, en la necesidad de otorgar un amplio margen de apreciación en la resolución de las distintas controversias que pudieran surgir²⁵. El TEDH se valió de este recurso para declarar, por unanimidad, que Reino Unido no había violado el artículo 8 del Convenio y que gozaba de cierto grado de libertad para regular el reconocimiento legal de la reasignación de género, sin perjuicio de que enfatizó que la necesidad de establecer unas medidas legales adecuadas debía ser sujeta a una continua revisión a la vista de los avances sociales y científicos. Igualmente, tampoco consideró violado el artículo 12 del CEDH, en la medida en que entendió que el derecho a contraer matrimonio consagrado en este artículo exclusivamente protegía su concepción tradicional, es decir, el matrimonio entre dos personas de sexo biológico opuesto²⁶.

Cuatro años más tarde, se emitió el sucesivo pronunciamiento del TEDH en la materia en el caso *Cossey v. Reino Unido*²⁷, alcanzando una conclusión muy similar por amplia mayoría. En este supuesto, se trataba de una mujer transexual que deseaba contraer matrimonio con un hombre, si bien la legislación británica no reconocía legalmente su reasignación de género, de modo similar a lo explicado en el caso anterior. El matrimonio que pretendían contraer era, por tanto, a efectos legales, un matrimonio entre dos personas del mismo sexo que no gozaba de amparo legal²⁸. La demandante alegó, también de modo similar al caso ya comentado, no solo la violación de su derecho a contraer matrimonio, sino también la de su derecho al respeto a la vida privada

²³ *Ibid.*, §§ 11-17.

²⁴ *Ibid.*, §§ 27-28.

²⁵ *Ibid.*, §§ 35-37.

²⁶ *Ibid.*, §§ 47-50.

²⁷ STEDH *Cossey v. Reino Unido*, de 27 de septiembre de 1990 (núm. 10843/84).

²⁸ *Ibid.*, §§ 9-14.

y familiar. El Tribunal siguió una línea argumentativa semejante y declaró que no se había producido la violación de ninguno de los derechos alegados, por cuanto la cirugía de reasignación de género no daba como resultado la adquisición de todas las características biológicas del otro sexo. Asimismo, afirmó que la salvaguarda de la concepción tradicional del matrimonio constituía una razón suficiente para seguir adoptando criterios biológicos para determinar el sexo de una persona a efectos del derecho a contraer matrimonio, siendo esta una cuestión comprendida dentro de la competencia de los Estados parte a ser regulada por medio de su legislación doméstica. No obstante, instó, de nuevo, a Reino Unido a que sujetara a continua revisión las medidas legales a adoptar en este campo como consecuencia de los avances sociales, jurídicos y científicos que iban aconteciendo²⁹.

La primera vez en que el TEDH declaró la violación del artículo 8 del Convenio por la falta de reconocimiento legal de un proceso de reasignación de género fue en el caso *B. v. Francia*³⁰, en 1992. La demandante era una mujer transexual que había solicitado infructuosamente a las autoridades francesas la actualización de su indicador de género en el Registro de Estado Civil. Su indicador de género masculino, más allá de las dificultades que pudiera acarrearle en su vida social y profesional, le impedía contraer matrimonio con su pareja del mismo sexo, al estar el llamado matrimonio igualitario prohibido por aquel entonces en Francia³¹. En este caso, cuyas circunstancias no difieren en exceso de las ya expuestas en los dos casos anteriores, el TEDH declaró la violación de su derecho a la vida privada y familiar y lo hizo apoyándose en las diferencias advertidas entre el sistema de estado civil británico y el francés. Y es que, en Francia, los certificados de nacimiento estaban configurados para ser actualizados durante toda la vida de la persona, de modo que sería perfectamente posible insertar en el certificado una referencia a una sentencia que ordenara la modificación del sexo original registrado. Para ello, no se requería ni tan siquiera modificar la legislación francesa, sino tan solo la jurisprudencia de su Tribunal de Casación³². También a diferencia de los casos anteriores, la legis-

²⁹ *Ibid.*, § 40-46. Señala ARRESE que los cuatro votos en contra de este pronunciamiento, frente a la unanimidad por el que se decidió el anterior, ya evidencian una evolución que comienza a perfilarse en el seno del TEDH (ARRESE IRIONDO, M.^a Nieves, «Artículo 12. Derecho a contraer matrimonio», en LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki [coord.], *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Civitas, 2009, p. 624).

³⁰ STEDH *B. v. Francia*, de 25 de marzo de 1992 (núm. 13343/87).

³¹ *Ibid.*, §§ 9-17.

³² *Ibid.*, § 52. En este sentido, el Tribunal de Casación francés reconoció poco después de esta STEDH el derecho de una persona transexual a cambiar su género en el Registro Civil (*vid.* HOLZER, Lena, «Legal Gender Recognition in Times of Change at the European Court of Human Rights», *ERA Forum*, vol. 23, 2022, p. 172).

lación francesa no permitía un cambio de nombre ni tampoco de tratamiento acorde con la identidad de género de la demandante, por lo que todo lo anterior, en su conjunto, justificaba la violación del artículo 8 del Convenio³³.

Si bien no cabe duda de que el pronunciamiento vertido en el caso *B. v. Francia* representó un primer avance en la materia, ello no alentó a la Corte a apartarse de la línea establecida en las sentencias *Rees* y *Cossey* cuando le fue presentado un nuevo caso contra Reino Unido en 1998³⁴. En *Sheffield y Horsham v. Reino Unido*,³⁵ el Tribunal no encontró violación alguna de los derechos consagrados en los artículos 8 y 12 del Convenio en detrimento de la Sra. Sheffield y de la Sra. Horsham, dos mujeres transexuales cuyas circunstancias diferían en gran medida³⁶ pero que el Tribunal decidió resolver conjuntamente. Con un razonamiento similar, y citando reiteradamente la doctrina ya establecida en las sentencias *Rees* y *Cossey*, el Tribunal consideró que todavía no había avances científicos y jurídicos suficientes para apartarse de la doctrina asentada en las mencionadas sentencias y declarar que el Estado demandado ya no disponía de un margen de apreciación para negarse a reconocer legalmente la reasignación de género de las demandantes. Por el contrario, para el Tribunal, seguía siendo cierto que la transexualidad planteaba cuestiones científicas, jurídicas, morales y sociales complejas, respecto de las cuales no existía un enfoque generalmente compartido entre los Estados parte al Convenio, de manera que el margen de apreciación de que estos gozaban para regular esta materia seguía siendo amplio³⁷. El TEDH también reiteró su razonamiento en torno al derecho a contraer matrimonio consagrado en el artículo 12 del CEDH, de manera que tampoco consideró que en estos casos hubiera sido violado. La novedad de este supuesto recae en la invocación del artículo 14 del CEDH³⁸, que consagra el principio de igualdad y no discriminación. No obstante, el TEDH, en el análisis de la posible violación de este precepto, se remitió al razonamiento seguido para considerar que Reino Unido no había vio-

³³ *B. v. Francia*, § 58.

³⁴ KORKIAMÄKI, Iina Sofia, «Legal Gender Recognition and (Lack of) Equality in the European Court of Human Rights», *The Equal Rights Review*, vol. 13, 2014, p. 32.

³⁵ STEDH *Sheffield and Horsham v. Reino Unido*, de 30 de julio de 1998 (núm. 22985/93 y 23390/94).

³⁶ *Ibid.*, §§ 12-25.

³⁷ *Ibid.*, § 58.

³⁸ Art. 14 CEDH: «El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación».

lado los artículos 8 y 12 del CEDH, llegando a igual conclusión con respecto al artículo 14³⁹.

2.1.2 *El necesario avance jurisprudencial*

No fue sino hasta el año 2002 cuando el TEDH dio un vuelco a esta línea jurisprudencial para reconocer, sin ambigüedades, el derecho al reconocimiento legal de la reasignación de género en el certificado de nacimiento y, además, a todos los efectos legales⁴⁰. En el fallo histórico recaído en el caso *Christine Goodwin v. Reino Unido*⁴¹, declaró, por primera vez, la violación del derecho al respeto a la vida privada y familiar y del derecho a contraer matrimonio en relación con los procedimientos previstos en Reino Unido para el reconocimiento legal de la reasignación de género⁴². La demandante era una mujer transexual que había sido víctima de continuos actos de acoso y trato degradante en el ámbito laboral como consecuencia de la no correspondencia entre su apariencia física femenina y su indicador de género masculino. Y es que la falta de reconocimiento legal de su reasignación de género implicaba que seguía siendo considerada como un hombre a todos los efectos legales, entre ellos, en relación con las cotizaciones en la seguridad social y también con el derecho a contraer matrimonio en consonancia con su identidad de género femenina⁴³. Por ello, alegó la violación de los artículos 8, 12 y 14 del CEDH.

En esta emblemática Sentencia, el TEDH realiza un minucioso análisis del artículo 8 del Convenio en torno a cinco claves: la situación de la demandante como mujer transexual; una serie de consideraciones médicas y científicas; el estado actual del consenso europeo e internacional; el impacto de un posible cambio en el sistema de registro de nacimientos; y, por último, la ponderación de intereses en el presente caso. Al examinar la situación de la demandante como mujer transexual, al TEDH le llama la atención que el tratamiento para la reasignación de género, legalmente previsto, autorizado y financiado por el sistema nacional de salud británico, no encuentre pleno reconocimiento jurídico en lo que debería ser una última fase de todo el proceso, a culminar con la modificación de su indicador de género en el certificado de nacimiento. Según la Corte, ello evidencia una falta de coherencia entre las prácticas administra-

³⁹ *Sheffield and Horsham v. Reino Unido*, §§ 76-77.

⁴⁰ HOLZER, Lena, «Legal Gender Recognition in Times of Change...», cit., p. 173.

⁴¹ TEDH *Christine Goodwin v. Reino Unido*, de 11 de julio de 2002 (núm. 28957/95).

⁴² KORKIAMÄKI, Iina Sofia, «Legal Gender Recognition...», cit., p. 33.

⁴³ *Christine Goodwin v. Reino Unido*, §§ 12-19.

tivas y las jurídicas que se reputa ilógica, al negarse a reconocer las implicaciones jurídicas del resultado al que conduce el tratamiento legalmente previsto⁴⁴.

Al ponderar los intereses en juego, el Tribunal se apoya en la esencia misma del Convenio Europeo, que no es otra que el respeto por la dignidad y libertad humanas, y señala que en este caso el Reino Unido ya no puede seguir recurriendo al margen de apreciación nacional para evitar dar una respuesta a la situación en la que quedaban las personas transexuales. En particular, el Tribunal aludió a la noción de autonomía personal como un principio importante que subyace a la interpretación de las garantías del artículo 8, el cual brinda protección a la esfera personal de cada individuo, con inclusión del derecho a establecer los detalles de su propia identidad. En el siglo XXI, el derecho de las personas transexuales al desarrollo personal y a la seguridad física y moral en su sentido más pleno no puede considerarse como un tema controvertido que requiera el transcurso de todavía más tiempo para arrojar una luz más clara al respecto⁴⁵. En este sentido, en los casos anteriores contra el Reino Unido, el Tribunal había enfatizado la importancia de mantener bajo revisión la necesidad de adoptar las medidas legales apropiadas teniendo en cuenta los avances científicos y sociales. Incluso más recientemente, en el caso *Sheffield y Horsham*, observó que el Estado demandado aún no había tomado ninguna medida para hacerlo a pesar de un aumento en la aceptación social del fenómeno de la transexualidad y un creciente reconocimiento de los problemas a los que se enfrentan las personas transexuales⁴⁶. En consecuencia, el margen de apreciación del Estado demandado se había reducido de tal manera que ya no podía utilizarlo para evitar regular este fenómeno, a la vista de su propia evolución social en Europa y de que no concurrían suficientes motivos de interés público para sostener lo contrario⁴⁷.

En relación con el derecho a contraer matrimonio previsto en el artículo 12 del CEDH, el Tribunal igualmente abandonó la línea jurisprudencial establecida en las sentencias precedentes para declarar su violación en este caso. Una reevaluación de las circunstancias transcurridos unos años desde su última sentencia en un asunto de este tipo le sirvió al Alto Tribunal para corroborar que no había justificación alguna para denegar a una persona transexual su derecho a contraer matrimonio, limitando, de este modo, el margen de apreciación nacional a estos efectos⁴⁸. Con este razonamiento, abandonó, por primera vez, una

⁴⁴ *Ibid.*, § 78.

⁴⁵ *Ibid.*, § 90.

⁴⁶ *Sheffield and Horsham v. Reino Unido*, § 60.

⁴⁷ *Christine Goodwin v. Reino Unido*, §§ 92-93.

⁴⁸ *Ibid.*, § 103.

concepción puramente biológica del género para acoger otra más acorde con los nuevos tiempos⁴⁹. Al mismo tiempo, confirmó la heteronormatividad del matrimonio, al validar el contraído entre una mujer transexual y un hombre cisgénero⁵⁰, y señaló que la incapacidad para procrear en su seno no podía bloquear el derecho a contraer matrimonio⁵¹. El impacto de esta Sentencia en la legislación doméstica no tardó en dejarse notar y, al igual que sucedió en el contexto francés tras la Sentencia recaída en el caso *B. v. Francia*, que impulsó un cambio jurisprudencial en la doctrina de su Tribunal de Casación, Reino Unido aprobó una Ley de Reconocimiento de Género en el año 2004.

Por último, en el análisis de la alegada violación del principio de igualdad y no discriminación consagrado en el artículo 14 del CEDH, el Alto Tribunal vuelve a pasar por alto su singularidad y relevancia individual, al considerar que las cuestiones relativas a la posible violación de este principio ya habían sido analizadas al amparo del artículo 8, por lo que no cabía realizar un análisis separado⁵². Por tanto, y si bien es innegable que el pronunciamiento de la Corte en esta Sentencia marcó un antes y un después en el tratamiento de los casos relativos al reconocimiento legal de la reasignación de género, así como al derecho a contraer matrimonio de las personas transexuales, el Tribunal decidió no abordar la posible discriminación que estas personas sufrían como colectivo, al tiempo que siguió velando por la salvaguarda de la concepción tradicional del matrimonio como aquel contraído entre un hombre y una mujer, amparándolo también cuando uno de los cónyuges hubiera transitado por un proceso de reasignación de género, en la medida en que el matrimonio resultante no lo fuera entre dos personas con la misma identidad de género. Esta apreciación no es nimia y deberá ser tomada muy en cuenta en el análisis que se acometerá en los siguientes apartados de esta investigación.

En la misma fecha que la Sentencia que acaba de analizarse, el TEDH emitió otra con casi idéntico pronunciamiento sobre la misma temática, en el caso *I. v. Reino Unido*⁵³. Años más tarde, este posicionamiento de la Corte en los casos *Goodwin* e *I* se vio consolidado en el caso *Grant v. Reino Unido*⁵⁴, en el que declaró la violación del artículo 8 del Convenio ante la denegación de la

⁴⁹ KORKIAMÄKI, Iina Sofia, «Legal Gender Recognition...», cit., p. 34.

⁵⁰ GONZÁLEZ SALZBER, Damián A, «Confirming (the Illusion of) Heterosexual Marriage: *Hämäläinen v. Finland*», *Journal of International and Comparative Law*, vol. 2, núm. 1, 2015, p. 184. Al respecto, cabe señalar que las personas cisgénero son aquellas que se sienten identificadas con su sexo biológico.

⁵¹ *Christine Goodwin v. Reino Unido*, § 98.

⁵² *Ibid.*, § 108.

⁵³ STEDH *I. v. Reino Unido*, de 11 de julio de 2002 (núm. 25680/94).

⁵⁴ STEDH *Grant v Reino Unido*, de 23 de mayo de 2006 (núm. 32570/03).

pensión de jubilación a una mujer transexual a partir de la edad aplicable a las mujeres, que se situaba en los 60 años, mientras que para los hombres lo estaba en los 65. En esta Sentencia, el Tribunal se remite a la doctrina asentada en los casos mencionados, así como a la ya vigente Ley de Reconocimiento de Género, para corroborar que se había violado su derecho al respeto a la vida privada y familiar por no reconocer legalmente su reasignación de género a todos los efectos legales, entre ellos, el derecho a cobrar la pensión de jubilación a partir de la edad prevista para las mujeres⁵⁵.

A pesar de estas significativas victorias obtenidas en Estrasburgo por parte de este colectivo, las demandas presentadas en esta sede por personas transexuales ante la alegada violación de sus derechos humanos no decayeron con el transcurso del tiempo⁵⁶. En efecto, estas demandas siguieron alcanzando el éxito en los años posteriores en casos como *Van Kück v. Alemania*⁵⁷ o *L. v. Lituania*⁵⁸. Uno presentado contra España, no obstante, no gozó de tal fortuna. Se trata del caso *P.V. v. España*⁵⁹, en el que lo que se enjuicia es la posible discriminación sufrida por una mujer transexual con respecto al régimen de visitas a su hijo tras la separación legal entre ella y la madre del menor. Debe hacerse notar que el matrimonio había sido disuelto con carácter previo al inicio del tratamiento de cambio de sexo de la demandante y, cuando la madre del menor advirtió que su excónyuge se estaba sometiendo a este tipo de tratamiento, alegó este hecho para solicitar la privación del ejercicio de la patria potestad y la suspensión del régimen de visitas y toda comunicación con el hijo en común. El Juez de instancia decidió estimar parcialmente esta solicitud, de manera que,

⁵⁵ *Ibid.*, §§ 39-44. Más recientemente, el TJUE, en Sentencia de 26 de julio de 2018, ha declarado el carácter discriminatorio de una normativa británica que exigía a las personas transexuales casadas la disolución de su matrimonio para acceder al reconocimiento jurídico pleno de su reasignación de género, como requisito imprescindible para acceder a la pensión de jubilación a la edad establecida para las personas del sexo adquirido. Al respecto, véase VICENTE PALACIO, Arántzazu, «Sexo e xénero no ámbito comunitario: por un ordenamento xurídico «de-xenerador» (Algunhas reflexións acerca da STXUE de 26 de xullo de 2018, Asunto M.B.)», *Revista Galega de Dereito Social*, vol. 7, 2018, pp. 73-97.

⁵⁶ DRAGHICI, Carmen, *The legitimacy of family rights in Strasbourg case law...*, cit., p. 232.

⁵⁷ STEDH *Van Kück v. Alemania*, de 12 de junio de 2003 (núm. 35968/97), en el que el TEDH declara que la negativa de las autoridades nacionales de instar a una compañía aseguradora al reembolso de los costes de la cirugía de reasignación de género de la demandante constituye una injerencia injustificada en su vida privada y familiar (*ibid.*, §§ 69-86).

⁵⁸ STEDH *L. v. Lituania*, de 11 de septiembre de 2007 (núm. 27527/03), en el que el TEDH reconoce la existencia de una obligación positiva sobre el Estado de proporcionar un tratamiento completo de reasignación de género, como consecuencia de que, si bien la legislación lituana reconocía el derecho a la reasignación de género y al cambio de estado civil, había una relevante laguna legal en torno al tratamiento médico para conseguir un cambio de género total que había redundado en una violación de la vida privada y familiar del demandante (*ibid.*, §§ 56-60).

⁵⁹ STEDH *P.V. v. España*, de 30 de noviembre de 2010 (núm. 35159/09).

conservando la patria potestad conjunta a favor de ambos progenitores, restringió el régimen de visitas con el menor, a la vista de los informes periciales psicológicos presentados⁶⁰.

Llegado el caso al TEDH, este no consideró violado el artículo 8 del Convenio en consonancia con el artículo 14 del mismo texto normativo. Ello debido al hecho de que, si bien la transexualidad podía ser una causa de discriminación amparada por el artículo 14 del CEDH, la demandante, en este caso, no había sido privada de su patria potestad ni de toda comunicación con su hijo, sino que lo que se había decidido era que el régimen de visitas se fuera revisando y actualizando gradualmente para asegurar que el menor se pudiera ir acostumbrando con carácter progresivo a la nueva identidad de género de la demandante, lo que legítimamente ponía en un primer plano el interés superior del menor⁶¹.

Pese a los importantes avances conseguidos en la materia a través de esta patente interpretación evolutiva del CEDH en cuanto instrumento vivo⁶², esta línea jurisprudencial en continuo desarrollo y progreso parece toparse con un obstáculo cuando se entrecruza con la seguida por el TEDH en materia de matrimonio entre personas del mismo género en el caso *Hämäläinen v. Finlandia*⁶³, en el que, además, son las profundas convicciones religiosas de las demandantes las que las impulsan a luchar por el reconocimiento de sus derechos en el ámbito matrimonial. No obstante, para poder acometer el análisis crítico de este caso clave, antes debemos presentar someramente la línea jurisprudencial del TEDH en lo relativo al matrimonio entre personas del mismo sexo. Ello se emprende a continuación, no sin antes advertir que el constante progreso en el reconocimiento y legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo a nivel global no ha encontrado su reflejo, hasta el momento, en la jurisprudencia del TEDH, lo que contrasta con lo acontecido en otros sistemas judiciales de reconocido prestigio internacional⁶⁴.

⁶⁰ *Ibid.*, §§ 5-16.

⁶¹ *Ibid.*, §§ 22-37.

⁶² MARTÍN SÁNCHEZ, María, «Los derechos de las parejas del mismo sexo en Europa. Estudio comparado», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 107, 2016, p. 229.

⁶³ STEDH (Gran Sala) *Hämäläinen v. Finlandia*, de 16 de julio de 2014 (núm. 37359/09).

⁶⁴ En este sentido, véase WILLEMS, Geoffrey, «Same-Sex Marriage as a Human Right: How the Strasbourg Court Could Draw Inspiration from the US Supreme Court and the Inter-American Court of Human Rights to Affirm Marriage Equality», *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 14, núm. 1, 2024, pp. 176-212. De sumo interés, *vid.*, también, CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago, «Género y orientación sexual. La aplicación de las leyes de igualdad sobre las entidades religiosas en el derecho norteamericano», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 128, 2023, pp. 13-36.

2.2 El matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿un derecho amparado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos?

Con carácter general, las parejas que persiguen el reconocimiento del derecho al matrimonio igualitario en la jurisdicción del Tribunal de Estrasburgo tienden a invocar los artículos ya comentados en el apartado precedente, esto es, el derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH), el derecho a contraer matrimonio (art. 12 CEDH) y el principio de igualdad y no discriminación (art. 14 CEDH), aunque con un móvil ciertamente distinto. A propósito del segundo de ellos, el más relevante en este particular ámbito, se aprecia una notoria diferencia entre su redacción y la del resto de derechos garantizados en el Convenio. Y es que el artículo 12 del CEDH dispone que: «A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho». Se trata del único precepto del Convenio que alude expresamente a «el hombre y la mujer», en la medida en que el resto de reconocimiento de derechos se hace en beneficio de «toda persona». Esta elección diferencial parece responder al influjo del artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante, DUDH)⁶⁵ en la redacción del CEDH, el cual contiene una previsión similar.

Según SHAHID⁶⁶, existen dos posibles interpretaciones al artículo 12 del CEDH, que son antagónicas entre sí. Por una parte, puede considerarse que el artículo 16 de la DUDH leído a la luz del artículo 2 del mismo instrumento, que contiene una prohibición general contra toda forma de discriminación, da cabida a reconocer el derecho de toda persona a contraer matrimonio al amparo de la Declaración. De un modo similar, el artículo 1 del CEDH obliga a los Estados parte a reconocer a toda persona los derechos y libertades comprendidos en el Título I del Convenio. Por ende, en el caso europeo, a través de una lectura conjunta del artículo 12 del Convenio con el artículo 1 se obtendría igual resultado⁶⁷. Por otra parte, la segunda interpretación que puede hacerse es

⁶⁵ Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 (A/RES/217[III]).

⁶⁶ SHAHID, Masuma, «The Right to Same-Sex Marriage: Assessing the European Court of Human Rights' Consensus-Based Analysis in Recent Judgments Concerning Equal Marriage Rights», *Erasmus Law Review*, núm. 3, 2017, pp. 185-186.

⁶⁷ En este mismo sentido, véase JOHNSON, Paul y FALCETTA, Silvia, «Same-Sex Marriage and Article 12 of the European Convention on Human Rights», en ASHFORD, Chris y MAINE, Alexander (eds.), *Research Handbook on Gender, Sexuality and the Law*, Edward Elgar Publishing, 2020, pp. 91-103, en p. 5 (versión *preprint*). Los autores se remiten a los trabajos preparatorios de la Declaración para señalar que la expresa mención a «el hombre y la mujer» contenida en el art. 16 se dirigía a crear un texto que promoviera la libertad de elección, la dignidad de la mujer, la mo-

que el derecho que este precepto reconoce queda tajantemente limitado al matrimonio entre personas de distinto sexo. Esta última interpretación es la que ha acogido el TEDH en la línea jurisprudencial que ha seguido hasta el momento y que pasa a analizarse a continuación.

Por razones obvias, puede considerarse que las primeras aproximaciones del TEDH al tratamiento del matrimonio entre personas del mismo sexo se produjeron con ocasión de los dos primeros casos presentados por personas transexuales en este sistema, los casos *Rees* y *Cossey*. Y ello debido a que, en ambos, el principal obstáculo para reconocer el derecho a contraer matrimonio entre los demandantes y sus respectivas parejas residía en el hecho de que ambos poseían el mismo sexo biológico. Estos primeros pronunciamientos en la materia vinieron a amparar, así, una concepción tradicional del matrimonio basada en la heteronormatividad más puramente biológica. Ello dio un vuelco con las Sentencias recaídas en los casos *Christine Goodwin e I*, en los que por primera vez se proclamó el derecho al reconocimiento legal de la reasignación de género a todos los efectos legales, entre ellos, el de contraer matrimonio con una persona de género (que no sexo biológico) opuesto, en la medida en que se entendía que constituía un matrimonio heterosexual. De este modo, el Tribunal siguió amparando una concepción tradicional del matrimonio como aquel contraído entre un hombre y una mujer también cuando uno de los dos cónyuges hubiera transitado por un proceso de reasignación de género, toda vez que el matrimonio resultante no lo fuera entre dos personas con la misma identidad legal de género, corroborando, de nuevo, la heteronormatividad del matrimonio.

El primer caso en que el TEDH tuvo la ocasión de emitir un pronunciamiento basado en una prolija deliberación en torno a si dos personas del mismo sexo podían reclamar su derecho a contraer matrimonio entre sí fue *Schalk and Kopf v. Austria*⁶⁸, que sirvió como referente para establecer una serie de principios generales que se han visto reiterados en resoluciones posteriores⁶⁹, por lo que se considera que representa el eje de la jurisprudencia de este Tribunal en torno al matrimonio igualitario⁷⁰. En él, los demandantes alegan la violación de los artículos 8, 12 y 14 del CEDH ante la prohibición de contraer matrimonio impuesta sobre ellos por parte de las autoridades estatales como consecuencia

nogamia y el derecho igualitario a la disolución del matrimonio, por lo que su razón de ser radicaba en la necesidad de abordar la discriminación de género y asegurar que las mujeres gozaran de los mismos derechos que los hombres en todos los aspectos del matrimonio (véase Naciones Unidas, *Informe de la Comisión de Derechos Humanos a la Segunda Sesión del Consejo Económico y Social*, de 21 de mayo de 1946 [E/38/Rev.1], p. 17).

⁶⁸ STEDH *Schalk and Kopf v. Austria*, de 24 de junio de 2010 (núm. 30141/04).

⁶⁹ SHAHID, Masuma, «The Right to Same-Sex Marriage...», cit., p. 186.

⁷⁰ JOHNSON, Paul y FALCETTA, Silvia, «Same-Sex Marriage and Article 12...», cit., p. 7.

de su alegada falta de capacidad para contraerlo, al tratarse de una pareja compuesta por dos hombres⁷¹.

En sus alegaciones en torno a la posible violación del artículo 12, los demandantes incidieron en los notables cambios que había experimentado la institución del matrimonio en los últimos años y que habían provocado que ya no hubiera razones suficientes para denegar a las parejas del mismo sexo su acceso a esta institución. Del mismo modo, tampoco podía ya sostenerse que el artículo 12 tuviera una única lectura en el sentido de que el hombre y la mujer debieran contraer matrimonio entre sí⁷². El Tribunal desestimó esta primera pretensión, decantándose por entender que la expresa mención a «el hombre y la mujer» que contiene este precepto es completamente deliberada y refleja el sentido tradicional del matrimonio como la unión entre personas de sexo opuesto; que era lo único que podía concebirse cuando se redactó el texto en los años cincuenta del siglo pasado. También desestimó su pretensión, ante la falta de consenso en Europa en torno al matrimonio igualitario, de que el artículo 12 del CEDH debiera interpretarse a la luz de las condiciones actuales, conforme a su naturaleza de instrumento vivo⁷³.

Uno de los aspectos más llamativos del razonamiento del TEDH fue que comparó el artículo 12 del CEDH con el artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE)⁷⁴, que intencionalmente evita referirse a «el hombre y la mujer» en relación con el derecho a contraer matrimonio, si bien el último inciso del precepto deja la decisión de permitir o prohibir el matrimonio igualitario en manos de los Estados parte. A pesar de esta última observación, el propio TEDH reconoce que el ámbito de aplicación del artículo 9 de la CDFUE es más amplio que el previsto en otros instrumentos de derechos humanos. Partiendo de ello, el Tribunal afirma que ya no considera que el derecho al matrimonio consagrado en el artículo 12 del CEDH deba limitarse en todas las circunstancias al matrimonio entre personas de sexo opuesto, de manera que podría resultar de aplicación al caso enjuiciado. No obstante, ante la falta de consenso en Europa, y a la vista de que se trata de un tema con profundas connotaciones sociales y culturales, evita realizar una

⁷¹ *Schalk and Kopf v. Austria*, §§ 7-14.

⁷² *Ibid.*, § 44.

⁷³ *Ibid.*, §§ 55-58.

⁷⁴ Art. 9 CDFUE (proclamada el 7 de diciembre de 2000, entró en vigor el 1 de diciembre de 2009): «Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio». Para un estudio de máxima actualidad, véase, en general, CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago, *Derecho y factor religioso en la Unión Europea*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.

interpretación dinámica del artículo 12 del CEDH⁷⁵, optando por no adelantarse a la evolución social que estaba teniendo lugar en los Estados parte para imponer su propio criterio en detrimento del de las autoridades nacionales, que se hallaban en una posición más próxima para evaluar y dar respuesta a las necesidades de sus respectivas sociedades. Ello le lleva a concluir que el artículo 12 del CEDH no impone la obligación de permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo y que, por tanto, no se ha producido su violación⁷⁶. Pese a que el Tribunal no incide en cuáles pueden ser esas circunstancias que den cabida al matrimonio entre personas del mismo sexo al amparo del Convenio, lo que ha sido tachado de ambiguo⁷⁷, no puede negarse que este pronunciamiento abre la puerta a que en un futuro se adopte una postura diferente en pro de los derechos al matrimonio igualitario⁷⁸.

Otro de los relevantes pronunciamientos de esta Sentencia reside en que por primera vez el TEDH, en su análisis sobre la posible violación del artículo 8, reconoce que también a las parejas del mismo sexo les resulta de aplicación la noción de «vida familiar», y no solo la de «vida privada», cuyo respeto protege este precepto. Así, el Tribunal entiende que sería artificial mantener la visión de que las parejas del mismo sexo no tienen derecho al respeto de su vida familiar al amparo del artículo 8, por lo que equipara su situación a la de las parejas de sexo opuesto y entra a valorar la posible violación de este precepto en relación con el artículo 14 del CEDH⁷⁹. A este respecto, señala que las parejas del mismo sexo son tan capaces como las heterosexuales de entablar relaciones estables y comprometidas. En consecuencia, se encuentran en una situación significativamente similar en cuanto a su necesidad de reconocimiento legal y de protección de su relación. No obstante, dado que el Convenio debe leerse en su conjunto, la Corte no puede amparar bajo estos preceptos un derecho al matrimonio que no ampara bajo el artículo 12⁸⁰, por lo que tampoco encuentra una violación de los artículos 8 y 14 del CEDH⁸¹. En este sentido, lo que la Corte sí enfatiza es que existe un consenso europeo *emergente* hacia el reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo, de manera que se trata de

⁷⁵ JOHNSON, Paul y FALCETTA, Silvia, «Same-Sex Marriage and Article 12...», cit., p. 8.

⁷⁶ *Schalk and Kopf v. Austria*, §§ 60-64.

⁷⁷ WILLEMS, Geoffrey, «Same-Sex Marriage as a Human Right...», cit., p. 181; HODSON, Loveday, «A marriage by any other name? *Schalk and Kopf v Austria*», *Human Rights Law Review*, vol. 11, núm. 1, 2011, p. 173.

⁷⁸ SHAHID, Masuma, «The Right to Same-Sex Marriage...», cit., p. 186; PUPPINCK, Gregor, «ECHR: Towards a Conventional Right to «Legal Recognition» of Same-Sex Unions?», *Zeszyty Prawnicze*, vol. 15, núm. 4, 2015, p. 180.

⁷⁹ *Schalk and Kopf v. Austria*, §§ 90-95.

⁸⁰ *Ibid.*, §§ 99-101.

⁸¹ *Ibid.*, § 110.

un ámbito de derechos en constante evolución sin un consenso claro, lo que justifica que deba otorgarse un margen de apreciación a los Estados parte acerca de la *temporización* con base en la que deben ir introduciendo las pertinentes reformas legales⁸². *Sensu contrario*, esta referencia a la temporización de la introducción de reformas legales tendentes al reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo parece implicar que el margen de apreciación tan solo se otorga a estos efectos, al de temporalizar los cambios, que se deberán ir introduciendo progresivamente⁸³. En el caso en cuestión, para la fecha de la Sentencia, Austria ya había aprobado una Ley de Uniones Registradas⁸⁴ que proporcionaba a los demandantes la posibilidad de gozar de un estatus legal similar al del matrimonio en muchos aspectos, lo que también coadyuvó a desestimar la violación de los mencionados preceptos⁸⁵.

A pesar de que no se reconoció la violación de ninguno de los derechos alegados por los demandantes, es innegable que se trata de un pronunciamiento pionero y revolucionario que marcaría las pautas a seguir por la Corte en su desarrollo jurisprudencial sobre el reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo⁸⁶. Dicho pronunciamiento se vio confirmado y extendido en la posterior Sentencia recaída en el caso *Vallianatos y otros v. Grecia*⁸⁷, en la que el TEDH clarificó que el artículo 8 del CEDH, en relación con el artículo 14, prohíbe aprobar legislación que restrinja el acceso a las uniones civiles a parejas heterosexuales, en la medida en que con ello se estaría discriminando a las parejas del mismo sexo a ver su relación reconocida legalmente a través de esta vía, que es la única abierta a estos efectos en el ordenamiento griego⁸⁸. En definitiva, el Tribunal concluyó que, en el caso de que un Estado decida establecer un sistema para el registro de uniones civiles, este debe quedar abierto a las parejas del mismo sexo.

Sin más, sirva la evolución jurisprudencial del TEDH expuesta hasta el momento para contextualizar el estado en que se encontraba la cuestión cuando en 2014 la Gran Sala de este Alto Tribunal tuvo que pronunciarse en un caso clave en el que vuelven a entrecruzarse las dos líneas jurisprudenciales examinadas, con la singularidad de que, en él, el factor religioso se muestra determi-

⁸² *Ibid.*, § 105.

⁸³ DRAGHICI, Carmen, *The legitimacy of family rights in Strasbourg case law...*, cit., p. 201.

⁸⁴ *Eingetragene Partnerschafts-Gesetz* (EPG), con entrada en vigor el 1 de enero de 2010.

⁸⁵ *Schalk and Kopf v. Austria*, § 109.

⁸⁶ LIEVENS, Johan y VERBRUGGHE, Nele, «Recognition of Same-Sex Relationships...», cit., p. 102.

⁸⁷ STEDH *Vallianatos y otros v. Grecia*, de 7 de noviembre de 2013 (núm. 29381/01 y 32684/09).

⁸⁸ *Ibid.*, §§ 86-92.

nante, si bien su relevancia queda relegada a elemento secundario de la disputa principal. Por sus implicaciones posteriores en materia de matrimonio, derecho y factor religioso, será sometido a un análisis crítico y riguroso a continuación.

3. LA OMITIDA RELEVANCIA DEL FACTOR RELIGIOSO EN EL CASO *HÄMÄLÄINEN CONTRA FINLANDIA*

Cabe señalar, con carácter preliminar, que el caso *Hämäläinen v. Finlandia* presenta implicaciones jurídicas y sociales en diversos órdenes. Se articula en torno a la demanda de una mujer transexual finlandesa, casada con otra mujer siendo todavía hombre, desde años antes de empezar con su transición de género, a quien la normativa interna la situaba en la disyuntiva de tener que elegir entre continuar con su matrimonio o culminar su proceso de reasignación de género a través de la modificación de su identificador de género. Si optaba por lo segundo, necesariamente se vería obligada a disolver su matrimonio válidamente constituido. Ante esta situación, la demandante alega que tener que escoger entre el pleno reconocimiento de su género o la preservación de su matrimonio constituía una violación de sus derechos protegidos por el CEDH⁸⁹.

Se trata del primer caso con estas características en que la Corte se pronuncia sobre el fondo del asunto, ya que dos demandas presentadas años antes fueron inadmitidas por el TEDH. En los casos *Parry* y *R and F*⁹⁰, ambos contra Reino Unido, los hechos son muy similares a los del caso que aquí se analiza, pues las respectivas demandantes son dos mujeres transexuales, casadas desde antes de su transición de género con otra mujer, a quienes se les deniega el reconocimiento pleno de su reasignación de género si no disuelven el matrimonio válidamente contraído años antes, en la medida en que, tras dicha reasignación, el matrimonio resultante lo sería entre dos personas del mismo género, lo cual estaba prohibido por la legislación británica. El Tribunal desestimó dichas reclamaciones por considerarlas manifiestamente infundadas, observando, al respecto, que el derecho interno solo permitía el matrimonio entre personas de sexo opuesto, ya fuera por atribución en el momento de nacer o por un procedimiento posterior de reasignación de género. Si bien reconoció que varios Estados parte habían ampliado el matrimonio a parejas del mismo sexo, consideró que esto reflejaba su propia visión particular del papel del matrimonio en

⁸⁹ GONZÁLEZ SALZBER, Damián A, «Confirming (the Illusion of) Heterosexual Marriage...», cit., p. 173.

⁹⁰ Decisiones de inadmisibilidad en las demandas núm. 42971/05 y 35748/05, de 28 de noviembre de 2006.

sus sociedades y no se derivaba de una interpretación del derecho fundamental tal como estaba consagrado en el Convenio de 1950, de manera que quedaba dentro del margen de apreciación de cada Estado decidir el modo en que regular los efectos del cambio de género en los matrimonios preexistentes⁹¹.

Con estos precedentes ciertamente desalentadores, la Sra. Hämäläinen, tras agotar la vía judicial interna, decide acudir al Tribunal de Estrasburgo en defensa de sus intereses, el cual se pronuncia sobre el fondo del asunto en una primera Sentencia de Sala en el año 2012, desestimando sus peticiones⁹². Ello motiva que solicite, al amparo del artículo 43 del CEDH, que su caso sea remitido a la Gran Sala, cuyo pronunciamiento da lugar a la Sentencia que a continuación pasa a analizarse.

3.1 Circunstancias fácticas

La Sra. Heli Maarit Hannele Hämäläinen es una mujer transexual que vive en Helsinki. Nació varón en 1963, si bien siempre se sintió mujer. En 1996, contrajo matrimonio evangélico luterano con una mujer con la que tuvo una hija en 2002. Se casaron con el firme convencimiento de que su matrimonio duraría para toda la vida, conforme a sus profundas convicciones religiosas. A partir de 2004, empezó a sentir la necesidad de que su apariencia física se mostrara acorde a su identidad de género y, desde 2006, ha vivido como mujer. En consonancia con ello, cambió su nombre y renovó sus documentos de identidad y conducción, aunque no le fue permitido modificar su número de identificación, que continúa siendo masculino. En el año 2009, fue sometida a cirugía de reasignación de género⁹³.

La negativa a modificar su número de identificación responde a las exigencias de la Ley finesa de Confirmación de Género de Transexuales de 2002⁹⁴, que establece, entre los requisitos que deben observarse para poder obtener el pleno reconocimiento legal de una transición de género, el de no estar casado o en una unión civil no matrimonial⁹⁵. Como excepción, el artículo 2 de la mencionada Ley prevé que una persona casada puede igualmente obtenerla siempre y cuando el cónyuge dé su consentimiento a que su matrimonio se

⁹¹ *Schalk and Kopf v. Austria*, § 53.

⁹² STEDH (Sala) *Hämäläinen v. Finlandia*, de 13 de noviembre de 2012 (núm. 37359/09).

⁹³ *Hämäläinen v. Finlandia* (Gran Sala), §§ 9-12.

⁹⁴ Ley 563/2002, de 28 de junio. Traducción al inglés no oficial disponible en: <http://trasek.fi/wp-content/uploads/2011/03/TransAct2003.pdf> [fecha de consulta: 27/03/2024].

⁹⁵ *Ibid.*, art. 1.

transforme en una unión civil, y viceversa. Ello es debido a que, en aquel momento en Finlandia, la institución del matrimonio se reservaba única y exclusivamente para parejas de sexo opuesto, mientras que las uniones civiles o de hecho estaban configuradas para parejas del mismo sexo o género. De este modo, un matrimonio preexistente a una reasignación de género pasaría a convertirse en unión civil automáticamente tras consentir el otro cónyuge, al igual que una pareja de hecho pasaría a transformarse en matrimonio si la reasignación de género daba como resultado una pareja de sexo opuesto y la otra parte así lo consentía. A tenor de lo anterior, desde la entrada en vigor de la mencionada Ley, al menos 15 matrimonios se habían convertido en uniones registradas y 16 uniones en matrimonios⁹⁶.

En el caso de la demandante, es evidente que esta exigencia legal entraba en serio conflicto con sus profundas convicciones religiosas, en virtud de las cuales la disolución de su matrimonio preexistente no era una opción válida ni legítima. Por ello, en 2007, a pesar de que su esposa, impulsada por estas mismas convicciones, no había consentido transformar su matrimonio en una unión civil, la Sra. Hämäläinen solicitó formalmente a la oficina del registro local el cambio de su número de identidad a uno femenino, lo cual le fue denegado. Tras ello, la demandante inició un procedimiento ante el Tribunal Administrativo de Helsinki, alegando que tener que escoger entre el pleno reconocimiento de su género o la conservación de su matrimonio violaba sus derechos humanos. Este Tribunal desestimó su petición, al igual que también lo hizo el Tribunal Supremo Administrativo en diversos pronunciamientos. Agotada la vía judicial interna, la demandante decidió dirigir su reclamación ante el TEDH⁹⁷.

3.2 Análisis de la fundamentación jurídica

El análisis que a continuación se emprende se circunscribe a la Sentencia definitiva emitida por la Gran Sala en fecha de 16 de julio de 2014. En ella, la demandante alega la violación de los artículos 8 y 14 del CEDH en la misma línea observada en las decisiones ya traídas a colación, si bien con unas particularidades que hacen necesario un análisis más detallado. Junto con el examen de estos artículos, el Tribunal incluye de oficio la valoración de la posible violación del artículo 12 del CEDH. Así, la principal reclamación de la demandante giraba en torno a la violación de su derecho al respeto a la vida privada y

⁹⁶ *Hämäläinen v. Finlandia* (Gran Sala), § 49.

⁹⁷ *Ibid.*, §§ 13-21.

familiar como consecuencia de que se condicionaba el pleno reconocimiento de su reasignación de género a la transformación de su matrimonio en una unión civil⁹⁸. Con ello, la legislación nacional la estaba forzando a escoger entre dos derechos garantizados en el Convenio: su derecho a la autodeterminación sexual, protegido por el derecho al respeto a la vida privada, y su derecho a permanecer casada, protegido por el derecho al respeto a la vida familiar⁹⁹.

Su petición no era, por tanto, extender genéricamente el derecho a contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo, sino que se circunscribía a que se le permitiera conservar su matrimonio preexistente con su esposa, es decir, la preservación de un derecho previamente adquirido. Dicho matrimonio se había prolongado ya durante 17 años con un alto grado de compromiso mutuo y no estaban dispuestas a renunciar a él bajo ninguna circunstancia, pues lo habían contraído con base en sus fuertes creencias religiosas y con la convicción de que duraría para siempre. Entendía que permitir este tipo de matrimonios no podía decirse que afectara a la heteronormatividad del matrimonio, ya que se trataba de casos aislados e infrecuentes. Asimismo, la demandante también mostró su preocupación por la posible afectación de sus derechos sobre la hija en común como consecuencia de la conversión de su matrimonio en una pareja de hecho. Por otra parte, la demandante también alegó que, al tratarse de una faceta particularmente importante de su propia existencia e identidad, el margen de apreciación concedido a los Estados debía estrecharse¹⁰⁰.

En primer lugar, el TEDH, tras admitir que la controversia se situaba dentro del ámbito de aplicación del derecho al respeto a la vida privada y familiar¹⁰¹, centró su análisis del fondo en torno a las obligaciones positivas que recaen sobre los Estados parte al amparo del artículo 8 del Convenio, en concreto, en torno a si dicho precepto imponía una obligación positiva sobre el Estado para que proporcionara un procedimiento efectivo y accesible que permitiera a la demandante obtener el pleno reconocimiento legal de su identidad de género, al tiempo que permanecía casada¹⁰². Para dar respuesta a esta cuestión, el TEDH afirmó que debía verificarse si el Estado había ponderado adecuadamente los intereses en juego, esto es, por una parte, el derecho de la de-

⁹⁸ KORKIAMÄKI, Iina Sofia, «Legal Gender Recognition...», cit., p. 37.

⁹⁹ GONZÁLEZ SALZBER, Damián A, «Confirming (the Illusion of) Heterosexual Marriage...», cit., p. 177.

¹⁰⁰ *Hämäläinen v. Finlandia* (Gran Sala), §§ 41-48.

¹⁰¹ *Ibid.*, § 60.

¹⁰² *Ibid.*, § 64.

mandante al respeto a su vida privada y familiar y, por otra, el interés del Estado en mantener la heterosexualidad del matrimonio¹⁰³.

En el cumplimiento de sus obligaciones positivas bajo este precepto, los Estados gozan de un determinado margen de apreciación, que podrá extenderse o reducirse en función de una serie de factores. Así, el Tribunal reconoce que cuando la problemática afecta a una faceta particularmente importante de la existencia o identidad de un individuo, como ocurre en este caso, el margen otorgado a favor de las autoridades nacionales queda reducido. No obstante, el margen se ensancha cuando no hay consenso en la materia, como también sucede en este determinado caso¹⁰⁴. Y es que, si bien desde la Sentencia *Goodwin*, los Estados parte vienen requeridos a reconocer las transiciones de género a todos los efectos legales¹⁰⁵, no ocurre lo mismo con respecto al reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, que no encuentra la protección del Convenio. Por ello, el Tribunal, concediendo mayor peso a la falta de consenso europeo a este respecto que a la concurrencia de aspectos relevantes para la existencia o identidad de la demandante, reitera en esta Sentencia su doctrina ya asentada a partir del caso *Schalk and Kopf* y confirma que el artículo 8 no impone una obligación positiva sobre los Estados de otorgar acceso al matrimonio a parejas del mismo sexo, sino que ello recae dentro de su respectivo margen de apreciación¹⁰⁶.

En la valoración del sistema nacional finlandés, el TEDH considera que aquel da respuesta a las exigencias de la demandante, al proporcionarle diversas alternativas a las que puede acogerse. Así, en primer lugar, nada le impediría mantener su situación actual, permaneciendo casada y con un identificador de género masculino. En segundo lugar, si la demandante quisiera obtener el reconocimiento legal de su reasignación de género y, al mismo tiempo, que su relación con su esposa siguiera estando protegida legalmente, podría convertir su matrimonio en una unión de hecho con el consentimiento de la otra parte. Por último, si su esposa no otorgase su consentimiento para ello, siempre tendría la opción de disolver su matrimonio para poder culminar el proceso de reconocimiento legal de su transición, lo que el Tribunal entiende que es una

¹⁰³ GONZÁLEZ SALZBER, Damián A, «Confirming (the Illusion of) Heterosexual Marriage...», cit., p. 178.

¹⁰⁴ *Hämäläinen v. Finlandia* (Gran Sala), § 67.

¹⁰⁵ *Ibid.*, § 68.

¹⁰⁶ *Ibid.*, § 71. *Vid.*, también, CHASSIN, Catherine-Amélie, «Heurs et malheurs du mariage des transsexuels (obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Chr., arrêt *Hämäläinen c. Finlande*, 16 juillet 2014)», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, año 26, núm. 102, 2015, p. 476.

opción supeditada al principio de la autonomía de la voluntad de las partes que no implica que la demandante deba divorciarse forzosamente¹⁰⁷.

La Corte entiende que la opción que mejor se ajusta a la petición de la demandante, en tanto permite el reconocimiento legal de su transición de género y también protege legalmente su relación con su actual esposa, es la segunda. De hecho, Finlandia era uno de los pocos Estados parte que preveía un marco normativo diseñado para proporcionar reconocimiento legal a la reasignación de género. Por medio de él, las autoridades nacionales habían optado por reservar el matrimonio a las parejas heterosexuales, sin excepciones, de manera que la vía de las uniones de hecho se abría para las parejas del mismo sexo, lo que tampoco admitía excepciones. En la medida en que una unión de hecho entrañaba casi los mismos derechos y deberes que un matrimonio, la pareja no perdería ningún derecho al convertir su matrimonio en este tipo de unión. En consecuencia, el Tribunal entendió que, mediante este sistema, Finlandia había logrado equilibrar, de manera justa y proporcional, los intereses enfrentados, por lo que no se había producido una violación del artículo 8 del CEDH¹⁰⁸.

En relación con la posible violación del artículo 12 del CEDH, que la demandante no había alegado expresamente en su demanda, no se entiende cómo el Tribunal decide incluirla de oficio en su análisis del fondo para considerar posteriormente que no cabe realizar ninguna valoración separada en virtud de este artículo, aduciendo que no plantea una cuestión distinta de la ya comentada a propósito del artículo 8 del Convenio. Aprovecha, no obstante, para reiterar que el artículo 12 prevé la regulación del matrimonio por medio de la legislación nacional de cada Estado y que consagra el concepto tradicional de matrimonio entre un hombre y una mujer, de manera que no impone ninguna obligación sobre los Estados parte para otorgar acceso al matrimonio a parejas del mismo sexo¹⁰⁹.

Por último, la Corte entra a analizar la alegada violación del artículo 14 del CEDH en conjunción con los artículos 8 y 12. La demandante había centrado su reclamación a este respecto en torno a dos alegaciones principales. En primer lugar, consideraba que se le estaba discriminando respecto de las personas cisgénero, debido a que a ella se le exigía un requisito adicional, como lo era la disolución de su matrimonio, para poder obtener el reconocimiento legal de su género, mientras que las personas cisgénero obtenían el reconocimiento automático de su género al nacer. Por otra parte, también consideraba que su familia había recibido menos protección que una familia heteronormativa como

¹⁰⁷ *Hämäläinen v. Finlandia* (Gran Sala), §§ 76-78.

¹⁰⁸ *Ibid.*, §§ 79-89.

¹⁰⁹ *Ibid.*, §§ 96-97.

consecuencia de estereotipos asociados con la identidad de género de la demandante. A este respecto, el TEDH entiende que la situación de la demandante no es lo suficientemente similar a la de las personas cisgénero como para poder establecerse una comparación válida entre ambas realidades, de manera que no se aprecia la violación del artículo 14 del CEDH¹¹⁰.

3.3 Votos particulares

Es especialmente relevante el análisis de los votos particulares a esta Sentencia, debido a que se centran en aspectos pasados por alto por la mayoría de los jueces en aquella y que podrían haber influido en el desenlace del presente caso. El primero de ellos es un voto concurrente del Juez Ziemele, quien, si bien votó junto con la mayoría, reflexiona acerca de la metodología empleada para alcanzar el resultado final, señalando que, en la medida en que la verdadera tarea de la Corte en este caso era la evaluación de una posible interferencia en la privacidad de la demandante, debería haber seguido la metodología empleada por los jueces disidentes, aunque para alcanzar un resultado distinto al de estos últimos¹¹¹. Y es que tres Jueces de la Gran Sala –Sajó, Keller y Lemmens– emitieron un voto conjunto disidente, al encontrar una violación de los 3 preceptos analizados. Centrarón su voto particular en la efectiva violación del artículo 8 del CEDH, indicando, al mismo tiempo, que consideraban que el caso también debería haber sido tratado de manera diferente en relación con los artículos 12 y 14 del Convenio. En concreto, los tres Jueces consideran que la mayoría basó su razonamiento en tres consideraciones que no comparten.

En primer lugar, los Jueces disidentes apuntaron también a una cuestión metodológica o doctrinal. Bajo su criterio, la negativa de las autoridades nacionales a modificar el número de identificación de la demandante para que se mostrara acorde a su identidad de género debería haber sido examinada como un potencial incumplimiento de una obligación negativa del Estado finés, de manera que lo que se habría cuestionado es si se había producido una interferencia negativa ilegítima por parte del Estado demandando con respecto a los derechos convencionales de la demandante y, por ende, una violación del artículo 8 del CEDH, como consecuencia de la ausencia de reconocimiento legal de la realidad social de la demandante y su esposa como pareja casada¹¹².

¹¹⁰ *Ibid.*, §§ 104-113.

¹¹¹ *Ibid.*, Voto concurrente del Juez Ziemele, §§ 1-4.

¹¹² D'AMICO, Marilisa, y NARDOCCI, Costanza, «LGBT Rights and the Way Forward: The Evolution of the Case Law of the ECtHR in relation to Transgender Individuals' Identity», *ERA*

En esta línea, las consecuencias de haber tratado esta cuestión desde la perspectiva de las obligaciones negativas de los Estados parte, en lugar de haberla abordado desde la óptica de las obligaciones positivas, podrían haber sido altamente significativas, ya que la Corte suele otorgar a los Estados un margen de apreciación más amplio en relación con sus obligaciones positivas, como sucedió en el presente caso¹¹³.

En segundo lugar, se refirieron al margen de apreciación otorgado al Estado para afirmar que la falta de consenso europeo no debería haber sido empleada para ampliar la discrecionalidad estatal, en la medida en que, en este particular supuesto, es un efecto contrario a la jurisprudencia anterior del propio Tribunal. Ello debido a que la ausencia de consenso, como ya se había apuntado, no es el único factor a tomar en consideración para modular el margen de apreciación estatal, sino que este recurso de la Corte debe restringirse cuando esté en juego una faceta particularmente importante de la existencia o identidad de una persona, lo que efectivamente sucedía en el presente caso. Por ello, consideran que el margen de apreciación en este caso era limitado y que la falta de consenso no debió ser utilizada para ampliarlo indebidamente¹¹⁴.

Por último, los jueces disidentes resaltan la relevancia de las profundas creencias religiosas de la demandante y su esposa, que no fueron suficientemente tenidas en cuenta por la mayoría del Tribunal. En contra de la opinión mayoritaria, consideran que a la demandante no se le estaba proporcionando una opción real entre mantener su matrimonio y obtener un número de identidad femenino, por cuanto creía firmemente que su matrimonio debía permanecer unido, lo que en este caso impedía la obtención de dicha identificación femenina. Por ello, se la estaba situando en una disyuntiva de imposible solución para ella, ya que la demandante y su esposa «no podían simplemente convertir su matrimonio en una unión civil, pues ello iría en contra de sus creencias religiosas»¹¹⁵.

En su particular examen de la posible violación del artículo 8 del CEDH, analizaron los hechos con base en cuatro niveles de protección, al igual que lo había hecho la Sala en la primera Sentencia recaída en este caso bajo la jurisdicción del TEDH. Así, apreciaron, primeramente, una interferencia en los derechos de la demandante que había sido establecida por ley, por lo que se habían cumplido los dos primeros requisitos para estimar una posible violación

Forum, vol. 17, 2016, p. 196.

¹¹³ *Hämäläinen v. Finlandia* (Gran Sala), Voto conjunto disidente de los Jueces Sajó, Keller y Lemmens, § 4.

¹¹⁴ *Ibid.*, § 5.

¹¹⁵ *Ibid.*, § 6.

del mencionado precepto. En relación con la existencia o no de un fin legítimo perseguido por el Estado para limitar los derechos de la demandante, observaron que el fundamento de esta injerencia estatal radicaba en proteger el matrimonio en su sentido tradicional, reservándolo legalmente a las parejas heterosexuales, todo lo cual se escudaba tras la protección de la moral pública; único límite aplicable al presente caso. No obstante, los Jueces disidentes consideraron que, en este supuesto, la protección de la moral pública no proporcionaba una justificación suficiente para restringir los derechos de la solicitante, en la medida en que no respondía a una necesidad social imperiosa y, en consecuencia, no era necesaria en una sociedad democrática. En su opinión, no se pondría en peligro la institución tradicional del matrimonio por un reducido número de parejas que desearan continuar casadas en circunstancias similares a las de la demandante. Por todo lo anterior, sí que detectaron una violación del artículo 8 del CEDH¹¹⁶.

En relación con el derecho a contraer matrimonio, al haber concluido que sí que se había violado el artículo 8, no consideraron que tuvieran que examinar el artículo 12 como una cuestión separada. No obstante, señalaron que la mayoría debería haber entrado a valorar si el derecho protegido por el artículo 12 lo es simplemente a acceder a la institución del matrimonio, es decir, a contraer matrimonio, o también protege el derecho a permanecer en matrimonio. En este sentido, los Jueces disidentes no consideran que la reasignación de género de uno de los cónyuges sea una razón suficiente para justificar la disolución de un matrimonio válidamente contraído y en cuyo seno ambos cónyuges desean permanecer¹¹⁷.

Por último, el voto particular entra a analizar el artículo 14 del CEDH y observa que la demandante y su esposa sí que fueron víctimas de discriminación, pero no respecto de las personas cisgénero, como ellas alegaron en su demanda, sino que la clave a este respecto reside en que el Estado, al no lograr diferenciar entre la situación de la demandante y la de una pareja homosexual, simplificó de manera excesiva su situación y no introdujo excepciones a la regla general de la heteronormatividad del matrimonio, lo que redundó en un trato discriminatorio hacia la demandante y su esposa¹¹⁸. En definitiva, la conclusión a la que llegan los Jueces disidentes es que el objetivo legítimo de proteger el concepto tradicional de matrimonio no se vería comprometido si a las personas

¹¹⁶ *Ibid.*, §§ 8-14.

¹¹⁷ *Ibid.*, §§ 15-16.

¹¹⁸ *Ibid.*, §§ 17-20.

en una situación análoga a la de la demandante se les permitiera permanecer casadas tras su reasignación de género¹¹⁹.

3.4 Valoración crítica del fallo a la luz del derecho de libertad religiosa y del principio de igualdad y no discriminación

El pronunciamiento del TEDH que acaba de exponerse supuso una gran decepción y un claro revés en materia de derechos del colectivo LGTBI para muchos de sus firmes defensores, quienes esperaban que, tras la Sentencia recaída en el caso *Schalk and Kopf*, en la que se vislumbraba un posible cambio de paradigma, la evolución jurisprudencial del TEDH en la materia se vería rápidamente impulsada por el acelerado cambio que ya se estaba percibiendo en la actitud de la sociedad con respecto al matrimonio igualitario¹²⁰. Y es que, en realidad, la verdadera clave de este caso, conforme lo ha configurado el Tribunal de Estrasburgo, no gira en torno al pleno reconocimiento de una reasignación de género a todos los efectos legales, lo cual se vio claramente superado por aquél desde su relativamente temprana Sentencia en el caso *Goodwin*; sino que el problema radicaba en que, precisamente por afirmarse con rotundidad que el reconocimiento legal de un cambio de sexo lo es a todos los efectos legales, en las concretas circunstancias del presente caso, esto daba como resultado que el matrimonio entre la demandante y su esposa pasase a considerarse entre dos personas del mismo sexo, prohibido con base en la legislación doméstica. Y ese es un límite que el Tribunal todavía no ha decidido traspasar, ni aun en fechas actuales.

Así, escudándose tras el tan ampliamente criticado margen de apreciación, la mayoría del Tribunal no supo distinguir entre un matrimonio igualitario al uso y las particulares circunstancias del caso que se sometía a su jurisdicción, en el que la demandante lo único que solicitaba era que su matrimonio se viera respetado. Con ello, no pretendemos transmitir la idea de que este matrimonio en concreto mereciera mayor protección que un matrimonio entre dos personas del mismo sexo que no reuniese estas características, sino simplemente destacar que este concreto caso no se dirigía a conseguir el reconocimiento del matrimonio igualitario al amparo del CEDH –lo que quizá podría haberse tildado

¹¹⁹ *Ibid.*, § 21.

¹²⁰ DUNNE, Peter, «Marriage Dissolution as a Pre-requisite for Legal Gender Recognition», *The Cambridge Law Journal*, vol. 73, núm. 3, 2014, p. 508.

de prematuro y controvertido desde algunos sectores¹²¹; tan solo a obtener el reconocimiento de un derecho previamente adquirido, esto es, la conservación del matrimonio válidamente celebrado entre la demandante y su esposa con anterioridad a su transición de género. En otras palabras, el derecho a que permanecieran casadas.

En este sentido, este caso es un ejemplo más de cómo un uso excesivo del margen de apreciación nacional puede terminar devorando los derechos consagrados en el Convenio¹²². No cabe duda de que el supuesto a enjuiciar abordaba aspectos elementales de la identidad y existencia misma de la demandante. Sin embargo, ello no impidió a la Corte otorgar mayor peso, en su decisión final, a la falta de consenso europeo en materia de matrimonio igualitario, en contra de su propia jurisprudencia al respecto. Y ello a pesar de que, reiteramos, este particular supuesto presentaba unas características singulares que deberían haberse tomado en consideración. Al entrecruzar una vez más su jurisprudencia en torno a los derechos de las parejas homosexuales y los derechos de las personas transexuales, la Corte se mostró incapaz de atender adecuadamente y dar respuesta a las particulares peticiones de la demandante en cuanto mujer transexual, lo que supuso, al mismo tiempo, un palpable fracaso en la protección de los derechos de una minoría¹²³.

Y es que no puede olvidarse que, en el núcleo mismo del principio de igualdad, yace la protección de las minorías respecto del trato arbitrario proporcionado por la mayoría, de manera que, si se otorga a los Estados un amplio margen de apreciación por ausencia de consenso de la mayoría en torno a una cuestión estrechamente vinculada con los derechos de una minoría, ¿acaso no se estaría comprometiendo la idea esencial de la cláusula de no discriminación prevista en el Convenio?¹²⁴ En definitiva, coincidimos con los jueces disidentes cuando afirman que la diferencia de trato recibida por la demandante en este caso debería haber sido considerada discriminatoria y, por tanto, contraria al

¹²¹ Cabe recordar que, a la fecha de la Sentencia, solo diez Estados europeos –Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Islandia, Noruega, Países Bajos, Portugal, Reino Unido y Suecia– permitían el matrimonio entre personas del mismo sexo (*vid. Hämäläinen v. Finlandia* [Gran Sala], § 31).

¹²² Al respecto, *vid. REGUART SEGARRA, Núria y CAMARERO SUÁREZ, Victoria*, «Freedom of Thought, Conscience and Religion Under the European Convention...», cit., pp. 39-46.

¹²³ D'AMICO, Marilisa, y NARDOCCI, Costanza, «LGBT Rights and the Way Forward...», cit., p. 199.

¹²⁴ KORKIAMÄKI, Iina Sofía, «Legal Gender Recognition...», cit., p. 26. Al respecto, la autora señala que justificar la diferencia de trato en el hecho de que la identidad de género es una cuestión ampliamente debatida en los Estados europeos va en contra del núcleo de la cláusula de no discriminación, al implicar que, cuando ciertas características personales de algunos ciudadanos dividen la visión de la mayoría, el Estado tiene el legítimo derecho de tratarlos de manera diferente (*ibid.*, p. 41).

artículo 14 del Convenio, por cuanto la medida impuesta sobre ella era excesiva para conseguir el fin perseguido –esto es, dejar en manos de las autoridades nacionales la decisión en torno a proteger o no la tradicional heteronormatividad del matrimonio–, al tiempo que rebasaba el requisito de proporcionalidad exigido por la Corte en su jurisprudencia¹²⁵.

Se trata, por tanto, de una oportunidad desaprovechada por el TEDH para avanzar en el reconocimiento de derechos a favor de las personas transexuales en concordancia con la propia evolución social. Para poder gozar plena y efectivamente de sus derechos, la demandante tendría que esperar más de 10 años tras su reasignación de género hasta la entrada en vigor de la Ley de Matrimonio de Género Neutral en 2017¹²⁶; cuyo Proyecto de Ley fue aprobado por el Parlamento finés el 12 de diciembre de 2014, es decir, tan solo 5 meses después del pronunciamiento del TEDH en el caso que aquí se analiza. Quizá eso sí debiera considerarse una interferencia no justificada en una sociedad democrática del siglo XXI; una interferencia avalada por el TEDH, que se nutre de su naturaleza subsidiaria¹²⁷ para permitir a los Estados que regulen discrecionalmente materias controvertidas, incluso cuando afectan directamente a la existencia e identidad de personas pertenecientes a un colectivo minoritario. Una vez más, los límites del margen de apreciación se muestran fluidos¹²⁸ para poder ser moldeados conforme se considere oportuno, lo que inevitablemente contribuye a incrementar la inseguridad jurídica en la protección de los derechos humanos en Europa.

Más allá de lo anterior, no debe perderse de vista que la razón fundamental que se esconde tras la firme determinación de la demandante de luchar por la preservación de su matrimonio es algo que solo los jueces disidentes fueron capaces de valorar debidamente. Por ello, la valoración crítica del fallo que aquí acometemos también debe realizarse a la luz de un derecho humano cuya relevancia en el presente caso fue pasada por alto por la mayoría de la Gran Sala, que no es otro que el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión consagrado en el artículo 9 del Convenio. Como ya se ha señalado, la demandante y su esposa, como consecuencia de sus profundas creencias religio-

¹²⁵ Véase, SSTEDH *Darby v. Suecia*, de 24 de septiembre de 1990 (núm. 11581/85); *Oršuš y otros v. Croacia*, de 16 de marzo de 2010 (núm. 15766/03), entre otras.

¹²⁶ Ley núm. 156/2015, de 20 de febrero, para la modificación de la Ley de matrimonio (*Lag om ändring av äktenskapslagen*).

¹²⁷ STEDH *Handyside v. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976 (núm. 5493/72), § 48.

¹²⁸ CAMARERO SUÁREZ, Victoria, y ZAMORA CABOT, Francisco Javier, «La Sentencia del TEDH en el caso S.A.S. c. Francia: un análisis crítico», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 37, 2015, p. 30.

sas, contrajeron matrimonio evangélico luterano¹²⁹ con la convicción de que duraría para siempre. Por ello, también coincidimos con los jueces disidentes cuando señalan que a la demandante no se le estaba proporcionando una alternativa real entre conservar su matrimonio y obtener un número de identificación femenino. En la medida en que lo segundo implicaba la disolución forzosa de su matrimonio y su necesaria conversión en una unión civil, no se trataba de una opción válida para la demandante, cuyas creencias religiosas, amparadas por el artículo 9 del CEDH, la exhortaban a continuar con su matrimonio, a pesar de las indeseadas consecuencias para el pleno reconocimiento de su transición de género y, como resultado de ello, para el desarrollo habitual de su vida cotidiana.

Ante esta situación, cabe preguntarse por qué la mayoría de la Gran Sala no supo apreciar la centralidad de unas creencias serias, firmes, coherentes e importantes¹³⁰ en la vida de la demandante y, en consonancia con ello, otorgarles la necesaria protección del Convenio. Sirviéndose del principio *iura novit curia*¹³¹, el TEDH sí decidió entrar a valorar si se había producido la violación del derecho a contraer matrimonio previsto en el artículo 12 del CEDH, de manera que el hecho de que la demandante no lo hubiera alegado en su escrito no impidió al Tribunal incluirlo en el análisis del fondo del asunto. Lo mismo debería haber ocurrido con la libertad de creencias consagrada en el artículo 9 del Convenio, en la medida en que el factor religioso era determinante en la

¹²⁹ Para interesantes apuntes en torno a la doctrina de esta confesión religiosa sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo, véase MIKKOLA, Sini, «Luther, Same-Sex Marriage, and the Evangelical-Lutheran Church of Finland: A Gender-Sensitive Historical Analysis», *Religions*, vol. 11, núm. 1, 2020, pp. 1-14. A este respecto, debe señalarse que, en marzo de 2024, la Conferencia Episcopal de la Iglesia Evangélica Luterana de Finlandia aprobó una disposición de compromiso en virtud de la cual el matrimonio se definiría tanto entre un hombre y una mujer como entre dos personas. Si queda definitivamente aprobada por el Sínodo General, la medida permitiría que ministros de culto de esta confesión pudieran celebrar matrimonios religiosos entre personas del mismo sexo (véase el Comunicado emitido por la Conferencia Episcopal el 10 de abril de 2024, disponible en: <https://evl.fi/plus/wp-content/uploads/sites/3/2024/04/Bishops-Conference-of-the-ELCF-proposes-a-model-of-two-parallel-concepts-of-marriage.pdf> [fecha consulta: 17/10/2024]). En relación con la doctrina católica en torno al matrimonio igualitario y los desafíos que este supone, *vid.* CARRERAS, Joan, «El principio de atingencia, el matrimonio igualitario y el ordenamiento jurídico canónico», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 63, 2023, pp. 1-44.

¹³⁰ Al respecto, véase *SSTEDH Campbell and Cosans v. Reino Unido*, de 25 de febrero de 1982 (núm. 7511/76 y 7743/76), § 36; *Eweida y otros v. Reino Unido*, de 15 de enero de 2013 (núm. 48420/10, 59842/10, 51671/10 y 36516/10), § 81; *Antigua Asociación Religiosa del Báltico Romuva v. Lituania*, de 8 de junio de 2021 (núm. 48329/19), § 125.

¹³¹ Un exhaustivo análisis en torno al uso de este principio por el TEDH puede verse en: MÖSCHEL, Mathias, «Jura Novit Curia and the European Court of Human Rights», *European Journal of International Law*, vol. 33, núm. 2, 2022, pp. 631-650.

reclamación de la demandante y, por ende, poseía virtualidad suficiente como para haber reforzado su demanda.

Si bien se ha apuntado por algunos autores que hacer descansar todo el peso del pronunciamiento en este argumento podría ir en detrimento de aquellas parejas que adolezcan de creencias de carácter religioso¹³², partimos de una visión amplia de la libertad de pensamiento, conciencia y religión que salvaguarda todas aquellas creencias que representan la norma suprema de comportamiento de las personas¹³³. En efecto, el TEDH ha desarrollado, en su jurisprudencia, una noción amplia e inclusiva de las creencias y convicciones amparadas por el artículo 9 del Convenio¹³⁴, que protege, con el mismo grado de intensidad, las creencias religiosas e irreligiosas¹³⁵. Desde su primera decisión en torno a este precepto, el Alto Tribunal ha venido reiterando que la libertad de pensamiento, conciencia y religión constituye una de las bases de una sociedad democrática en el sentido del Convenio. No solo figura entre los elementos más esenciales de la identidad de los creyentes y de su concepción de la vida, sino que también representa un bien preciado para ateos, agnósticos, escépticos e indiferentes¹³⁶, en la medida en que protege creencias teístas, no teístas y ateas, junto con el derecho de no profesar creencia o convicción alguna¹³⁷. Por ello, siempre que esas creencias sean congruentes e importantes y se encuentren firmemente arraigadas en las personas que reivindican el efectivo goce y disfrute de sus derechos humanos, deberán recibir la protección del

¹³² GONZÁLEZ SALZBER, Damián A, «Confirming (the Illusion of) Heterosexual Marriage...», cit., p. 183.

¹³³ MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, «El objeto de estudio del derecho eclesiástico», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 11, 1995, p. 243.

¹³⁴ EVANS, Carolyn, «Pre-Kokkinakis case law of the European Court of Human Rights: foreshadowing the future», en TEMPERMAN, Jeroen, GUNN, T. Jeremy y EVANS, Malcolm (eds.), *The European Court of Human Rights and the freedom of religion or belief: the 25 years since Kokkinakis*, Brill, Leiden, 2019, p. 15. Al respecto, véase, también, REGUART SEGARRA, Núria, *La libertad religiosa de los pueblos indígenas. Estudio normativo y jurisprudencial de su relevancia en la lucha por sus tierras*, Tirant lo Blanch, València, 2021, pp. 108-109; 272-273.

¹³⁵ STEDH *Leela Förderkreis E.V. y otros v. Alemania*, de 6 de noviembre de 2008 (núm. 58911/00), § 81.

¹³⁶ STEDH *Kokkinakis v. Grecia*, de 25 de mayo de 1993 (núm. 14307/88), § 31. Acerca del riesgo inherente a seguir invocando este extracto de la Sentencia referenciada sin otorgarle un significado más preciso, véase EVANS, Malcolm, «The freedom of religion or belief in the European Convention on Human Rights since the Kokkinakis case; or “Quoting Kokkinakis”», en TEMPERMAN, Jeroen, GUNN, T. Jeremy y EVANS, Malcolm (eds.), *The European Court of Human Rights...*, cit., pp. 33-54.

¹³⁷ Observación General núm. 22 sobre el art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobada por el Comité de Derechos Humanos de la ONU en su 48.º período de sesiones, celebrado el 20 de julio de 1993 (CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, de 27 de septiembre de 1993), párr. 2.

Convenio. Lamentamos que el TEDH, en esta ocasión, no supiera otorgar a las convicciones religiosas de la demandante el peso real que tenían en su estoica defensa de su derecho a permanecer unida en matrimonio con su esposa, aun tras su reasignación de género¹³⁸.

4. TENDENCIA DEL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO TRAS ESTE CASO CLAVE: ANÁLISIS Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

El Tribunal de Estrasburgo ha seguido desarrollando su jurisprudencia en materia de matrimonio y diversidad afectivo-sexual y de género¹³⁹ tras este caso clave, si bien con cautela, prudencia y también cierta reticencia, de modo que no puede decirse que haya tenido lugar una rápida y notoria evolución en su tratamiento, acorde con la que sí que se está advirtiendo tanto en el plano social como en el terreno político de cada vez un mayor número de Estados miembros del Consejo de Europa, como seguidamente se verá. El área donde se ha constatado un mayor avance es la relativa a las uniones civiles entre personas del mismo sexo. Partiendo de un primer acercamiento a esta cuestión en el anteriormente comentado caso *Vallianatos*, en el que el TEDH ya aludió al creciente consenso europeo en torno a brindar algún tipo de protección legal para las parejas del mismo sexo¹⁴⁰, este alto órgano ha tenido la oportunidad de consolidar esta línea jurisprudencial incipiente en resoluciones posteriores que se proyectan hasta la actualidad.

En primer lugar, destacamos el tímido, pero contundente, pronunciamiento recaído en el caso *Oliari v. Italia*¹⁴¹, en el que el TEDH estableció que el Estado demandado había violado el artículo 8 del CEDH al no proporcionar

¹³⁸ Reflexiones presentadas en el XI Simposio Internacional de Derecho Concordatario, *Desafíos del matrimonio religioso y globalización*, celebrado en la Universitat de València del 5 al 7 de junio de 2024, con la comunicación «Matrimonio religioso y transexualidad: aproximación a su tratamiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos».

¹³⁹ Para un análisis de la evolución de la jurisprudencia de Estrasburgo tras *Hämäläinen* en relación con el reconocimiento legal de la reasignación de género, más allá de su incidencia en materia de derecho a contraer matrimonio, *vid.* HOLZER, Lena, «Legal Gender Recognition in Times of Change...», *cit.*, pp. 175-178; D'AMICO, Marilisa, y NARDOCCI, Costanza, «LGBT Rights and the Way Forward...», *cit.*, p. 201. Véase, también, CERVILLA GARZÓN, M.^a Dolores, «La transexualidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: apuntes sobre una evolución», *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 30, 2021, pp. 21-44.

¹⁴⁰ *Vallianatos y otros v. Grecia*, § 91.

¹⁴¹ STEDH *Oliari y otros v. Italia*, de 21 de julio de 2015 (núm. 18766/11 y 36030/11).

ningún tipo de protección legal a las parejas del mismo sexo. Lo tildamos de tímido debido a que, en este caso, el TEDH no basó su pronunciamiento en el creciente consenso europeo, sino en cuestiones puramente nacionales, de manera que lo que decidió fue que, a la vista de las particulares circunstancias concurrentes en el presente caso en el marco del ordenamiento jurídico italiano, el Estado demandado había incumplido con sus obligaciones positivas bajo el artículo 8 del Convenio, entre las que se encontraba la protección legal de las parejas del mismo sexo. La influencia de la Sentencia *Schalk and Kopf*, en la que el TEDH reconoció que las relaciones entre personas del mismo sexo debían naturalmente incluirse en el concepto de vida familiar a los efectos del artículo 8 del Convenio, es, por tanto, más que evidente¹⁴².

El TEDH basó, principalmente, su decisión en el caso *Oliari* en dos aspectos clave: por una parte, la patente discordancia entre la realidad social y el derecho en Italia, donde las parejas del mismo sexo podían vivir como tales libre y abiertamente; por otra, la incoherencia entre la práctica judicial y la administrativa en este concreto ordenamiento jurídico. Y es que tanto el Tribunal de Casación como el Tribunal Constitucional en Italia se habían pronunciado a favor de la protección legal de las parejas del mismo sexo; una medida que sin embargo estaba siendo paralizada por el Parlamento¹⁴³. Todo lo anterior motivó la resolución del TEDH, si bien se aprecia cómo se circunscribe muy estrechamente al caso italiano. Lo que pudiera decidir este Alto Tribunal con respecto a otras jurisdicciones es algo que solo con el tiempo se ha podido vislumbrar.

Tan solo un año más tarde de la Sentencia comentada, el TEDH se pronunció en el caso *Chapin and Charpentier v. Francia*¹⁴⁴ para reiterar su línea jurisprudencial en torno al matrimonio igualitario, en el sentido de reafirmar que los Estados gozaban de un margen de apreciación para valorar si decidían abrir esta institución a las parejas del mismo sexo u optaban por conservar su carácter tradicional, reservándola para parejas heterosexuales. Por ello, y dado el corto lapso de tiempo transcurrido entre este caso y las Sentencias *Schalk and Kopf*, *Hämäläinen* y *Oliari*, decidió que no se había violado el artículo 12 del Convenio¹⁴⁵. Por otra parte, en el análisis de la posible infracción del artículo 8 del CEDH, desempeñó un papel fundamental el hecho de que en Francia estuviera ya vigente un sistema de reconocimiento civil a favor de las parejas del mismo

¹⁴² LIEVENS, Johan y VERBRUGGHE, Nele, «Recognition of Same-Sex Relationships under the ECHR...», cit., p. 106.

¹⁴³ *Oliari y otros v. Italia*, §§ 159-187.

¹⁴⁴ STEDH *Chapin et Charpentier v. Francia*, de 9 de junio de 2016 (núm. 40183/07).

¹⁴⁵ *Ibid.*, §§ 36-40.

sexo, lo que no acontecía en otros de los casos analizados, como *Vallianatos y Oliari*, de manera que el TEDH entendía cumplida la obligación positiva bajo el artículo 8 del Convenio de garantía mínima de un estatus jurídico para estas parejas, aunque fuera alejado de la institución matrimonial¹⁴⁶.

En otro caso presentado contra la República italiana por varias parejas homosexuales, *Orlandi y otros v. Italia*¹⁴⁷, el TEDH tuvo que pronunciarse sobre si un matrimonio entre personas del mismo sexo contraído válidamente en el extranjero debía ser reconocido como tal en el ordenamiento interno. Si bien reiteró su doctrina en torno a la falta de consenso europeo sobre el matrimonio igualitario, con base en la cual el CEDH todavía no amparaba estos matrimonios¹⁴⁸, ni tan siquiera los contraídos fuera del territorio nacional, sí que afirmó que lo mismo no podía decirse respecto de algún tipo de protección legal a favor de estas parejas. De este modo, encontró una violación del artículo 8 del Convenio, en la medida en que Italia no había reconocido estos matrimonios ni tampoco había proporcionado un reconocimiento legal a estas parejas a través de las uniones civiles no matrimoniales¹⁴⁹.

Es evidente que la línea jurisprudencial del TEDH ha ido avanzando paulatinamente en una dirección mucho más igualitaria que pone en el centro los derechos de las parejas LGTBI, lo que se ha visto consolidado más recientemente en el caso *Fedotova v. Rusia*¹⁵⁰, considerado un «verdadero test» para Estrasburgo en esta materia¹⁵¹, cuyos resultados debemos valorar muy positivamente. El caso versa sobre tres parejas del mismo sexo que aspiraban a contraer matrimonio en Rusia¹⁵², cuyo Código de Familia prevé que el matrimonio es una unión voluntaria entre un hombre y una mujer¹⁵³; interpretación también respaldada por su Tribunal Constitucional¹⁵⁴. Ante la jurisdicción de Estrasburgo, los demandantes alegaron la violación de los artículos 8, 12 y 14 del CEDH, si bien se decidió analizar la disputa tan solo al amparo de los artículos 8 y 14,

¹⁴⁶ *Ibid.*, §§ 48-52.

¹⁴⁷ STEDH *Orlandi y otros v. Italia*, de 14 de diciembre de 2017 (núm. 26431/12; 26742/12; 44057/12 y 60088/12).

¹⁴⁸ El uso del adverbio «todavía» al referirse a la falta de protección del matrimonio igualitario en Europa puede entenderse como una insinuación sobre una posible revisión de la cuestión en un futuro (*ibid.*, Voto particular de los Jueces Pejchal y Wojtyczek, § 6).

¹⁴⁹ *Orlandi y otros v. Italia*, §§ 191-211.

¹⁵⁰ STEDH *Fedotova y otros v. Rusia*, de 17 de enero de 2023 (40792/10, 30538/14 y 43439/14).

¹⁵¹ LIEVENS, Johan y VERBRUGGHE, Nele, «Recognition of Same-Sex Relationships under the ECHR...», cit., p. 108.

¹⁵² Un resumen de las circunstancias fácticas puede verse en *Fedotova y otros v. Rusia*, §§ 24-40.

¹⁵³ Art. 1.3 del Código de Familia ruso, en *ibid.*, § 43.

¹⁵⁴ *Ibid.*, §§ 44-45.

tras la decisión del Presidente de la Sección 3.^a de declarar inadmisibile la invocación del artículo 12 por resultar manifiestamente infundada¹⁵⁵. Por ello, la controversia, conforme fue delimitada, se circunscribía a determinar si el CEDH imponía una obligación positiva general de proporcionar a las parejas del mismo sexo alguna forma de reconocimiento legal de su relación¹⁵⁶. Una primera diferencia entre este caso y los ya traídos a colación en esta sección es, por tanto, que no se limita a valorar las circunstancias concurrentes en un determinado ordenamiento jurídico, sino que lo que se analiza es la posible existencia de una obligación positiva general sobre todos los Estados miembros del Consejo de Europa¹⁵⁷.

La Corte alude, en primer lugar, a la tendencia continua hacia el reconocimiento legal y la protección de las parejas del mismo sexo en los Estados parte; una tendencia que ya venía señalando en los casos precedentes analizados y que queda claramente confirmada en este. A la fecha de este pronunciamiento, 30 Estados parte proporcionaban reconocimiento legal a parejas del mismo sexo: 18 Estados parte habían abierto el matrimonio a las parejas del mismo sexo, al tiempo que 12 Estados parte habían introducido formas de reconocimiento alternativas al matrimonio; todo lo cual permitía hablar ya de una tendencia hacia el reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo, ya fuera a través de la institución del matrimonio u otro tipo de unión civil, por cuanto una clara mayoría de Estados parte habían legislado a tal efecto¹⁵⁸. También otros órganos judiciales internacionales habían dado significativos pasos en este sentido; entre ellos, el TEDH destaca, en su análisis del marco normativo internacional y la práctica vigente, la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁵⁹, en la que se requiere a los Estados parte a la Convención Americana de Derechos Humanos que aseguren el acceso a todas las instituciones legales existentes en sus respectivos ordenamientos a las familias compuestas por personas del mismo sexo, con miras a garantizar la protección de sus derechos sin que quepa discriminación alguna respecto de las parejas heterosexuales¹⁶⁰; un pronunciamiento ciertamente contundente y que suprime el margen de apreciación es-

¹⁵⁵ *Ibid.*, § 82.

¹⁵⁶ FEDELE, Giulio, «Milestone or missed opportunity? The ECtHR Grand Chamber judgment in *Fedotova v. Russia* on the legal recognition of same-sex couples» (31 de enero de 2023), <https://www.ejiltalk.org/milestone-or-missed-opportunity-the-ecthr-grand-chamber-judgment-in-fedotova-v-russia-on-the-legal-recognition-of-same-sex-couples/> [fecha de consulta: 18/04/2024].

¹⁵⁷ *Fedotova y otros v. Rusia*, § 153.

¹⁵⁸ *Ibid.*, §§ 171-175.

¹⁵⁹ *Ibid.*, §§ 63-64.

¹⁶⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-24/17, de 24 de noviembre, solicitada por la República de Costa Rica: «Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo».

tatal, también en lo relativo al matrimonio. Todo lo anterior conduce al TEDH a concluir que los Estados miembros están obligados a proporcionar un marco legal que garantice a las parejas del mismo sexo el reconocimiento y protección de su relación¹⁶¹.

En el análisis del margen de apreciación nacional, el TEDH sí que reconoce, en esta Sentencia, que una reclamación de este tipo atañe directamente a facetas particularmente importantes de la identidad personal y social de los demandantes, lo que, unido al creciente consenso europeo, sirve al Alto Tribunal para restringir el margen de apreciación de que gozan las autoridades nacionales a la hora de proporcionar reconocimiento legal a parejas del mismo sexo. No ocurre lo mismo, no obstante, acerca de la concreta vía a través de la cual esto pueda conseguirse, de manera que el régimen legal por medio del que se reconozcan este tipo de relaciones quedará a la libre discrecionalidad de los Estados parte¹⁶².

Establecido todo lo anterior, la Corte entra a valorar si, en las circunstancias concurrentes en este caso, Rusia ha dado cumplimiento a esta obligación positiva. Concluyó que el Estado demandado había violado el artículo 8 del CEDH, ya que no justificó adecuadamente la ausencia de reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo. El Estado demandado había alegado motivos de supuesto interés público como la importancia de la familia tradicional, la percepción negativa que de la homosexualidad tenía la sociedad rusa y la necesidad de proteger a los menores de edad de la promoción de la homosexualidad. El Tribunal consideró que todas estas justificaciones no podían ser aceptadas, puesto que partían de una desaprobación moral general hacia las parejas del mismo sexo en Rusia, lo que no podía ser respaldado por el CEDH. Además, consideró que otorgar reconocimiento legal y protección a parejas del mismo sexo no perjudicaba a familias constituidas de forma tradicional, ni tampoco comprometía su futuro o integridad¹⁶³. Si bien es cierto que esta misma afirmación podría predicarse respecto de los matrimonios entre personas del mismo sexo, el TEDH decide amparar el reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo en sí mismo considerado, sin imponer cuál debe ser la fórmula legal más adecuada para llevarlo a cabo, dejando, así, a la libre disposición de los Estados parte si optan por legalizar el matrimonio igualitario o regulan otras vías de protección.

La relevancia de este pronunciamiento es irrefutable, y ello a pesar de que formalmente Rusia, tras el estallido de la guerra contra Ucrania, ya no se en-

¹⁶¹ *Fedotova y otros v. Rusia*, § 178.

¹⁶² *Ibid.*, §§ 183-190.

¹⁶³ *Ibid.*, §§ 191-225.

cuentre bajo la jurisdicción del TEDH. No obstante, ha impactado en los casos posteriores sometidos a la jurisdicción de Estrasburgo contra Estados como Rumanía¹⁶⁴, Ucrania¹⁶⁵, Bulgaria¹⁶⁶ o Polonia¹⁶⁷, y en todos ellos el TEDH ha aplicado los principios derivados de *Fedotova*, ratificando esta doctrina ya plenamente asentada. Los próximos pasos de este Tribunal no parecen difíciles de predecir. Si, como parece lógico, sigue apostando por el reconocimiento y defensa de los derechos de las personas LGTBI, en consonancia con el creciente consenso político y social en la materia a nivel Europeo, finalmente tendrá que posicionarse sin ambigüedades en torno al matrimonio igualitario, como ya lo ha hecho su homólogo interamericano o también el Tribunal Supremo de los Estados Unidos desde su Sentencia recaída en el caso *Obergefell*¹⁶⁸. Ello, a su vez, podría abrir la puerta a eliminar el requisito de soltería en los procesos de reasignación legal de género, en la medida en que todo matrimonio gozaría del amparo del Convenio, por lo que dejaría de tener relevancia si la transición de género da como resultado un matrimonio entre personas del mismo sexo o de sexo opuesto.

5. CONCLUSIONES

El estudio de la evolución jurisprudencial del TEDH en materia de matrimonio y diversidad afectivo-sexual y de género ha evidenciado un posicionamiento más bien cauteloso por su parte. En efecto, se observa evolución y progreso en el tratamiento de la materia en consonancia con la naturaleza del

¹⁶⁴ STEDH *Buhuceanu y otros v. Rumanía*, de 23 de mayo de 2023 (núm. 20081/19).

¹⁶⁵ STEDH *Maymulakhin y Markiv v. Ucrania*, de 1 de junio de 2023 (núm. 75135/14).

¹⁶⁶ STEDH *Koilova y Babulkova v. Bulgaria*, de 5 de septiembre de 2023 (núm. 40209/20).

¹⁶⁷ STEDH *Przybyszewska y otros v. Polonia*, de 12 de diciembre de 2023 (núm. 11454/17 y 9 más).

¹⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de los EE.UU. en el caso *Obergefell et al. v. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.*, de 26 de junio de 2015 (núm. 14-556). Al respecto, véase DELGADO RAMOS, David, «Obergefell contra Hodges: la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo», *Revista de Derecho Político*, núm. 99, 2017, pp. 325-356; CELADOR ANGÓN, Óscar, «El matrimonio entre personas del mismo sexo. Análisis comparativo de los modelos español y estadounidense», *Laicidad y libertades: escritos jurídicos*, núm. 16, 2016, pp. 45-74; PALOMINO LOZANO, Rafael, «Matrimonio y activismo judicial: un comentario de urgencia a Obergefell v. Hodges», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 39, 2015, pp. 1-17. Vid., también, KAUFMAN, Gayle, y COMPTON, D' Lane, «Attitudes Toward LGBT Marriage and Legal Protections Post-Obergefell», *Sexuality Research and Social Policy*, vol. 18, 2021, pp. 321-330. Para un análisis de cómo el TEDH podría inspirarse en el Tribunal Supremo de los EE.UU. y la Corte Interamericana para reafirmar el matrimonio igualitario, véase WILLEMS, Geoffrey, «Same-Sex Marriage as a Human Right...», cit.

Convenio Europeo como instrumento vivo y dinámico que le atribuyeron sus creadores, la cual precisamente posibilita que este vaya evolucionando al ritmo que lo hace la sociedad y las instituciones. En este sentido, la prudencia que caracteriza al Tribunal de Estrasburgo lo empuja a dejarse llevar por la evolución social, más que abanderarla, lo que puede ser duramente reprobado por algunos sectores, pero que ciertamente obedece y es conforme al principio de subsidiariedad que debe regir sus decisiones. Sin embargo, no puede olvidarse que dicho principio de subsidiariedad no se debe aplicar de manera que llegue a suponer un lastre en el reconocimiento, protección y garantía de los derechos humanos, como lo es el derecho a contraer matrimonio, cuya titularidad corresponde a todas las personas sin que quepa discriminación alguna por razón de su orientación sexual, ni tampoco de sus creencias o convicciones, entre otras.

Si la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y los hombres y las mujeres gozan de iguales derechos en cuanto al matrimonio –*ex art. 16 de la DUDH*–, todas las personas deberían poder acceder a esta institución jurídica en términos de igualdad. De lo contrario, una interpretación restrictiva del derecho a contraer matrimonio podría quebrantar la universalidad de los derechos humanos, al generar una situación de discriminación contra una minoría, en este caso, por razón de su identidad sexual, que no encuentra amparo en el derecho internacional humanitario. Al mismo tiempo, debe partirse de que lo anterior no es incompatible con unas creencias religiosas firmes de quienes desean contraer matrimonio. La íntima conexión entre matrimonio y religión que ha caracterizado el devenir de las sociedades civiles de todas las épocas históricas implica que personas con una identidad sexual no normativa, con base en sus profundas creencias religiosas, también puedan legítimamente aspirar a contraer matrimonio en forma religiosa o a permanecer en él, como se evidencia en el caso estudiado en esta investigación, aunque siempre respetando la autonomía interna de cada confesión. Ello, a su vez, se encuentra salvaguardado por la libertad de pensamiento, conciencia y religión que el Convenio consagra en su artículo 9 y que el TEDH ha venido interpretando de manera amplia e inclusiva. Dicho Convenio contiene todas las herramientas necesarias para que una interpretación evolutiva del mismo pueda dar cabida a avalar el matrimonio entre personas del mismo sexo, en armonía con el creciente consenso político y social en la materia a nivel europeo. Si el TEDH decide hacer uso de ellas para reconocer este derecho es algo que solo el tiempo esclarecerá.

VI

OTROS ESTUDIOS

