

**UNA REVISIÓN DE LA JURISPRUDENCIA  
DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS  
SOBRE LA INTIMIDAD SEXUAL Y LA AUTONOMÍA INDIVIDUAL**

*A REVIEW OF THE CASE-LAW OF THE EUROPEAN COURT  
OF HUMAN RIGHTS ABOUT SEXUAL PRIVACY  
AND INDIVIDUAL AUTONOMY*

VÍCTOR MERINO SANCHO\*  
*Universitat Rovira i Virgili*

Fecha de recepción: 14-7-16  
Fecha de aceptación: 28-2-17

**Resumen:** *En este trabajo se analiza la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al reconocimiento jurídico del cambio de identidad de género. Estos casos se resuelven mediante una interpretación amplia del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que reconoce el derecho a la intimidad y la vida privada. En concreto, se sostiene que la interpretación que el tribunal ha dado al concepto de intimidad no logra que se modifiquen los presupuestos que recluyen estas demandas en el ámbito privado ni las relaciones de desigualdad. Por esta razón, se proponen argumentos susceptibles de garantizar una mayor igualdad que respete las transiciones en la identidad de género a partir de nociones como agencia, autonomía o autodeterminación sexual, sobre las que el propio tribunal se ha pronunciado.*

**Abstract:** *This paper analyzes the case-law of the European Court of Human Rights related to the legal recognition of the changes of gender identity. These cases are solved by a broad interpretation of the article 8 European Convention of Human Rights, in which intimacy and privacy are protected. Particularly, it discusses how the interpretation of intimacy does not change the assumptions*

---

\* Agradezco la lectura y los comentarios a las versiones anteriores de este texto a Mario Ruiz, Pablo Miravet, y los evaluadores de la Revista Derechos y Libertades. Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación “El Tratamiento de la violencia de género en la Administración de Justicia. Implementación y eficacia de la LO 1/2004” (DER2014-55400-R).

*by which these demands are locked within the private sphere, the unequal relations this produces. Therefore, other reasoning is proposed to ensure a more comprehensive equality, which respects transitions of gender identity from notions like agency, autonomy and sexual self-determination, already proposed by the European Court.*

**Palabras clave:** transexualidad, transgenerismo, autonomía individual, autodeterminación, Tribunal Europeo de Derechos Humanos  
**Keywords:** transsexuality, transgender, individual autonomy, self-determination, European Court of Human Rights

## 1. INTRODUCCIÓN

La reivindicación actual de la despatologización de la transexualidad impele al Derecho a reconocer las identidades transgénero mediante la construcción de un lenguaje propio que trascienda el discurso médico. El movimiento que reivindica la tutela de los derechos de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales, intersexuales y *queers* (en adelante, LGTBIQ) orienta sus demandas a excluir la transexualidad del *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (en adelante, DSM), condición todavía catalogada allí como disforia de género, pero también a conseguir que los ordenamientos no exijan la intervención de un médico y/o un psicólogo para dotar de efectos jurídicos a los cambios de identidad de género. A pesar de que la última versión del DSM –la V– aún categoriza la transexualidad como una patología y de que la mayoría de los ordenamientos secundan esta tendencia, existen diversas iniciativas políticas –y ciertos textos normativos de *soft law*– que impulsan un cambio de paradigma tendente a desvincular el reconocimiento jurídico de los cambios de identidad de género y la medicalización.

Dado que en algunas de sus sentencias más conocidas ya han sido esgrimidos argumentos en los que se atisba el posible reconocimiento del derecho de autodeterminación de la identidad de género, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos (en adelante, TEDH) puede jugar un papel relevante para incentivar y consolidar este cambio. Esta jurisprudencia, relativa a las demandas de reconocimiento de los cambios de identidad de las personas transgénero<sup>1</sup>, resuelve los conflictos que surgen tras una transi-

<sup>1</sup> Considerando que la «identidad de género» es la cuestión principal de este trabajo, utilizaré los términos transexualidad y transexual cuando haga referencia expresa a las argumentaciones literales del TEDH. No obstante, y siguiendo la terminología propuesta por

ción en la identidad de género realizada conforme a las previsiones jurídicas de un Estado que no produce efectos plenos. Tales conflictos aparecen, por ejemplo, cuando no se modifica el sexo en todos los documentos registrales o acreditativos de la identidad o en los casos de conflictos con otros derechos –así, en el supuesto en el que uno de los cónyuges decide cambiar su identidad, pero el ordenamiento no permita el matrimonio entre personas del mismo sexo, de modo que el vínculo matrimonial debe disolverse a efectos de reconocer dicha transición–. En casos como el mencionado, el TEDH ha basado sus pronunciamientos en la protección del derecho a la intimidad reconocido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) y ha esgrimido argumentos e interpretaciones que, aun de manera parcial, garantizan su reconocimiento pleno.

En este trabajo propongo una reflexión cuyo principal objeto de análisis son los argumentos e interpretaciones del TEDH en relación con los conceptos de intimidad y autonomía, cuyo fin último es valorar si aquellos son suficientes para afirmar un posible derecho de autodeterminación respecto a la identidad de género.

En primer lugar, sostendré que, con carácter general, los ordenamientos jurídicos han asumido el discurso médico para reconocer efectos a las transiciones y los cambios de identidad de género, de modo que el Derecho no ha creado un lenguaje propio para dar respuesta a estas cuestiones: el análisis diacrónico de los discursos médico y jurídico evidencia que el segundo sigue estrechamente ligado al primero, como así lo demuestra la evolución argumentativa del TEDH.

En segundo lugar, propondré un análisis valorativo del modo en que la jurisprudencia del TEDH ha perfilado la noción de autonomía derivada del derecho a la intimidad, una concepción a mi juicio dependiente de aquella convergencia de discursos que ha hecho prevalecer el margen de apreciación de los Estados sobre los intereses individuales de las personas transgénero. Para llevar a cabo este análisis, tomaré como referencia las sentencias *Christine Goodwin vs. UK* y *Van Kück vs. Germany*. Si la primera declara la prevalencia de los derechos de la demandante sobre el margen de apreciación y comienza a concretar las obligaciones positivas de los Estados al respecto, la segunda retoma la “doctrina Goodwin” para consolidar y ampliar estas

---

Whittle, estimo preferible llamar “transgénero” a las personas disconformes con una identidad diádica de género. S. WHITTLE, “Foreword”, en S. STRYKER AND S. WHITTLE (eds.), *The Transgender Studies Reader* Routledge, New York, 2006, pp. xi – xv.

obligaciones discutiendo un posible derecho de autodeterminación. Este examen exige considerar la forma en la que se ha entendido la intimidad y las razones por las que la protección del artículo 8 del CEDH –o mejor, su interpretación– no contrarrestan suficientemente la ausencia de una respuesta plena de los ordenamientos jurídicos a las demandas de reconocimiento relativas a la identidad de género. Entiendo que ello es así porque el Derecho ha interiorizado la heteronormatividad que tradicionalmente ha servido de base tanto para construir las nociones de sexo, género y sexualidad que subyacen a las identidades como para preservar las relaciones de desigualdad cimentadas en la misma.

Partiendo de los déficits de la jurisprudencia del TEDH –entre ellos, su carácter incompleto y su incoherencia–, la parte propositiva del texto tiene como objetivo principal argumentar que, si se logra combatir y superar los presupuestos arriba mencionados en el tratamiento de los cambios de identidad de género, el Derecho puede transformarse en una herramienta alejada de criterios médicos capaz de reconocer, respetar y brindar una tutela plena a estos cambios bajo el principio de la autodeterminación de los sujetos de conformidad con las recomendaciones de los Principios de Yogyakarta y del Consejo de Europa. Plantearé, en este sentido, la conveniencia, si no la necesidad, de que los ordenamientos adopten los estándares propuestos en estos textos, parámetros que, a mi juicio, propician la consecución de estos objetivos. Por último, sugeriré los lineamientos de un discurso justificatorio orientado a superar los obstáculos conceptuales y presupuestos ideológicos mencionados

## 2. LAS BASES MÉDICAS DEL RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LOS CAMBIOS DE IDENTIDAD: EL PARADIGMA DE GÉNERO

El discurso científico se ha presumido neutral y universal –en especial, tras la consolidación de la racionalidad como criterio de objetividad–, una asunción que ha tendido a encubrir el hecho de que la ciencia también se construye a partir de paradigmas ideológicos<sup>2</sup>. El Derecho, ya se ha apuntado arriba, interiorizó el discurso científico y las nociones de universalidad y objetividad para diseñar las regulaciones orientadas a reconocer y atribuir

---

<sup>2</sup> J. R. SEARLE, *La construcción de la realidad social*, Paidós Básica, Barcelona, 1997, pp. 32 y ss.

efectos jurídicos a las identidades de género<sup>3</sup>. Los cuerpos masculino y femenino se han concebido como los únicos posibles –y siempre complementarios– a partir de rasgos o características *prima facie* exclusivamente naturales. Por una parte, los criterios que conforman nuestra identidad de género han sido la genitalidad primero o los rasgos cromosómicos después; por otra, la reproducción ha sido considerada la razón de ser de la regulación jurídica de las relaciones interpersonales –el matrimonio y la transmisión de bienes mediante la herencia, por ejemplo–. En la actualidad, los discursos científicos reconocen que los rasgos determinantes de la identidad sexual de los seres vivos –en particular, de las personas– son más heterogéneos<sup>4</sup>: criterios cromosómicos, gonadales, morfológicos externos, morfológicos internos, parámetros hormonales, el fenotipo, el sexo asignado, y también el denominado sexo autodeterminado<sup>5</sup>. Sin embargo, esta apertura teórica no ha alterado la forma en la que el Derecho concibe las identidades de género, que sigue anclada el binomio hombre/mujer y sus correspondientes cuerpos sexuados.

Al igual que hicieran antes determinadas corrientes sociológicas y antropológicas<sup>6</sup>, los estudios de género cuestionan que el Derecho se sostenga en el discurso científico por dos motivos. En primer lugar porque, más allá de que se presenten como objetivas y universales, las ciencias transmiten una ideología determinada<sup>7</sup>. En segundo lugar, y en estrecha relación con el argumento anterior, porque la evolución de las ciencias no ha modificado las regulaciones que asumían el dualismo sexuado hombre/mujer como objetivo y universal<sup>8</sup>. Los estudios de género han subrayado que esta interpretación apriorística atribuida a la noción de «sexo» descansa en su carácter pretendidamente natural y objetivo y soslaya, por ello, que semejante inter-

<sup>3</sup> J. BUTLER, *Deshacer el género*, Paidós, Barcelona, 2010, p. 32.

<sup>4</sup> A. FAUSTO-STERLING, *Sexing the body. Gender politics and the construction of sexuality*, Basic books, New York, 2000, p. 8.

<sup>5</sup> M.J. SANTESMASES, “Superfemale: Cromosomas humanos y representaciones del sexo, 1922-1959”, en E. PÉREZ y E. ORTEGA (eds.), *Cartografías del cuerpo. Biopolíticas de la ciencia y la tecnología*, Cátedra Feminismos, Madrid, 2104, pp. (393-421) 395.

<sup>6</sup> D. LE BRETON, *La sociología del cuerpo*, Nueva Visión, Montevideo, 2002, p. 33.

<sup>7</sup> D. HARAWAY, “The Biopolitics of Postmodern Bodies. Determination of Self in Immune System Discourse”, en S. LINDEBAUM and M. LOCK (eds.), *Knowledge, Power & Practice. The Anthropology of Medicine and Everyday Life*. Berkeley: University of California Press, 1993, pp. 364-410, p. 378.

<sup>8</sup> A. HOWSON, “Embodied obligation: the female body and health surveillance”, en S. NETTLETON and J. WATSON (eds.), *The Body in Everyday Life*, Routledge, London, 1998, pp. (218-240) 224 y 225.

pretación instituye y legitima unas relaciones de desigualdad o subordinación que se explican recurriendo al paradigma de género<sup>9</sup>. Sin embargo las nociones de “sexo” y “sexualidad” no son tan diferentes a la de “género”; en realidad, las tres han sido construidas en un marco social e histórico y han tenido efectos políticos concretos<sup>10</sup>. A estas críticas al paradigma dominante se añaden las que apuntan, por una parte, al carácter heteronormativo de las estructuras sociales que definen (y que, a su vez, se basan en) una noción específica de género y, por otra, a las relaciones que aquellas estructuras crean y mantienen. De acuerdo con Butler, cuando se afirma un sistema heteronormativo –es decir, un sistema basado en el carácter supuestamente natural y universal de la heterosexualidad, impuesta como modelo obligatorio– se construye un modelo de identidades diádicas de sexo y género (hombre y mujer) al que se añade un tercer elemento que las complementa: el deseo heterosexual<sup>11</sup>. El determinismo biológico se objetiva todavía más cuando se atribuye a la morfología corporal, la genitalidad y la sexualidad una función esencial: la procreación entendida como finalidad y razón de ser del único comportamiento sexual debido y posible<sup>12</sup>. En el arraigo de esta concepción hallamos las posibles causas de la desigualdad y discriminación por orientación sexual e identidad de género. Conviene detenerse brevemente en esta cuestión.

Como se ha dicho al comienzo de estas páginas, a pesar del origen y el carácter social, político y normativo de la categoría de género y de la pujanza de la campaña por la despatologización de la transexualidad, esta sigue considerándose un trastorno de la identidad de género en el vigente DSM V<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> C. MACKINNON, “Difference and Dominance: On Sex Discrimination”, en A. PHILLIPS (ed.), *Feminism and Politics*, Oxford University Press, Oxford, 1998, pp. 295-313, p. 297; J. BUTLER, *Desdacer el género*, cit. 45 y ss.

<sup>10</sup> M.C. NUSSBAUM, *Sex and Social Justice*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 270.

<sup>11</sup> J. BUTLER, *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, Routledge, New York, 1999, p. 30.

<sup>12</sup> J. WEEKS, *El malestar de la sexualidad. Significados, mitos y sexualidades modernas*, Talasa, Madrid, 1993, pp. 382 y ss.

<sup>13</sup> El DSM es aprobado por la Asociación Americana de Psiquiatría (APA) y ha conocido cinco ediciones desde 1952. En las dos primeras ediciones no aparecía la transexualidad, pero sí la homosexualidad o el travestismo como desviaciones sexuales. La ausencia de la transexualidad pudo deberse al carácter incipiente de los tratamientos endocrinológicos y quirúrgicos. De hecho, hasta 1980 no se incluyó en el DSM III la transexualidad, tras la aprobación, un año antes, de los *Standards of Care for Gender Identity Disorder* (Soc) de la World Professional Association of Transgender Health. Más información en el sitio web oficial de

Si en la edición anterior era categorizada como un desorden de la identidad de género, en esta última se denomina disforia de género y se explica como una incongruencia entre el género asignado a una persona en el momento de nacer por su apariencia sexual y la percepción *personal* que tiene esa persona del sexo al que “pertenece”. La transexualidad, por tanto, se considera todavía una patología o un trastorno que debe ser médicamente diagnosticado y tratado. Buena parte de los ordenamientos jurídicos, entre ellos el español<sup>14</sup>, asumen esta concepción, en la que el reconocimiento de los cambios de identidad se supedita a su acreditación médica.

Este es el reto al que, a mi juicio, se enfrenta el Derecho. Como se ha señalado, el Derecho no ha creado un lenguaje propio a la hora de entender y regular el sexo, el género o la identidad de género porque no se ha desligado de los criterios médicos y/o biológicos para determinar o reconocer efectos jurídicos a las transiciones o cambios de identidad. Sin embargo, el Derecho tiene capacidad para hacerlo<sup>15</sup>, como lo demuestran tanto algunos cambios legislativos recientes como las tendencias jurisprudenciales del TEDH, que ya plantean alternativas sobre las formas de definir y entender nuestros cuerpos y nuestros géneros. En mi opinión, si estos cambios legislativos e interpretativos no se llevan a cabo de modo coherente, se reafirmará el binomio hombre/mujer y la correlación entre cuerpo y género, y seguirá relegando al ámbito privado todo cuanto tiene que ver con nuestro género

---

la APA: <<http://www.dsm5.org/Pages/Default.aspx>>. [Consulta: 19/05/2016.]; E. ORTEGA, C. ROMERO, y R. IBÁÑEZ, “Discurso activista y estatus médico de lo trans: Hacia una reconfiguración de cuidados y diagnósticos”, en *Cartografías del cuerpo. Biopolíticas de la ciencia y la tecnología*, cit., pp. 521-572, pp. 530 y ss.

<sup>14</sup> El reconocimiento de los cambios de identidad de género en las personas transgénero en el ordenamiento jurídico español es un claro ejemplo del modo en que dicho reconocimiento se supedita a criterios médicos. La Ley 3/2007 de rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas reconoce el derecho de las personas transexuales al reconocimiento de su identidad mediante la rectificación registral del sexo cuando no exista una correspondencia de este con la identidad de género del sujeto. Sin embargo, no consigue desligarse del discurso médico, dado que, según la prevé su artículo cuarto, se requiere el correspondiente diagnóstico o prueba de la disforia de género mediante una acreditación médica o psicológica, además de una intervención quirúrgica de reasignación sexual o un tratamiento médico durante dos años si no se ha efectuado dicha intervención.

<sup>15</sup> Así lo expresa el Voto particular del Magistrado Van Dijk en el caso *Sheffield and Horsham vs. UK* en 1998. Al respecto, D. GONZÁLEZ-SALZBERG, “The Accepted Transsexual and the Absent Transgender: A Queer Reading of the Regulation of Sex/Gender by the European Court of Human Rights”, *American University International Law Review*, vol. 29, núm. 14, 2014, pp. 797-829.

y nuestra sexualidad. Por el contrario, si se da respuesta a las demandas de despatologización, los derechos pueden ser un espacio de resistencia frente a las relaciones de poder instauradas por el discurso médico. Volveré sobre ello más adelante.

### 3. MARCO INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS TRANSGÉNERO

La evolución en las ciencias ha comportado un cambio de paradigma en el tratamiento jurídico de la cuestión que nos ocupa al reconocer efectos jurídicos a los cambios en la identidad de género. Sin embargo, el debate sobre la despatologización de la transexualidad ha iniciado una tendencia encaminada a dotar de validez jurídica a la denominada autodesignación. En este sentido, recientemente se han aprobado diversos documentos de *soft law* que recomiendan el reconocimiento de la identidad de género que la persona decida libremente, sin condicionarlo a ningún procedimiento médico previo. A mi juicio, esta orientación conforma la justificación de un posible derecho de autodeterminación de la identidad de género.

#### 3.1. Marco normativo internacional

Tras constatar la persistencia de la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, la Comisión Internacional de Juristas y el Servicio Internacional para los Derechos Humanos formularon en marzo de 2007 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), un conjunto de estándares orientados a la protección de los derechos de los sujetos LGTBIQ<sup>16</sup>. Estos principios aluden a derechos reconocidos en otros textos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos o el Programa de Acción de Viena. Su valor no solo radica en que cada uno de los principios

---

<sup>16</sup> De hecho se trata de un documento firmado por los mecanismos internacionales de protección de derechos del sistema de Naciones Unidas, y no ha sido ratificado por los Estados ni parece que vaya a convertirse en un tratado, aunque los firmantes, algunos de ellos representantes o miembros de órganos y organismos de Naciones Unidas y Relatores especiales pretenden que se convierta en una convención de derechos humanos. Pueden encontrarse en: <http://www.yogyakartaprinciples.org> (último acceso 9 de febrero de 2017).

se dirige a la tutela de los derechos de las personas pertenecientes a estos colectivos, sino también en el hecho de que incorporan de una serie de obligaciones específicas para los Estados. Con respecto a la cuestión que nos ocupa, cabe destacar el principio tercero, cuyo texto es el siguiente:

*“Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. Las personas en toda su diversidad de orientaciones sexuales o identidades de género disfrutarán de capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida. La orientación sexual o identidad de género que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad. Ninguna persona será obligada a someterse a procedimientos médicos, incluyendo la cirugía de reasignación de sexo, la esterilización o la terapia hormonal, como requisito para el reconocimiento legal de su identidad de género”<sup>17</sup>.*

A mi juicio, este es el principio de autodeterminación que pueden y deben asumir los ordenamientos: toda persona debe tener la capacidad de definir para sí misma su orientación o identidad, por lo que nadie ha de someterse a procedimientos médicos para que sea reconocida su identidad. Entre las obligaciones que genera el derecho reconocido en el principio tercero para los Estados figura la obligación de emitir cualquier documento acreditativo de la identidad acorde con la voluntad del sujeto. Junto a la exención del

---

<sup>17</sup> Las obligaciones específicas para los Estados que derivan de este principio son las siguientes: A. Garantizarán que a todas las personas se les confiera capacidad jurídica en asuntos civiles, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, y la oportunidad de ejercer dicha capacidad, incluyendo los derechos, en igualdad de condiciones, a suscribir contratos y a administrar, poseer, adquirir (incluso a través de la herencia), controlar y disfrutar bienes de su propiedad, como también a disponer de estos. B. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para respetar plenamente y reconocer legalmente el derecho de cada persona a la identidad de género que ella defina para sí; C. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias a fin de asegurar que existan procedimientos mediante los cuales todos los documentos de identidad emitidos por el Estado que indican el género o el sexo de una persona –incluyendo certificados de nacimiento, pasaportes, registros electorales y otros– reflejen la identidad de género que la persona defina para sí; D. Velarán por que tales procedimientos sean eficientes, justos y no discriminatorios y que respeten la dignidad y privacidad de la persona interesada; E. Asegurarán que los cambios a los documentos de identidad sean reconocidos en todos aquellos contextos en que las leyes o las políticas requieran la identificación o la desagregación por sexo de las personas; y F. Empezarán programas focalizados cuyo fin sea brindar apoyo social a todas las personas que estén experimentando transición o reasignación de género.

sometimiento a procedimientos médicos –no solo las operaciones quirúrgicas de reasignación sexual, sino también la terapia hormonal–, esta explícita referencia a la disposición y autodeterminación de la identidad (de género) permite construir un modelo jurídico de gestión de la misma nítidamente diferenciado del que propone el que se funda en el discurso médico.

### 3.2. Marco normativo europeo

La Unión Europea y el Consejo de Europa también han dado pasos en la lucha por los derechos de las personas transgénero. El denominado Informe Thomas Hammarberg, elaborado por el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa en 2009, pone de manifiesto que los Principios de Yogyakarta son todavía escasamente respetados por buena parte de los Estados miembros del Consejo. Por su relevancia, cabe destacar las recomendaciones y las propuestas de buenas prácticas que incluye. El informe hace énfasis también en las modificaciones aprobadas en determinados ordenamientos que permiten el reconocimiento de los cambios de identidad con independencia de cualquier procedimiento médico –tal es el caso de Malta– sin dejar de reclamar a los Estados que se garantice el acceso a los servicios públicos de salud para iniciar un cambio de identidad si la persona así lo solicita.

Malta aprobó en 2015 una ley en la que se reconoce el derecho a la autodeterminación de la identidad de género, vinculándolo al libre desarrollo de la personalidad (*ACT No. XI of 2015 for the recognition and registration of the gender of a person and to regulate the effects of such a change, as well as the recognition and protection of the sex characteristics of a person. Malta, 14th April, 2015*). Esta normativa dispone que el reconocimiento del cambio no requiere una operación quirúrgica ni un tratamiento psicológico previos, de suerte que prevalece en todo caso el derecho de autodeterminación. Su peculiaridad estriba tanto en la ausencia de estos requisitos como en el reconocimiento expreso de otras manifestaciones de la identidad vinculadas al género –los códigos verbales y de vestuario, las expresiones conductuales, etc.–. Por otra parte, el acceso a los tratamientos y las operaciones de reasignación sexual siguen considerándose métodos a los que se puede someter la persona que lo decida voluntariamente, ya que la autodeterminación faculta al sujeto para decidir autónomamente el proceso de transformación –incluida la opción de no transformar su cuerpo, pero sí su identidad–. Ciertamente, los procedi-

mientos de cambio no se excluyen del sistema público de salud y la demanda es satisfecha cuando así lo reclama el propio sujeto. Sin embargo, estos significativos progresos no alteran el binomio sexuado hombre/mujer, que son las dos únicas identidades posibles. A Malta le han seguido otros Estados como Argentina, Suecia, Dinamarca o Canadá<sup>18</sup>.

Volviendo al Informe Hammarberg, me interesa destacar el diagnóstico y constatación de la insuficiente protección que recibe el principio de no discriminación por motivos de identidad de género según ha sido entendido hasta ahora en buena parte de los ordenamientos de los Estados miembro del Consejo. En primer lugar, la identidad de género no se reconoce explícitamente como un motivo de prohibición de discriminación en muchos países. En segundo término, la prohibición de discriminación se aplica a supuestos en los que ha habido, hay o habrá un tratamiento quirúrgico de reasignación sexual y no tiene efectos fuera de estos casos, por lo que no puede ser esgrimido por los sujetos transgénero que no inician dicho proceso ni es aplicable a supuestos que no están contemplados de forma expresa. Esto ocurre en el ámbito de las Directivas europeas sobre igualdad y no discriminación, cuyo contenido se reduce al ámbito laboral y al acceso a los servicios públicos. En tercer lugar, la garantía de no discriminación se ciñe con frecuencia al acceso al tratamiento médico-quirúrgico de la transexualidad. Esta limitación parece inscribirse en la concepción de la transexualidad como patología y pone en evidencia que, si los países que los han aprobado asumen con todas sus consecuencias los principios arriba citados, la modificación de los ordenamientos citados para garantizar los derechos de las personas transgénero es perentoria.

Por último, cabe destacar la Resolución 2048 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 2015 sobre la Discriminación contra transgéneros en Europa. Me interesa señalar, por una parte, el cambio de denominación que contiene la resolución –de transexualidad a transgénero– y, por otra, que este texto dé validez a los procesos de autodesignación: en el párrafo 6.2 y sus subepígrafes se recomienda a los Estados miembros garantizar en sus ordenamientos el derecho a la autodeterminación de la identidad en los términos señalados por los Principios de Yogyakarta. Concretamente, el párrafo 6.2.1

---

<sup>18</sup> Sobre el reconocimiento y las condiciones para reconocer efectos jurídicos de las transiciones en la identidad, así como sobre el movimiento por la despatologización, véase la página web de la *International lesbian, gay, bisexual, trans and intersex association* (conocida como ILGA) [www.ilga.org](http://www.ilga.org) (último acceso 8 de febrero de 2017).

exhorta a vincular dicho reconocimiento al principio de autodeterminación, mientras en el 6.2.4 se insta a considerar la posibilidad de incorporar una tercera opción de género en los documentos acreditativos de la identidad a quienes lo soliciten. Esta posibilidad rompe con el binomio sexuado, por lo que debe ser tenida en cuenta a efectos de valorar la jurisprudencia del TEDH. Es muy relevante que, en concordancia con el informe Hammarberg, el Consejo de Europa enfatice esta tendencia legislativa y abogue por que el Derecho se separe de categorías científicas que la biología ya no sostiene.

#### 4. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA IDENTIDAD DE GÉNERO Y SUS TRANSICIONES

Dado que el CEDH no reconoce explícitamente ningún derecho relativo a la autonomía sexual ni hace referencia expresa a los denominados derechos sexuales, las demandas presentadas ante el TEDH que alegan la falta de reconocimiento efectivo de los cambios de identidad de género se resuelven con base en el artículo 8 del Convenio, que reconoce el derecho al respeto de la vida privada y familiar (*right to privacy*). Según la doctrina del tribunal, este derecho comprende el “derecho a que cada uno viva su propia vida con la menor injerencia posible”<sup>19</sup>. La jurisprudencia relativa a estos supuestos –también la referida a las uniones entre personas del mismo sexo– se encuadra en lo que genéricamente el TEDH denomina “intimidad sexual” (*sexual privacy*)<sup>20</sup>. Con esta expresión el tribunal alude a los aspectos concernientes a la sexualidad, la orientación sexual y la identidad de género, cuestiones que el órgano de control del CEDH adscribe al ámbito íntimo y privado. A este respecto, vale la pena señalar que, si bien la inclusión de todos estos temas en la esfera de autonomía del individuo lo protegen de cualquier injerencia contraria a su dignidad, un efecto relevante de este desplazamiento ha sido la “despolitización” de las relaciones, nociones y conductas relacionadas con la sexualidad. Los presupuestos con los que se construye la propia escisión entre las esferas pública y privada excluyen en un primer momento el Derecho y la política de la primera, a pesar de que se trata de dos ámbitos en los que,

<sup>19</sup> J. MARSHALL, *Human Rights Law and Personal Identity*, Routledge, London, 2014, pp. 8 y ss.

<sup>20</sup> P. VAN DIJK y G.J.H. VAN HOOFF, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer Law International, The Hague, 1998, pp. 496 y ss.

de acuerdo con Foucault<sup>21</sup>, las normatividades sociales han desplegado mayores efectos.

Si, como he señalado, los estudios de género desvelan el carácter político y social de las estructuras y relaciones sociales de género, corresponde ahora valorar si el Derecho tiene la capacidad para incorporar las demandas de los sujetos transgénero y proteger sus derechos de un modo efectivo y sin injerencias de terceros. En este sentido, coincido con las críticas que, desde las teorías constructivistas, se realizan al fenómeno jurídico como ámbito de sujeción y sometimiento de estas identidades, pero no comparto la idea, sostenida por este enfoque teórico, de acuerdo con la cual el discurso de los derechos no puede ser un espacio de resistencia frente a aquellas estructuras y relaciones. Creo, por el contrario, que es posible concebirlo como un *locus* desde el que es posible dar una respuesta que recupere el carácter político de las demandas de los sujetos LGTBIQ, que respete la fluidez y borrosidad de las identidades y, sobre todo, que enfrente la discriminación o subordinación que padecen estos colectivos. El examen de la tarea interpretativa del TEDH es un buen banco de pruebas para verificar si el Derecho y los derechos suministran esa respuesta; en buena medida, discernir su jurisprudencia constituye un ejemplo de las tendencias hacia las que, a mi modo de ver, debería orientarse el Derecho.

En las siguientes páginas propongo un análisis de los casos más relevantes resueltos por el TEDH en controversias relativas a la temática que nos ocupa. En primer lugar, explicaré el cambio de criterio llevado a cabo por el tribunal en la consideración de las identidades transgénero. En segundo lugar, me detendré en las implicaciones y consecuencias del hecho de que los efectos del reconocimiento jurídico de los cambios de identidad se adscriban a la intimidación. Finalmente, identificaré los argumentos que posibilitan y tornan plausible la afirmación de un derecho de autodeterminación de la identidad de género. En estos tres tramos, mi argumentación se centrará esencialmente en la sentencia *Goodwin vs. UK* (aunque me refiera solo a Goodwin, no olvidemos que el tribunal hace un pronunciamiento conjunto para éste y el caso *I vs. UK* el 11 de julio de 2002) porque ha comportado un relevante viraje tanto en la concepción de la transexualidad que hasta el dictado de esta resolución había sostenido el TEDH como en la forma en que, desde entonces, el tribunal concibe las obligaciones de los Estados dirigidas a la protección de

---

<sup>21</sup> M. FOUCAULT, *Historia de la sexualidad. Vol. 1. La voluntad del saber*, Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2002, p. 32.

los derechos de las personas transgénero. En relación con las obligaciones, prestaré especial atención al caso *Van Kück vs. Germany*. Haré también referencia a casos anteriores y posteriores para apoyar mi argumentación.

#### 4.1. Sobre la consideración de la transexualidad hasta *Goodwin vs. UK*

Con anterioridad al caso *Goodwin*, el TEDH mantiene una concepción estrictamente médica de la identidad sexual en general y del sexo en particular. La discusión sobre el reconocimiento y los efectos jurídicos del cambio de identidad queda supeditada a aquella concepción. De modo paradigmático, en los casos *Rees vs. UK* (de 17 de octubre de 1986) y *Cossey vs. UK* (de 27 de septiembre de 1990) el TEDH afirma que la transexualidad no conlleva “la adquisición completa de todas las características biológicas del otro sexo” (*Rees vs. UK*, ap. 40), razón por la que considera que el Derecho no debe reconocer necesariamente el cambio de identidad: en ambas sentencias, por tanto, el sexo solo se define biológicamente. Puede afirmarse, entonces, que en esta primera etapa jurisprudencial la identidad sexual es estrictamente dual y que el Derecho se acomoda a esta concepción. El tribunal señala que no hay acuerdo ni consenso médico sobre el origen o la causa de la transexualidad, circunstancia que avala el amplio margen de apreciación del que disponen los Estados a la hora de regular los criterios para reconocer un cambio de identidad sexual (ap. 37). De acuerdo con el principio del margen de apreciación –que deriva de la jurisprudencia del TEDH–, cuando entre los Estados miembros no existe acuerdo u homogeneidad en el tratamiento jurídico de determinado ámbito, estos pueden regularlo según sus intereses o su tradición, salvo que la regulación en cuestión vulnere claramente alguno de los derechos reconocidos en el Convenio (*Rees vs. UK*, ap. 34 y ss.).

En ambos casos la controversia se centra en el alcance de las obligaciones del Reino Unido, particularmente en la necesidad de rectificar la documentación registral cuando un transexual se ha sometido a un tratamiento médico de reasignación. El TEDH recurre a la consideración médica de la transexualidad para determinar el alcance de los derechos de los transexuales y las obligaciones de los Estados y parte de la ya mencionada falta de consenso médico sobre la transexualidad para argumentar que no resulta posible exigir a los Estados un reconocimiento jurídico pleno del cambio ni admitir que la identidad sexual amparable bajo el artículo 8 del Convenio conlleva tal reconocimiento a todos los efectos. En otros términos, los Estados pueden

decidir qué documentos deben rectificarse tras la reasignación. En ambos casos, el tribunal declara que la legislación del Reino Unido no es contraria al CEDH –en particular, a su artículo 8–, dado que en el Registro Civil aparecen los detalles del nacimiento y que no puede entenderse que el cambio de sexo deba motivar la rectificación registral si el ordenamiento no lo dispone expresamente. Asimismo, añade, el reconocimiento de eficacia jurídica al cambio de identidad sexual puede tener “efectos administrativos” relevantes que generarían “efectos sobre terceros” (*Rees vs. UK*, ap. 42.b). Por estas razones, concluye el TEDH, no hay vulneración del artículo 8 del Convenio ni existe una obligación del Estado de reconocer eficacia al cambio de sexo en el sentido pretendido por los demandantes.

Este concepto biologicista de la identidad sexual reafirma el dualismo hombre/mujer, es decir, refuerza la concepción dicotómica de los sexos y, por tanto, de los cuerpos sexuados –sin distinguir entre sexo y género–, que se complementan y son los únicos genuinamente posibles de acuerdo con criterios científicos. Si la transexualidad no supone una transición *completa* entre las dos únicas identidades posibles –hombre y mujer–, entonces no es posible reconocer de forma completa derechos como si las personas que realizan el cambio fueran individuos del otro sexo. Cabe apuntar que no se trata únicamente de una cuestión acotada al reconocimiento de la identidad, sino que afecta al reconocimiento o garantía de otros derechos. Por ejemplo, en el caso *X, Y y Z vs. UK* (de 22 de abril de 1997) el tribunal entiende razonable y no contrario a la Convención que en el Reino Unido solo se reconozca la paternidad a «hombres biológicos» (ap. 17), aun cuando existe la posibilidad de adopción. Con este pronunciamiento, el TEDH consolida la heteronormatividad del Derecho, porque enfatiza la complementariedad biológica de los dos únicos sexos “admisibles” y el carácter sexuado de los cuerpos. El tribunal señala que existe un conflicto en el que deben ponderarse los derechos de los transexuales y otras cuestiones éticas, morales y normativas relativas a la familia, ámbito especialmente protegido por los ordenamientos nacionales (ap. 43 y 44). Finalmente, concluye que la protección del menor y de una determinada noción de familia prevalece sobre la pretensión de los demandantes de que se les reconozca su nueva filiación, puesto que, considerando la complejidad de las cuestiones científicas, jurídicas, morales y sociales que suscita la transexualidad, las implicaciones de aquel reconocimiento son imprevisibles e imprecisas (ap. 44). Por este motivo, el tribunal sostiene que el hecho de que el Reino Unido no prevea el reconocimiento de la filiación a un

hombre que no es ni puede ser padre biológico no vulnera ningún derecho (ap. 52). No obstante, toma en consideración la gravedad de la situación en que quedan las personas transgénero y exhorta por ello a los Estados a revisar progresivamente sus legislaciones para que avancen hacia el reconocimiento pleno de sus derechos.

Este entramado argumentativo queda finalmente superado en la sentencia *Goodwin vs. UK* de 11 de julio de 2002. En este caso, la demandante detalla que, a pesar de que se sometió a una operación quirúrgica de reasignación sexual y de que cumple el resto de requisitos previstos en la legislación británica, cuando solicita un nuevo número de la Seguridad Social ante los servicios de empleo y pensiones de Reino Unido sigue constando el sexo masculino en los documentos emitidos. En consecuencia, durante la tramitación de la pensión por jubilación se le aplica el régimen previsto para los hombres. La demandante alega una vulneración del derecho a la vida privada reconocido en el artículo 8 del Convenio por la falta de reconocimiento y efectos jurídicos del cambio en su identidad de género. Su reclamación no se diferencia de las que sustentaron las demandas presentadas en los casos anteriormente mencionados, pero el Tribunal aquí se aparta de su jurisprudencia anterior y reconoce que sí existe una vulneración del artículo 8.

El TEDH sostiene que, a pesar de que los transexuales no pueden adquirir las características biológicas del otro sexo, no existe consenso sobre qué factores determinan la identidad y causan la transexualidad. Además, aporta dos razonamientos sumamente relevantes que marcan la diferencia entre esta sentencia y sus anteriores pronunciamientos. Primero, el elemento cromosómico no puede determinar la identidad de género, dado que se producen variaciones cromosómicas de forma natural y, por lo tanto, debe asignarse uno de los (dos) sexos según las circunstancias del caso. Dicho de otro modo, en la medida en que existen otros criterios que determinan la identidad sexual, resulta posible reconocer el cambio de identidad sexual desde el punto de vista estrictamente jurídico. Por ello, concluye, este reconocimiento no puede basarse únicamente en razones médicas (ap. 82 y 83). Como se ve, el TEDH se aleja del discurso científico y abre un campo hermenéutico novedoso en el que los márgenes interpretativos se amplían: si los efectos del reconocimiento jurídico no pueden supeditarse a criterios médicos, los derechos de los transexuales deben ser amparados y protegidos a todos los efectos, con independencia de cuál sea la causa de la transexualidad. La identidad de género queda incluida en la esfera de protección del artículo

8 del CEDH y, por lo tanto, el Derecho debe proteger cualquier injerencia en la misma, así como reconocer efectos jurídicos a los cambios de sexo. Sin embargo, la sentencia declara que solo es posible reconocer dos identidades sexuales –hombre y mujer–, de modo que mantiene el binomio sexuado y su correspondencia con los dos únicos cuerpos posibles, dado que se trata de supuestos en los que ha habido una intervención previa de reasignación sexual.

A continuación, el tribunal examina si existe un tratamiento jurídico común o consensuado en los ordenamientos europeos sobre esta materia. Dado que no existe tal convergencia, el tribunal no encuentra un parámetro claro sobre cómo debe actuar Reino Unido. Cabe aquí recordar que, junto a los argumentos de orden moral y social, esta es la segunda razón por la que, hasta el dictado de la sentencia del caso *Goodwin*, el TEDH había entendido que estas cuestiones quedaban bajo el margen de apreciación de los Estados. No obstante, el tribunal se plantea si en este caso puede inferirse una obligación concreta del Estado, dado que considera relevantes que en otros ordenamientos se hayan aprobado modificaciones legislativas tendentes a reconocer efectos jurídicos a los cambios de identidad de género. Además, constata que el ordenamiento británico no ha habido una evolución acorde con las recomendaciones de sus anteriores pronunciamientos. Finalmente, exige al Reino Unido que corrija la situación de indeterminación que el reconocimiento incompleto del cambio genera para la demandante (ap. 90) porque del artículo octavo se deriva el derecho a respetar la voluntad del cambio de identidad, especialmente si se toma en consideración que los costes para la sociedad no son especialmente gravosos (ap. 73). Comienza así la concreción de las obligaciones positivas para los Estados en relación con el derecho al reconocimiento de la identidad de género.

Según la doctrina de las obligaciones positivas, los Estados deben intervenir en algunos supuestos para proteger de un modo efectivo el derecho en cuestión. Como afirma el TEDH en el caso *Gross vs. Switzerland* de 14 de mayo de 2013 (ap. 61 y 62), estas obligaciones comprenden medidas de reconocimiento, medidas de carácter procesal y otras de índole ejecutiva. Cabe advertir que la idiosincrasia del derecho a la intimidad –es decir, su condición de libertad negativa– y la correlativa prohibición de cualquier injerencia de terceros ligada a la naturaleza del derecho reclaman una valoración estricta en cada supuesto para distinguir si el Estado interviene de forma legítima y debida. Una medida es legítima y debida cuando la actuación estatal

sea adecuada o necesaria en la sociedad en la que se aplica para garantizar el efectivo ejercicio o protección de un derecho. La medida debe ser necesaria y proporcional, y lo es si y solo si: i) es necesaria para la consecución de un fin legítimo; ii) es proporcional a dicho fin; y iii) no es contraria al sentido y contenido del Convenio (*Laskey vs. UK*, ap. 42).

En *Goodwin*, el tribunal entiende que el reconocimiento pleno es necesario para respetar los derechos de la demandante y no olvida señalar que el cambio no solo concierne a la adecuación de los registros a la identidad percibida, sino que debe haber un reconocimiento efectivo en otros ámbitos jurídicos como el Derecho laboral, el Derecho tributario, el Derecho migratorio, etc. Considero que esta inflexión interpretativa del TEDH responde a dos razones: al alejamiento de la concepción biologicista de la transexualidad y al reconocimiento de que la cuestión dirimida se enmarca en el ámbito personal y que, en ese sentido, debe ser protegida por el Derecho. En cualquier caso, me interesa reiterar que el TEDH no exige a los Estados que modifiquen su normativa para respetar la identidad fuera de razones biomédicas porque, desde su punto de vista, se trata de un dominio en el que no existe consenso en los ordenamientos de los Estados parte del Convenio. Por este motivo, el tribunal sigue aludiendo a argumentos científicos y a razones y argumentos sociales y/o morales basados en una noción de los cuerpos todavía sexuada y rígida, precisamente la que inspira la regulación de buena parte de los ordenamientos nacionales<sup>22</sup>.

Cabe reiterar que este es un caso en el que se discuten los efectos del reconocimiento en aquellos supuestos en los que la personas se ha sometido previamente a operaciones quirúrgicas de reasignación sexual. Por esta razón, los primeros pronunciamientos al respecto se ven constreñidos por la falta de un lenguaje, un significado o un contenido jurídicos completamente diferenciados del discurso científico. En *Goodwin*, el TEDH señala que el artículo 8 protege el derecho a establecer los detalles de nuestra identidad. No obstante, cuando el tribunal sugiere un concepto de autonomía que parece ir más allá de la intimidad como no injerencia, no explica de forma suficiente su contenido ni las obligaciones que derivan del mismo. Como expondré a continuación, esta insuficiencia ha supuesto que, en casos posteriores, el tri-

---

<sup>22</sup> A. SHARPE, "Transgender Performance and the Discriminating Gaze: A Critique of Anti-Discrimination Regulatory Regimes", *Social & Legal Studies*, 1999, vol. 8, núm. 1, pp. (5-24) 17.

bunal haya tenido que decidir sobre cada laguna normativa que ha surgido en relación con esos otros ámbitos a los que hace referencia.

A pesar de la referencia a la extensión de los efectos del cambio de identidad al resto de órdenes normativos, las medidas que, según el TEDH, debe tomar Reino Unido en este caso se circunscriben al ámbito de la acreditación de la identidad. Como he señalado arriba, esto ha llevado al tribunal a valorar cada situación concreta, y el resultado ha sido irregular. Considero que la razón de ello es que los presupuestos sobre los que descansa la concepción de las identidades transgénero en los ordenamientos nacionales no se han modificado. Me refiero a las normatividades asociadas a las nociones de género y sexualidad, así como la heteronormatividad que se desprende de la forma de concebir ambos conceptos y su consideración jurídica. Esa es la razón de que permanezca la indeterminación sobre la noción de autonomía, indeterminación frente a la cual el Derecho debe dar una respuesta que respete este derecho al reconocimiento de la identidad sexual. Esto mismo ya lo sugirió el magistrado Van Dijk en el voto particular que emitió el caso *Sheffield vs. UK* (de 30 de julio de 1998), anterior a *Goodwin*, cuando sostuvo que la autonomía debe dar lugar a un derecho de autodeterminación de la identidad de género. Según Van Dijk, “lo que realmente está en disputa en este caso es el derecho fundamental a la autodeterminación: si una persona siente que pertenece al otro sexo que aquel originalmente registrado y se ha sometido a tratamiento para obtener los rasgos de este sexo, está legitimado a obtener el reconocimiento jurídico del sexo que mejor responda a su identidad. El derecho de autodeterminación no se incluye de forma expresa ni separada en el Convenio, pero subyace a varios de los derechos dispuestos en él, especialmente el derecho a la libertad del artículo quinto y el derecho a la intimidad del artículo octavo”.

#### **4.2. Sobre el sentido de vida privada como autonomía y las obligaciones positivas que derivan del artículo 8 CEDH tras *Goodwin vs. UK***

He señalado que, en *Goodwin*, el tribunal comienza a concretar las obligaciones de los Estados en relación con los cambios de identidad de género y que exhorta a los Estados a reconocer un efecto pleno de los mismos en todos los órdenes normativos. No obstante, han surgido otras controversias jurídicas no menos relevantes que conviene analizar para precisar la efectiva protección de los derechos y el alcance de las obligaciones estatales. El supuesto

paradigmático de estos conflictos es la posibilidad de reconocer un vínculo matrimonial anterior al cambio de identidad sexual en aquellos ordenamientos en los que no se permite dicho vínculo para parejas homosexuales. Aparece así una tensión no solo entre las normas que regulan las relaciones sexoafectivas, sino también entre dos nociones de autonomía protegidas por el artículo 8 del Convenio.

El TEDH ha definido la vida privada como el espacio libre de cualquier injerencia que se rige por la autonomía de cada uno para decidir sobre sí mismo. Tradicionalmente se ha entendido que la noción está compuesta por el «derecho a estar solo» y el «derecho a decidir», incluyendo así a aspectos relativos a la construcción de la identidad<sup>23</sup>. El primero se refiere a la protección de la intimidad personal frente a cualquier intrusión, control o injerencia en la vida y la información personal de cada sujeto, mientras que el segundo protege al individuo de cualquier control o regulación oficial indebidos y reconoce la capacidad para decidir quién es, con quién y de qué modo se relaciona<sup>24</sup>. En esta segunda dimensión reside la noción de intimidad que arbitra las demandas de reconocimiento de los cambios de identidad de género y también la protección a las relaciones sexoafectivas libremente mantenidas.

A pesar de sostener que no es posible elaborar una definición exhaustiva del contenido del derecho a la intimidad –y, en particular, de la autonomía individual–, el TEDH indica los distintos ámbitos protegidos por el derecho: injerencias en las comunicaciones, datos y domicilio; cuestiones de integridad física y psicológica; aspectos físicos y de identidad social; identificación de género, orientación sexual y vida sexual (lo que con anterioridad se ha denominado intimidad sexual) y desarrollo de la vida personal y formas de relacionarse con terceros (*Pretty vs. UK*, de 29 de abril de 2002, ap. 61).

Esta distinción ha llevado a algunos autores a afirmar la existencia de tres dimensiones o zonas que quedan cubiertas por el derecho partiendo de los ámbitos anteriormente referidos<sup>25</sup>. En la primera, la intimidad se entiende como la esfera privada en sentido espacial o zonal (zona vallada) en la

---

<sup>23</sup> J.L. COHEN, “Democracy, Difference, and the Right of Privacy”, en S. BENHABIB (ed.), *Democracy and Difference. Contesting the Boundaries of the Political*, Princeton University Press, Princeton, 1986, pp. (187-217) 193-194.

<sup>24</sup> J. MARTÍNEZ DE PISÓN, “El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos en la jurisprudencia constitucional”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. 32, 2016, pp. 409-430.

<sup>25</sup> K. THOMAS, “Beyond the Privacy Principle”, *Columbia Law Review*, vol. 92, 1992, pp. (1431-1516) 1443.

que no puede haber ninguna injerencia por parte de un tercero. Esta esfera incluye desde los espacios habitacionales y las comunicaciones hasta la integridad física o psicológica. Este espacio o zona sería el objeto a proteger frente a cualquier intromisión<sup>26</sup>. La segunda hace referencia al denominado paradigma relacional, en el que se protege la capacidad y el respeto a las decisiones de los individuos para relacionarse con terceros; esta capacidad es un bien a proteger por el ordenamiento jurídico. Finalmente, se ha señalado la existencia de una tercera dimensión, relativa al paradigma decisonal (*private choice*), que afirma la legitimidad para decidir sobre uno mismo con base en la autonomía individual. Las demandas relacionadas con el reconocimiento de los cambios de identidad se inscriben en esta última dimensión. En este punto surgen las posibles tensiones y los conflictos entre el derecho de autonomía individual (cuyos contenido y límites deben ser concretados todavía) y determinados bienes públicos, morales y/o sociales como la protección de la familia, la moralidad o la sexualidad<sup>27</sup>. Me detendré en este último aspecto.

En la sentencia *Van Kück vs. Germany*, de 12 de septiembre de 2003, el TEDH retoma los conceptos de autonomía y autodeterminación manejados en *Goodwin*. En este caso, el TEDH decide sobre un supuesto en el que quedan de nuevo en evidencia los efectos de la medicalización de la transexualidad. Una mujer se somete a un proceso quirúrgico tras los preceptivos informes psiquiátricos sobre su idoneidad para la transición, pero la compañía aseguradora no asume los gastos de la operación porque existen otros informes médicos que afirman que la intervención no es necesaria, a pesar de que generalmente está prevista en la cartera de servicios del sistema público de salud alemán. Con posterioridad, la demandante reclama el reembolso de los gastos de la intervención y la jurisdicción nacional rechaza su demanda porque no se acredita la necesidad del tratamiento (ap. 54). El TEDH considera que la valoración de los tribunales alemanes es desproporcionada e inadecuada, dada la indeterminación del concepto de «necesidad médica» y la falta de consenso sobre la identidad de género –que constituye, a juicio del TEDH, uno de los ámbitos de la intimidad más protegidos–.

La relevancia que la jurisdicción alemana atribuye a los informes médicos pone de manifiesto los vacíos existentes cuando el Derecho no crea un lenguaje, un discurso o un marco jurídico alternativo, dado que, según su

<sup>26</sup> J. MARTÍNEZ DE PISÓN, “El derecho a la intimidad...”, cit. p. 412.

<sup>27</sup> J. MARSHALL, *Human Rights Law and Personal Identity*, cit., p. 109.

valoración, en este caso se cuestiona el derecho de la persona a acceder y sufragar dicho tratamiento.

Reiterando el razonamiento de Goodwin, el tribunal ratifica que el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no reconoce de forma explícita la autodeterminación, pero que el principio de autonomía personal subyacente al mismo es suficiente para proteger el derecho de las personas transexuales a desarrollar su proyecto de vida, así como su seguridad física y moral. Por ello, concluye, exigir un motivo para iniciar un proceso de cambio de identidad es contrario al Convenio. Adicionalmente, señala que los ordenamientos no deben requerir pruebas de dicha motivación o aspiración cuando no existe un consenso médico sobre las causas y razones de la transexualidad (ap. 80 y sig.). A pesar de que se refiere de nuevo a las razones médicas, es relevante que el TEDH retome el principio de autodeterminación –esta vez sí lo menciona de modo explícito– al que alude tangencialmente en Goodwin para enfatizar que el Derecho no depende de ellas. La noción de autonomía sostenida se infiere del derecho a la protección de la intimidad, si bien cabe insistir en que, aunque se asocia a la capacidad para decidir la identidad propia, el TEDH sigue vinculándola a supuestos de personas que se han sometido a procesos de reasignación sexual.

Según esta jurisprudencia, la dependencia del Derecho del discurso médico ha supuesto que el reconocimiento jurídico de los cambios de identidad o los derechos de las personas transgénero no hayan prevalecido sobre otras razones como la protección de la familia. De ahí que el tribunal insista en que, si se reconoce su condición de sujeto de derechos al margen de cualquier condición médica o biológica, no hay ninguna razón por la que no se respeten sus derechos en todos los ámbitos y órdenes. El caso Van Kück es relevante justamente porque en él el TEDH concreta y avanza en su doctrina de las obligaciones positivas. En Goodwin las obligaciones se ciñen al reconocimiento efectivo del cambio de identidad mediante la rectificación registral y la emisión de los documentos que sean necesarios, pero en Van Kück el tribunal sostiene que el Estado incumple sus obligaciones si no garantiza el tratamiento de reasignación sexual. Además, el TEDH señala que aquí no se discute si la demandante está o no legitimada para acceder al tratamiento, sino sobre los efectos de las decisiones de los tribunales en el respeto del derecho a la intimidad. Este razonamiento justifica que prevalezca el derecho de la demandante sobre los derechos de las empresas privadas y que se declare que, si los gastos derivados del tratamiento de reasignación de la iden-

tividad no son satisfechos, existe una vulneración del artículo 8 del CEDH. De ello no se desprende la posibilidad de establecer un concepto claro de autonomía que permita a las personas determinar su identidad de género<sup>28</sup> –ni, por tanto, un derecho de autodeterminación–, aunque sí una concreción de las obligaciones frente a terceros, también contractuales. En definitiva, el TEDH comienza a concretar un posible significado de la autodeterminación cuando sugiere que cada persona puede decidir libremente si inicia un procedimiento de cambio de identidad y establece que es obligación de los Estados garantizar que el proceso se lleve a cabo al margen de intereses económicos y/o privados.

De forma consecuente, el tribunal entiende que en los supuestos en los que uno de los miembros de la pareja decide llevar a cabo un proceso de reasignación sexual y previamente existe un vínculo matrimonial heterosexual, este pasa a ser un matrimonio entre personas del mismo sexo. Sobre los efectos jurídicos de estos cambios se pronunció el tribunal en dos casos similares (SSTEDH *R & F vs. UK* de 28 de noviembre de 2006, y *Arry vs. UK* de 28 de noviembre de 2008) en los que las autoridades británicas requirieron la disolución del matrimonio para que los demandantes obtuvieran el pleno reconocimiento del proceso de reasignación. En ambos casos, el TEDH sostuvo que el reconocimiento del cambio de identidad puede someterse a condicionamientos en circunstancias específicas –como en los supuestos de los matrimonios preexistentes– porque se estima que su regulación está amparada por el margen de apreciación de los Estados. En estos casos se insiste en la consideración de la familia como una institución inherente a los fundamentos morales y políticos de un país, y la discusión gira en torno a si existe una afectación del artículo 8 por exigir la disolución del vínculo, aunque se mencione de soslayo la capacidad de agencia del sujeto transexual. Es decir, el conflicto se circunscribe al ámbito relacional y no tanto al decisional. Con todo, el tribunal concluye que no existe una obligación positiva de garantizar el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, a pesar, insisto, de que en *Goodwin* afirmara que no puede haber un perjuicio en los derechos de las personas transgénero. Por lo dicho, la doctrina del TEDH necesita todavía avanzar en el reconocimiento de efectos *plenos* de los cambios de identidad.

La regulación del matrimonio es un ámbito que para el tribunal no siempre ha quedado bajo el margen de apreciación de los Estados, especialmente

---

<sup>28</sup> Ibid., pp. 103 y ss.

porque constituye un aspecto esencial del artículo 8 CEDH. A consecuencia de ello, la jurisprudencia del tribunal ha evolucionado hacia el reconocimiento y/o protección de otros tipos de uniones y/o relaciones distintas de las familias nucleares<sup>29</sup>, pero no del matrimonio de personas del mismo sexo, que adscribe al margen de apreciación de los Estados. Esta interpretación puede ser debida a la cautela del TEDH ante estas cuestiones, pero en cualquier caso pone de manifiesto que el proceso hacia la igualdad y la protección efectiva de los derechos de las personas LGTBIQ sigue inconcluso. Considero que las razones que impiden reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo tienen que ver con el carácter privado y heteronormativo de esta legislación, que impide la protección plena de los derechos de homosexuales y transgénero. El TEDH obvia que una de las consecuencias del mantenimiento del binomio sexuado y de esta visión de las relaciones de las personas transgénero es la consolidación de un régimen heteronormativo, dado que la exigencia de la disolución del vínculo matrimonial no solo protege el carácter heterosexual de los matrimonios y de las relaciones en general, sino que impone un modelo normativo de identidad para los transgénero: la heterosexualidad. De ello también puede concluirse que el género sigue siendo una categoría relevante para el Derecho, ya que la normatividad social que despliega esta categoría se inscribe en él y que este la reproduce mediante una regulación heteronormativa del matrimonio, entre otras instituciones.

##### 5. EL PERSISTENTE MANTENIMIENTO DE LAS RELACIONES DE PODER EN EL CONTEXTO PRIVADO

A lo largo de este trabajo he sostenido que la jurisprudencia del TEDH no permite afirmar que la autonomía individual que el tribunal infiere del derecho a la intimidad se concrete en un derecho de autodeterminación de la identidad de género. Así lo entiendo porque no precisa su contenido y no atribuye significado o valor jurídico *autónomo* a la decisión del individuo de asumir determinada identidad de género, es decir, no considera que tal decisión esté basada exclusivamente en la propia voluntad o autopercepción, al margen de cualquier otro parámetro o condición –entre ellos, la disolución

---

<sup>29</sup> S. SANZ-CABALLERO, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su respuesta al reto de la transexualidad: Historia de un cambio de criterio”, *American University International Law Review*, vol. 29, núm. 4, 2014, pp. 839-868.

del vínculo matrimonial, el sometimiento a procesos de transición y, más genéricamente, los criterios médicos que buena parte de los ordenamientos exigen para reconocer jurídicamente el cambio<sup>30</sup>. En mi opinión, este concepto de autodeterminación de la identidad –que no es otro que el reconocido en los principios de Yogyakarta y la Resolución 2048 del Consejo de Europa– es plausible, puede ser asumido por los ordenamientos jurídicos y justificarse a partir de algunos argumentos presentes en la jurisprudencia del TEDH, especialmente en Goodwin y Van Kück.

En su voto particular emitido en el caso *Cossey vs. UK* de 1990, el magistrado Martens advierte que esta es la cuestión esencial que subyace a las demandas planteadas en los casos *Cossey* y *Rees*: el posible reconocimiento de un derecho de autodeterminación de la identidad de género y sus implicaciones. El planteamiento de Martens sigue vigente todavía hoy porque intuye las consecuencias del razonamiento sostenido en *Goodwin* y permite entender algunos problemas que aquel deja pendientes. Martens sugiere que, en realidad, las demandas de *Cossey* y *Rees* propician que el tribunal aborde una cuestión más profunda que la adecuación de los documentos oficiales a la nueva identidad de género. Según él, estas demandas permiten promover un cambio en la percepción de la identidad de género capaz de alterar el sistema binario de identidades sexuales –es decir, el dualismo hombre/mujer y la correlación entre cuerpos e identidades, que justifica a su vez la complementariedad de ambos–. Para Martens, ello es así porque lo que impide el desarrollo de la identidad de género autodeterminada es la exigencia normativa de que el sujeto se integre en un sistema binario: en la medida en que solo se permiten dos identidades posibles, el problema surge cuando se determinan los criterios para dotar de validez al cambio. El magistrado sostiene que, a pesar de que el tribunal podría adoptar una doctrina capaz de quebrar este dualismo recurriendo al Convenio como instrumento para crear un discurso y un paradigma que evite el sistema binario y avance en la protección de los derechos de los transgénero, opta por mantener una jurisprudencia moderada que no altera este presupuesto. Coincido en su consideración de que el Derecho puede crear un lenguaje propio capaz de superar esta concepción de la identidad de género, y creo que la jurisprudencia del tribunal tiende hacia esta superación, pero considero esta es todavía tímida a la hora de ampliar la noción de autonomía y concretar medidas u obligacio-

---

<sup>30</sup> J. MARSHALL, *Human Rights Law and Personal Identity*, cit, pp. 106.

nes positivas que afirmen este derecho de autodeterminación de la identidad de género.

En las páginas anteriores he tratado de explicar las insuficiencias del anclaje del reconocimiento efectivo derechos de los transgénero a la esfera privada, sobre todo si esta se entiende como espacio en el que no cabe intervención alguna. Reitero que, a pesar de que en su evolución y desarrollo reconozca la agencia y la autodeterminación en la noción de autonomía –noción vinculada al concepto de vida privada/intimidad/*privacy* del artículo 8 CEDH–, la jurisprudencia comentada parece aún incapaz de quebrar las relaciones de poder inscritas en la actual significación de las identidades de género. Por tanto, si se pretende reconocer el derecho a la autodeterminación, es necesario identificar los patrones de discriminación que afectan a las realidades LGTBIQ<sup>31</sup>, cuyo principal aspecto a considerar es la falta de reconocimiento legal de la identidad. En este marco, persisten los efectos que produce un sistema heteronormativo fundado en una noción de persona como ser corpóreamente sexuado. La influencia del discurso médico coadyuva a la creación de un concepto de identidad que, en el plano discursivo, concibe a las personas transexuales como sujetos sexuados “atrapados” en un cuerpo del otro sexo y no simplemente como sujetos que desean convertirse en otro<sup>32</sup>. La alusión a nociones biologicistas de “equivocación” o “corrección” mantiene vigente el binomio mujer/hombre y la categoría género sustituye a la de sexo; se orilla así que estas realidades cuestionan el Derecho cuando problematizan la normatividad impuesta a partir de determinado tipo de relaciones y cuando formulan y expresan identidades que no coinciden con el binomio tradicional. En las sentencias comentadas, el tribunal no alude a estos aspectos, excepción hecha del voto particular del magistrado Martens, pero sí lo hace en un caso posterior en el que se discute la denegación del permiso de adopción de una mujer lesbiana.

Se trata, concretamente, de la sentencia *E.B. vs. France*, el TEDH (de 22 de enero de 2008), en la que el TEDH alude directamente a la discriminación indirecta por razón de la orientación sexual que provoca una legisla-

---

<sup>31</sup> M.J. AÑÓN ROIG, “Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja”, *Isonomía*, núm. 39, 2013, pp. (127-157) 137 y ss.

<sup>32</sup> C. SHEPHERDSON, “The Role of Gender and the Imperative of Sex”, en S. STRYKER and S. WHITTLE (eds.), *The Transgender Studies Reader*, Routledge, New York, 2006, pp. (94-103) 100.

ción basada en la heteronormatividad<sup>33</sup>. En este caso, el tribunal concluye que la denegación del certificado de aptitud para la adopción a una mujer por el hecho de que mantiene relaciones afectivas con otra –circunstancia a la que el expediente no hace referencia alguna– constituye una vulneración del artículo 8 CEDH. El tribunal señala que las apreciaciones que motivan aquella decisión denegatoria ponen de manifiesto que, de hecho, sí se valora y se enjuicia su relación y orientación, un ámbito que está protegido por la segunda dimensión del derecho a la intimidad, es decir, por el denominado paradigma relacional. El tribunal sostiene, entre otros extremos, que el hecho de que los órganos decisores de la denegación se refirieran a la opción del estilo de vida de la solicitante –y aquí el órgano jurisdiccional aclara que las autoridades francesas aluden explícitamente a su orientación sexual– para autorizar la adopción evidencia que están valorando su orientación sexual, aspecto que no debe ser un elemento de juicio para tales autoridades (ap. 81 y sig.).

Asimismo, el informe en el que se basa la denegación afirma que este no es un caso ordinario porque falta la figura paterna, a pesar de que la adopción monoparental está permitida en la legislación francesa y que en ella no se prevé como causa de exclusión el hecho de que no haya dos adoptantes (ap. 85 y 86). Por todas estas razones, el TEDH concluye que el Estado francés ha vulnerado el artículo 8, una contravención que trae causa de la heteronormatividad o discriminación por razones de orientación sexual reflejada en los informes y pronunciamientos referidos. En otros términos, el TEDH declara que la presunción de normalización de la identidad heterosexual que se aprecia en las decisiones de las autoridades francesas produce discriminación.

A pesar de que no guarda relación con la identidad de género, traigo a colación este caso porque patentiza que los efectos de la heteronormatividad afectan al disfrute de los derechos, es decir, que la existencia de relaciones (sociales) de poder desiguales causan discriminación a determinados sujetos<sup>34</sup>. He insistido en que uno de los efectos primordiales de la actual interpretación del artículo 8 es la despolitización de las demandas y la dificultad para combatir las situaciones de discriminación en el acceso a los derechos

---

<sup>33</sup> P. JOHNSON, "Heteronormativity and the European Court of Human Rights", *Law Critique*, vol. 23, 2012, pp. (43-66) 57.

<sup>34</sup> M.J. AÑÓN ROIG, "Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja", cit., pp. 136 y ss.

de los transgénero. Si esto es así, cabe entonces identificar estos supuestos para promover la aprobación de medidas jurídicas que combatan el carácter social y político de esa discriminación. A mi modo de ver, en el caso de las personas transgénero esto puede ser posible si se propone un concepto de autonomía más amplio que saque este tipo de reivindicaciones de la esfera privada y las politice a fin de que sus impulsores actúen como sujetos de derechos con capacidad de agencia<sup>35</sup>.

Los casos de cambios de identidad posteriores a un vínculo matrimonial evidencian que, cuando la identidad de género entra en colisión con otros ámbitos normativos relacionados con el ámbito privado, los derechos de las personas transgénero no suelen primar. En la medida en que siguen situando al género en el centro de la disputa, estas cuestiones revelan los presupuestos ideológicos que construyen las relaciones sociales en las que están involucrados el género y la orientación sexual, así como la ausencia de justificación de los cambios que los reviertan. Buen ejemplo de ello es el caso *Hämäläinen vs. Finland*, de 16 de julio de 2014, similar a aquellos casos posteriores a Goodwin en los que el reconocimiento de la identidad a se supedita a la disolución del vínculo matrimonial previo. En este caso, el TEDH sugiere que, en los ordenamientos en los que el matrimonio entre personas del mismo sexo no está permitido, el mantenimiento del vínculo matrimonial anterior puede ser una solución jurídica excepcional para este tipo de supuestos. Sin embargo, dado que en Finlandia existe una figura jurídica similar al matrimonio, la intimidad familiar no se ve perjudicada y, por lo tanto, el tribunal declara que no existe vulneración del artículo 8, sin cuestionar la afectación de la capacidad de desarrollar la propia identidad. Casos como este evidencian, una vez más, la fuerza inercial de la heteronormatividad y la prevalencia de razones vinculadas a la sensibilidad y ética sobre los derechos de las personas transgénero. Adicionalmente, conviene añadir que en *Hämäläinen* prima la dimensión relacional de la autonomía, pero se da menor relevancia a una cuestión central: la dimensión decisional y, por lo tanto, los derechos de las personas transgénero.

A mi juicio, el TEDH tampoco tiene en cuenta un factor adicional: dado que frecuentemente ha dirimido casos de personas que han iniciado o ter-

---

<sup>35</sup> G. COLL-PLANAS, "La policía del género", en M. MISSÉ, y G. COLL-PLANAS (eds.) *El género desordenado: Críticas en torno a la patologización de la transexualidad*, Egales, Barcelona-Madrid, 2010, pp. (55-66) 63.

minado un proceso de reasignación sexual, el tribunal presupone que la transición implica un tratamiento médico y/o psicológico disponible en los servicios públicos de salud, y ello no siempre es así (*L. vs. Lithuania*, de 31 de marzo de 2008). La ausencia de la garantía de estos tratamientos genera situaciones en las que una persona no puede desarrollar de forma libre y autónoma su proyecto identitario. Y a la inversa: la imposición de un tratamiento contradice el libre desarrollo de la personalidad, naturaliza las nociones de género e impide quebrar el dualismo sexuado que identifica una identidad con un cuerpo. De hecho, la concepción jurídica de la transexualidad fundada en parámetros médicos excluye aquellos supuestos en los que el sujeto alega su firme voluntad de no acceder a estos tratamientos. Es importante, por ello, no solo desvincular ambos discursos para avanzar en la despatologización y proteger de forma efectiva los derechos de los transgénero, sino también para garantizar que los Estados asuman las obligaciones positivas orientadas a la tutela de estos derechos. En definitiva, debe buscarse una fórmula jurídica que permita acceder a los tratamientos sin negar el reconocimiento de la identidad de género *sentida*.

El logro de estos objetivos requiere que los ordenamientos acojan un concepto de autonomía vinculado de modo más enfático a la noción de agencia, entendida como autodeterminación (*self-determination*) y autorrealización (*self-realization*)<sup>36</sup>. De este modo podrían quedar superadas las principales críticas a la justificación de la regulación de la identidad de género con base en el derecho a la intimidad: su insuficiencia para que estas demandas salgan de la esfera privada<sup>37</sup>, y sería posible reconocer el significado y el valor político de los discursos que han situado a las personas transgénero en una posición de subordinación<sup>38</sup>. En otras palabras, el ya mencionado anclaje en la esfera más privada del individuo ha diluido el carácter social y político de las identidades sexuales, sus modos de gestión y la concepción del género. Considero que, en combinación con el principio de no injerencia, la autodeterminación es susceptible de convertirse en un derecho autónomo mediante el que se reconozca la lógica política subya-

<sup>36</sup> J.L. COHEN, "Democracy, Difference, and the Right of Privacy", cit., p. 201.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 187.

<sup>38</sup> I.M. YOUNG, "Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship", en A. PHILLIPS (ed.), *Feminism and Politics*, Oxford University Press, Oxford, 1998, pp. 401-429, p. 402; M.J. AÑÓN ROIG, "The Fight Against Discrimination and Acces to Justice. A Path to Integration". *Revista Migraciones Internacionales*, vol. 8, núm. 3, 2016, pp. 221-254.

cente a la construcción de nociones y relaciones de poder reflejadas en la regulación jurídica de la identidad de género y las diversas normatividades que operan sobre la sexualidad.

## 6. A MODO DE CONCLUSIÓN: UNA PROPUESTA PARA LA REDEFINICIÓN DE LA AUTODETERMINACIÓN SEXUAL

Frente a la heterodesignación fomentada y legitimada por quienes ocupan posiciones de poder y crean los discursos científicos y jurídicos hegemónicos, ha emergido una nueva conciencia en sujetos que proponen otra forma de entender las categorías sexuales, el género, el cuerpo y las identidades. Tres supuestos descuellan en esta nueva concepción: el de las personas que deciden no someterse a intervenciones quirúrgicas –aunque ello suponga la falta de reconocimiento jurídico del cambio de identidad–, el de las que optan por vindicar un tercer sexo y el de las que deciden someterse a tales intervenciones sin cambiar su identidad. Conviene señalar que estos no los únicos supuestos de disconformidad de género y que el hecho de someterse a un procedimiento médico no necesariamente implica que los sujetos que eligen esta vía estén conformes con esta normatividad; no obstante, la autodesignación propuesta en los tres casos mencionados es la que desestabiliza de forma más visible el marco normativo vigente. A partir del desacuerdo de fondo con la tríada que correlaciona sexo, género y sexualidad, en los tres casos se reclama el ejercicio de la autonomía, o mejor, de un modo de entender la autonomía que refuerce la condición de agente del individuo, trascienda los parámetros científicos y jurídicos convencionales y faculte, en fin, para reivindicar una posición subjetiva propia “en el sentido en que es reflejo de un modo de sexuación otro, diferente y nuevo”<sup>39</sup>, a fin de que el proceso de autodesignación constituya un acto de agencia alejado de criterios médicos y un ejercicio de empoderamiento que interpela al Derecho<sup>40</sup>.

En este sentido, la razonabilidad de las demandas de los sujetos transgénero sobre el reconocimiento postmedicalizado del cambio de identidad puede valorarse desde dos dimensiones. Por una parte, desde el respeto y

---

<sup>39</sup> I. BALZA, “Bioética de los cuerpos sexuados: transexualidad, intersexualidad y transgenerismo”, *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, núm. 40, 2009, pp. (245-258) 251 y 252.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 253.

el fomento de la capacidad de agencia de los sujetos a partir de una noción de autodeterminación que saque del ámbito privado a estos sujetos, sus relaciones y sus cuerpos y permita iniciar una discusión pública sobre la subjetividad y la sexualidad desde un cuerpo reivindicado. En otras palabras, esta dimensión propositiva fomenta la desmedicalización del Derecho –i.e., la separación de los discursos médico y jurídico– y la modificación de determinadas formas de reconocimiento de la identidad para ajustarlas a los argumentos del TEDH. Asimismo, defiende que quienes decidan transformar su cuerpo tengan garantías de que el proceso quede cubierto por los sistemas públicos de salud, una obligación positiva para los Estados que se infiere del contenido de los textos anteriormente analizados.

Por otra parte, el carácter político del régimen que hasta hace poco condicionaba nuestras identidades y que ha regido nuestras vidas es objeto de reapropiación desde un modelo normativo que propicia el reconocimiento y la garantía de un posible derecho de autodeterminación que subvierte estratégicamente la heteronormatividad entendida al modo tradicional<sup>41</sup>. Desde este prisma puede entenderse la capacidad de cada individuo para determinar su propia identidad de género –y, por tanto, su propio cuerpo– sin que se exija ninguna intervención ni autorización previa. Siempre que se formule como tal, este derecho ha de servir de base para que el marco jurídico establezca las oportunas obligaciones para los Estados tanto en sentido negativo –la no intervención– como positivo –respetar, promover y garantizar el libre desarrollo de la personalidad y el reconocimiento de la identidad de género que el sujeto decida, incluso el derecho a no tener una identidad (de género) determinada–.

El derecho de autodeterminación sexual aquí propuesto se concreta, en síntesis, en una concepción normativa que tiende al respeto y fortalecimiento de los valores de igualdad, autonomía y libre desarrollo de la personalidad, y que posibilita la firme defensa del derecho a la libre vivencia emocional y/o corporal –elementos no separables– de la sexualidad de cada sujeto<sup>42</sup>. El cuerpo deja de ser, entonces, un mero instrumento de la razón para convertirse en parte inescindible de la subjetividad. Ya no debe “corregirse” o

---

<sup>41</sup> K. THOMAS, “Afterwords: Are Transgender Rights Inhuman Rights?”, en CURRAH, R. JUANG y S. PRICE MINTER (eds.), *Transgender Rights*, P. University of Minnesota Press, Minneapolis, 2006, pp. 310-326, p. 321.

<sup>42</sup> M.C. NUSSBAUM, *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, Vergüenza y Ley*, Katz Conocimiento, Madrid, 2012, p. 385.

“sanarse”, sino que puede y debe mostrarse tal como es, es decir, como cada persona entiende y determina su identidad; esto nos afecta a todos, ya que, como he señalado anteriormente, todos nos construimos desde y a través de una identidad de género.

#### JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS COMENTADA

- *Rees vs. UK*, de 17 de octubre de 1986
- *Cossey vs. UK*, de 27 de septiembre de 1990
- *Laskey and Others vs. UK*, de 19 de febrero de 1997
- *X, Y y Z vs. UK*, de 22 de abril de 1997
- *Goodwin vs. UK*, de 11 de julio de 2002
- *I vs. UK*, de 11 de julio de 2002
- *Pretty vs. UK*, de 29 de abril de 2002
- *Van Kück vs. Germany*, de 12 de septiembre de 2003
- *Grant vs. UK*, de 23 de mayo de 2006
- *R & F vs. UK*, de 28 de noviembre de 2006
- *E.B vs. France*, de 22 de enero de 2008
- *L. vs. Lithuania*, de 31 de marzo de 2008
- *Array vs. UK*, de 28 de noviembre de 2008
- *Gross vs. Switzerland*, de 14 de mayo de 2013
- *Hämäläinen vs. Finland*, de 16 de julio de 2014

VÍCTOR MERINO SANCHO  
Área de Filosofía del Derecho  
Universitat Rovira i Virgili  
Campus Catalunya,  
Avda. Catalunya, 35  
43002 Tarragona  
e-mail: victor.merino@urv.cat