

Direzione

Gianvito Giannelli, Ugo Patroni Griffi, Antonio Felice Uricchio, Andrea Patroni Griffi

Comitato scientifico

Sabino Fortunato (**coordinatore**) - Lorenzo De Angelis - Pietro Masi - Cinzia Motti - Antonio Nuzzo - Luigi Filippo Paolucci - Salvatore Patti - Michele Sandulli - Gustavo Visentini

Redazione di Bari

Emma Sabatelli, Giuseppina Pellegrino, Eustachio Cardinale, Francesco Belviso, Rosella Calderazzi, Barbara Francone, Anna De Simone, Valentino Lenoci, Enrico Scoditti, Emma Chicco, Claudio D'Alonzo, Giuditta Lagonigro, Manuela Magistro, Francesco Salerno, Concetta Simone

Redazione di Foggia

Michele Bertani, Andrea Tucci, Giuseppe Di Sabato, Corrado Aquilino, Pierluigi Pellegrino, Grazia Pennella, Annalisa Postiglione, Annamaria Dentamaro, Attilio Altieri, Giulia Lasalvia

Redazione di Lecce

Maria Cecilia Cardarelli, Alessandro Silvestrini, Giuseppe Positano, Andrea Sticchi Damiani

Redazione di Napoli

Andrea Patroni Griffi, Alfonso M. Cecere, Nicola De Luca, Carlo Iannello, Sergio Marotta, Francesco Sbordone, Pasquale Serrao d'Aquino

Redazione di Roma

Giustino Enzo Di Cecco, Paolo Valensise, Vincenzo Vitalone, Valeria Panzironi, Ermanno La Marca, Valentina Depau, Davide De Filippis

Redazione di Taranto

Daniela Caterino, Giuseppe Labanca, Cira Grippa, Gabriele Dell'Atti, Giuseppe Sanseverino, Pietro Genoviva, Francesco Sporta Caputi, Barbara Mele

Direzione

Piazza Luigi di Savoia n. 41/a
70100 – BARI - (Italy)
tel. (+39) 080 5246122 • fax (+39) 080 5247329
direzione.ibattellidelreno@uniba.it

Coordinatore della pubblicazione on-line: Giuseppe Sanseverino
Redazione: presso il Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo:
Società, Ambiente, Culture - Sezione di Economia -
Via Lago Maggiore angolo Via Ancona
74121 - TARANTO - (Italy)
tel (+39) 099 7720616 • fax (+39) 099 7723011
redazione.ibattellidelreno@uniba.it
giuseppe.sanseverino@uniba.it

ISSN 2282-2461 I Battelli del Reno [on line]

I Battelli del Reno, rivista on line di diritto ed economia dell'impresa, è registrata presso il Tribunale di Bari (decreto n. 16/2012)

La rivista è licenziata con Creative Commons Attribuzione – Non commerciale - Non opere derivate 3.0 Italia (CC BY-NC-ND 3.0 IT)

LUIGI FERRARO*

La identidad de género entre el ordenamiento jurídico interno y la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana y el Tribunal de Estrasburgo**

Resumen: 1. La protección de la identidad de género y su problemático origen en Italia. 2. Ley 164/1982 y sentencia núm. 161/1985 de la Corte Constitucional. 3. La posterior reforma del Decreto Legislativo 150/2011. 4. El vínculo problemático del matrimonio tras el cambio en la atribución del sexo: sigue la jurisprudencia constitucional. 4.1 El Tribunal de Estrasburgo ante el vínculo matrimonial. 5. ¿La intervención quirúrgica como única vía para modificar los caracteres sexuales? 6. Breves observaciones finales.

1. La protección de la identidad de género y su problemático origen en Italia

El tema de los derechos fundamentales relacionados con el mundo sexual se refiere a los aspectos más íntimos de la identidad personal. La atención que predomina en la opinión pública está dirigida sobre todo a los problemas de los homosexuales, mientras otras personas como los transexuales no parecen ser objeto del mismo interés, a pesar de los peligros de discriminación a los que pueden enfrentarse.

Es bien sabido que la homosexualidad y la transexualidad son dos fenómenos muy diferentes, el primero involucra la orientación sexual de los seres humanos en sus relaciones erótico-afectivas que se expresan a favor de personas del mismo sexo, el segundo, por el contrario, se caracteriza por el «fatto che un individuo, genotipicamente e fenotipicamente di un sesso determinato, ha la consapevolezza di appartenere al sesso, o meglio al genere opposto» (P. STANZIONE, 1992, 874). En el caso de los transexuales, no sólo es relevante el aspecto anatómico y biológico, sino también el perfil psicológico, social y cultural, que establece un concepto más amplio de sexo, por lo que el transexual siente en su interior, sobre todo desde el punto de vista psíquico, no pertenecer al género que le fue asignado al nacer (F. BILOTTA, 2013, 732 ss.). Desde este punto de vista, es evidente que la identidad de género es más amplia e inclusiva que la identidad sexual (I. RIVERA, 2016, 176 S.).

Antes de que la legislación de principios de los años Ochenta entrara en vigor en Italia, sobre la protección de la transexualidad, ésta había sido encargada al poder judicial, aunque con resultados contradictorios. Por un lado, existía una jurisprudencia de mérito

que se inclinaba por avalar en varios casos la rectificación de sexo solicitada por los transexuales debida a una fuerte disociación de la persona con respecto a su identidad de género¹, por otro lado, estaba la posición de cierre de la Corte de Casación al reconocimiento de «un diritto all'identità sessuale come proiezione della percezione psicologica di genere del soggetto» (G. PALMERI, 2011, 740). En resumen, mientras los jueces de mérito procedieron a una interpretación *adeguatrice*, o sea adaptada, de los artículos 2, 3 y 32 de la Constitución para aceptar las solicitudes de transexuales, la Corte de Casación, por el contrario, permitía la rectificación del sexo en los documentos del estado civil sólo en los casos menos controvertidos, sin otorgar ninguna importancia a la sensibilidad psicológica de la persona, orientada hacia una nueva identidad de género (P. VERONESI, 2007, 58).

Esta orientación de la Corte Suprema encontró una información adicional y autorizada por la jurisprudencia contemporánea de la Corte Constitucional (sentencia núm. 98/1979), que no reconoció entre los derechos inviolables de las personas, el de «un sesso esterno diverso dall'originario, acquisito con una trasformazione chirurgica per farlo corrispondere a una originaria personalità psichica»². El juez constitucional arrojó una interpretación del art. 2 de la Ley Fundamental – que fue específicamente expuesto por el juez a quo – «come fattispecie chiusa» por su inevitable conexión con las normas constitucionales individuales que rigen los derechos fundamentales, «quanto meno nel senso che non esistono altri diritti fondamentali inviolabili che non siano necessariamente conseguenti a quelli costituzionalmente previsti»³. A fines de la década de 1970, por lo tanto, la Corte Constitucional, siendo incapaz de identificar una base constitucional para el reconocimiento del derecho a la identidad sexual (*rectius*, género) pero, sin subestimar su perfil problemático, le entregó al legislador la posibilidad de una solución⁴.

La posición adoptada por la Corte Constitucional italiana no coincidía con la adoptada el año anterior por la Bundesverfassungsgericht (BVerfG, 11 de octubre de 1978), que también se había ocupado de los asuntos relacionados con los transexuales en ausencia de un marco legislativo. A la luz de los artículos 1 (I) y 2 (I), Grundgesetz (también GG), que, como se sabe, protegen respectivamente la dignidad del hombre como algo intangible y el libre desarrollo de la personalidad de cada uno, el Tribunal Constitucional Federal Alemán reconoció la necesidad «di adeguare al sesso lo stato personale dell'uomo, e precisamente a quel sesso cui appartiene in base alla propria costituzione psichica e

* Professore Associato di Diritto pubblico comparato presso l'Università degli studi della Campania Luigi Vanvitelli.

** Cabe señalar que los párrafos 1., 2., 3., 4., 4.1 reproducen lo escrito por el Autor en contribuciones anteriores, el párrafo 5. es totalmente inédito y, finalmente, el párrafo 6. presenta consideraciones en gran parte inéditas.

¹ Trib. Bari, 22.01.1962; Corte App. Milano, 28.01.1971; Trib. Lucca, 17.04.1972, in *Giurisprudenza italiana*, 1973, I, 2, 374 ss.; Trib. Taranto, 28.01.1974; Trib. Roma, 13.02.1975; Trib. Livorno, 12.02.1976; Corte App. Napoli, 06.12.1978, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1979, 709 ss.

² Corte Constitucional, sentencia núm. 98/1979, punto 2 del *Considerato in diritto*.

³ Corte Constitucional, *ibidem*.

⁴ Corte Constitucional, *ibidem*.

física»⁵. A diferencia de la Corte Constitucional italiana, el Tribunal de Karlsruhe, a pesar de la ausencia – repetimos – de la ley, ya había aceptado en 1978 las indicaciones de la ciencia médica sobre los aspectos psicológicos del caso referido, por lo que podría afirmar que «in primo piano non sta, per i transessuali, la sessualità, bensì il cercare di far coincidere la *psiche* con la *physis*, così che l'operazione è da considerare come una parte dell'attuazione di questo obiettivo»⁶. La protección constitucional de la dignidad humana junto con la del desarrollo de la personalidad, en virtud de su carácter inmediatamente vinculante (art. 1, III, GG), había persuadido a la BVerfG del valor del perfil psicológico, para legalizar a los transexuales a que se les cambiara su sexo en el registro de nacimiento.

La misma sensibilidad jurídica manifestada por la BVerfG al reconocer el derecho a la identidad de género tuvo una respuesta más difícil en Italia, como muestra la citada sentencia de 1979 de la Corte Constitucional, hasta el punto que tuvieron que pasar algunos años para que sobre el tema de la transexualidad la Corte Constitucional reconociera la misma vía argumentativa trazada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán.

2. Ley 164/1982 y sentencia núm. 161/1985 de la Corte Constitucional

Italia tomó medidas para regular los problemas de la transexualidad con la ley 164/1982, del 14 de abril, (titulada «Regulaciones relativas a la rectificación del sexo»), después de que Suecia y Alemania ya habían adoptado una solución legislativa similar en Europa⁷.

El cambio decisivo respecto al pasado se vé en el artículo 1, apartado 1, según el cual «la rectificación se efectúa en virtud de la sentencia judicial aprobada, que atribuye a una persona un sexo diferente del que consta en el acta de nacimiento como consecuencia de cambios en sus características sexuales». Es evidente que de esta forma el legislador ha precisado normativamente lo que la Corte de Casación había negado anteriormente. La ley ha reconocido, aunque no lo exprese directamente, la necesidad de proteger a quienes por razones predominantemente psicológicas no se identifican con el sexo que les fue asignado al nacer, llevando así a nuestro ordenamiento jurídico a reconocer definitivamente el derecho a la identidad de género.

Unos años después de la aprobación de la ley, la Corte Constitucional, con la sentencia núm. 161/1985, fue llamada a pronunciarse sobre la legitimidad de determinadas disposiciones de dicho acto legislativo. En primer lugar, la Corte Constitucional no dudó, a falta de una referencia específica en la ley, en identificar a los transexuales como

⁵ BVerfG, 11 de octubre de 1978, en *Foro italiano*, 1979, IV, 273, con nota de G. VOLPE.

⁶ BVerfG, 11 de octubre de 1978, cit., 274.

⁷ Suecia fue la primera en sensibilizar sobre estos temas con la ley del 21 de abril de 1972 y posteriormente Alemania con la ley sobre transexuales del 10 de septiembre de 1980.

destinatarios de la disciplina, hasta el punto de intentar definirlos según la doctrina médico-legal de la siguiente manera: «Transessuale [...] viene considerato il soggetto che, presentando i caratteri genotipici e fenotipici di un determinato sesso [...] *sente in modo profondo* (cursiva nuestra) di appartenere all'altro sesso (o genere), del quale ha assunto l'aspetto esteriore ed adottato i comportamenti e nel quale, pertanto, vuole essere assunto a tutti gli effetti ed a prezzo di qualsiasi sacrificio»⁸.

La atención que en esta ocasión la Corte Constitucional prestó al perfil psicológico quedó provada, por ejemplo, por la afirmación que la persona *siente profundamente* pertenecer al otro sexo o en la referencia al *deseo invencible* (cursiva nuestra) del transexual⁹ de ser reconocido legalmente como perteneciente al otro sexo, hasta el punto de inducir a la Corte Constitucional a afirmar, a diferencia de antes, que «l'esigenza fondamentale da soddisfare è quella di far coincidere il soma con la psiche»¹⁰.

Es muy clara la referencia de la Corte italiana al argumento utilizado por la Bundesverfassungsgericht, es decir la necesidad de armonizar la *psique* con la *physis*, con una cesura igualmente obvia respecto a su propia línea interpretativa declarada en la sentencia de 1979. Este argumento constituye la base para apoyar el derecho a la identidad de género, en el sentido de que «viene conferito rilievo non più esclusivamente agli organi genitali esterni, quali accertati al momento della nascita ovvero “naturalmente” evolutisi, sia pure con l'ausilio di appropriate terapie medico-chirurgiche, ma anche ad elementi di carattere *psicologico e sociale* (cursiva nuestra)»¹¹.

Las disposiciones constitucionales relacionadas para justificar la existencia de este tipo de derecho son, a juicio de la Corte Constitucional, los artículos 2 y 32 de la Ley Fundamental. Empezando por este último, cabe destacar que el juez constitucional – nuevamente en la sentencia núm. 161/1985 – basándose en la ciencia médica, calificó de «natura terapeutica» la intervención quirúrgica necesaria para satisfacer la petición de los transexuales de una correspondencia auténtica entre soma y psique, de modo que debe excluirse el carácter ilícito de la misma intervención en relación con los límites sobre la disponibilidad del propio cuerpo, conforme al art. 5 Código civ., y las normas que la prevén deben ser consideradas como garantía para la persona humana y de su salud¹². La Corte Constitucional entiende el derecho a la salud como un binomio de integridad física y psíquica con igual importancia para ambos perfiles, por otra parte, también se afirma, a nivel de las normas primarias en el art. 1, ley 833/1978, que pide la protección de la *salud física y mental* y el respeto de la dignidad y la libertad del ser humano, de acuerdo con lo que también es ahora, una orientación permanente de la jurisprudencia de legitimidad como de la constitucional¹³.

⁸ Corte Constitucional, sentencia núm. 161/1985, punto 3 del *Considerato in diritto*.

⁹ Corte Constitucional, *ibidem*.

¹⁰ Corte Constitucional, *ibidem*.

¹¹ Corte Constitucional, sentencia núm. 161/1985, punto 4 del *Considerato in diritto*.

¹² Corte Constitucional, *cit.*, punto 10 del *Considerato in diritto*.

¹³ Por ejemplo, es muy fundamental el llamado de la Corte Constitucional al «fondamentale diritto alla salute degli interessati, intesa quest'ultima nel significato, proprio dell'art. 32 Cost., comprensivo anche della salute

La referencia al art. 2 de la Constitución (P. BARILE, Bologna, 1984, 26 s.) se explica como una consecuencia del valor que la identidad de género asume en las relaciones con los suyos, por lo que la Corte puede argumentar «che tale disposto non è violato quando e per il fatto che sia assicurato a ciascuno il diritto di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale, da ritenere aspetto e fattore di svolgimento della personalità. Correlativamente gli altri membri della collettività sono tenuti a riconoscerlo, per dovere di solidarietà sociale». La coincidencia entre la identificación anagráfica del género y el sentimiento psicológico de las personas sólo pueden favorecer la transparencia y seguridad de las relaciones sociales y jurídicas¹⁴.

De hecho, el cambio de rumbo del juez constitucional respecto a la sentencia núm. 98/1979 se debe a la intervención de la ley 164/1982, que introdujo en el ordenamiento jurídico italiano – según la opinión de la misma Corte Constitucional – un concepto nuevo y diferente de identidad sexual respecto al pasado¹⁵, donde también tienen importancia los perfiles psicológicos y sociales. Sin embargo, hay que señalar que el juez constitucional invoca como base de esta orientación identitaria el art. 32 de la Ley Fundamental, empezando – al menos en la sentencia núm. 161/1985 – de una caracterización patológica de la transexualidad de modo que la persona afectada por «la síndrome transsexual», al solicitar un pedido de rectificación de sexo, responde «ad una esigenza incoercibile» que pone de manifiesto el sufrimiento de su condición¹⁶.

Sin embargo, podría considerarse justificada la referencia al art. 32 de la Constitución, en virtud de la conocida definición de la Organización Mundial de la Salud (OMS), según la cual la salud no se fundamenta sólo en la simple ausencia de enfermedad, sino en una «condición de completo bienestar físico, mental y social» que puede no ser satisfecha en las personas transexuales, convirtiéndose así en un objetivo a perseguir a través de la intervención médica. Esta condición de bienestar también se ve fortalecida por las indicaciones de una parte de la doctrina según la cual la salud es un «bene giuridico tutelato dall'ordinamento in quanto "complessivo equilibrio psico-fisico dell'individuo in una determinata situazione socio-ambientale"» (B. PEZZINI, 1984, 466). Por lo tanto, la conclusión fue abandonar la visión fija de la integridad física individual y en consecuencia dar un concepto dinámico de la salud en virtud del factor psicológico (P. VERONESI, 2007, 77).

psichica oltre che fisica» (sentencia núm. 251/2008, punto 11 del *Considerato in diritto*; sentencia núm. 167/1999, punto 7 del *Considerato in diritto*); v. también Corte Constitucional, ord. núm. 136/2013, sentencias núm. 151/2009, núm. 350/2003, núm. 282/2002, núm. 372/1994, núm. 455/1990, núm. 561/1987 y núm. 184/1986. Para la Corte de Casación es útil recordar las decisiones tomadas por las secciones unidas, 01.08.2006, núm. 17461, y la sección I civ., 16.10.2007, núm. 21748, donde subraya, en este último caso, «la nuova dimensione che ha assunto la salute, non più intesa come semplice assenza di malattia, ma come stato di completo benessere fisico e psichico, e quindi coinvolgente, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza» (punto 6.1).

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia núm. 161/1985, punto 10 del *Considerato in diritto*.

¹⁵ Corte Constitucional, cit., punto 4 del *Considerato in diritto*.

¹⁶ Corte Constitucional, *ibidem*.

También la jurisprudencia de mérito sigue la misma dirección dirigida a calificar el derecho a la salud no sólo en términos de funcionalidad física, sino también en términos del bienestar psicofísico integral del que debe gozar toda persona. A ello hay que sumar la importancia que los jueces atribuyen a la sexualidad en el contexto de las relaciones humanas, más aún en esa perspectiva solidaria que sustenta la ley 164/1982 a favor de garantizar la protección de quienes buscan una identidad de género diferente¹⁷.

Al mismo tiempo no faltan los que encuentran en el art. 13 de la Constitución, que protege la libertad personal, la base del derecho presente, entendido como una libertad negativa, en el sentido de que se abstiene de hacer alguna injerencia en la identidad de género de las personas, pero sobre todo como «libertà positiva, ossia di diritto costituzionalmente garantito a pretendere il riconoscimento giuridico del proprio atto di *autodeterminazione* (cursiva nuestra), condizione ineliminabile per il pieno svolgimento della persona umana, di cui la sfera sessuale è parte integrante» (M. FORTINO, 1990, 426 s.).

La protección de la transexualidad también se ve afectada por la legislación y jurisprudencia desarrollada a nivel europeo. Empezando por la Unión Europea, no faltan disposiciones de los Tratados y en la Carta de Derechos capaces de garantizar a la persona transexual, tanto desde el punto de vista de la salud (artículos 4, 6, 9, 168 y 191 TFUE; artículo 35 Carta de Derechos UE), como en relación con la discriminación (artículos 2 y 3 TUE; artículos 8, 10, 19 y 157 TFUE; artículos 20 y 21 de la Carta de Derechos). A estas disposiciones se suman las relativas a la protección de la vida privada, la vida familiar y el derecho al matrimonio (artículos 7 y 9, de la Carta de Derechos, respectivamente) así como resoluciones específicas del Parlamento Europeo que se refieren al fenómeno de la transexualidad (Resolución del Parlamento Europeo núm. 1117, 12 de septiembre de 1989; Resolución del Parlamento Europeo, 28 de septiembre de 2011).

Naturalmente, el perfil normativo va acompañado de una importante jurisprudencia del TJUE que tiene en cuenta las discriminaciones que se originan a raíz del cambio de sexo. En el caso, por ejemplo, del despido de un transexual a causa de la operación quirúrgica a la que había sido sometido, los jueces llegaron a declarar que tolerar tal discriminación equivaldría a desconocer el respeto a la dignidad y la libertad a la que tiene derecho y que el Tribunal debe proteger¹⁸; o bien el Tribunal de Luxemburgo no duda en afirmar, en principio, contraria al derecho europeo una legislación nacional que obstaculiza a los transexuales la realización de las condiciones necesarias para el disfrute de un derecho establecido a nivel de la Unión Europea¹⁹.

El propio CEDH contempla una serie de normas que regulan todos los perfiles sensibles desde el punto de vista de la identidad de género, como la prohibición de discriminación (art. 14), el derecho a contraer matrimonio (art. 12), el derecho al respeto de la intimidad y vida familiar (art. 8). Obviamente, estas disposiciones constituyen el marco jurídico utilizado por el TEDH para sancionar los casos que vulneran los derechos

¹⁷ Trib. Roma, 11.03.2011; Trib. Catania, 18.05.1994.

¹⁸ TJUE, 30 de abril de 1996, asunto C-13/94.

¹⁹ TJUE, 27 de abril de 2006, asunto C-423/04; TJUE, 7 de enero de 2004, asunto C-117/01.

de las personas transexuales, sin que quepa alguna duda sobre la configurabilidad del derecho a la identidad de género, ya que este órgano judicial sostiene que el respeto a la vida privada y familiar de todas las personas transexuales (artículo 8) obliga al Estado a reconocer, a través de su ordenamiento, la condición jurídica de quienes se han sometido a una cirugía de reasignación de sexo²⁰.

En particular, sobre todo, es el art. 8 del CEDH que se considera «la base testuale per tutelare le esigenze delle persone transessuali» (S. PATTI, M.R. WILL, 1986, 118), por lo tanto, la legislación italiana, que también ha sido modificada, debe ocuparse de él y, en todo caso, de todo el contexto normativo europeo sobre la transexualidad.

3. La posterior reforma del Decreto Legislativo 150/2011

La Ley 164/1982 de rectificación de género fue posteriormente reformada por el Decreto Legislativo 150/2011, de 1 de septiembre, que se ocupa principalmente del perfil procesal del procedimiento. Entrando ya en el fondo de la regulación, en virtud del citado art. 1 (ley 164/1982) – que prevé la posibilidad de asignar «a una persona [un] sexo distinto del declarado en el certificado de nacimiento tras *modificazioni* (cursiva nuestra) de sus características sexuales» – es evidente que el Parlamento va más allá del principio de la no modificabilidad del sexo, aceptando por el contrario la tesis de la posible transformación del perfil sexual de una persona. Sin embargo, en este sentido, el legislador se mantuvo fiel al criterio morfológico externo (reelaborado hoy a la luz de la sentencia núm. 221/2015), como lo demuestra la mencionada necesidad de «modificazioni» de las características sexuales de la persona (P. STANZIONE, 1992, 882). Esta opción, queriendo llegar «alla coincidenza tra identità sociale e identità somatica», responde a la exigencia de la evidencia de las relaciones jurídicas pertinente al ordenamiento jurídico, que representa uno de los valores a salvaguardar a lo largo del presente caso (G. PALMERI, 2011, 742).

Sin duda, la naturaleza de las modificaciones que deben producirse para una asignación de sexo diferente es uno de los aspectos más problemáticos, como se comprobará más adelante a la luz de la jurisprudencia constitucional más reciente (sentencia núm. 221/2015). Como observación previa, debe señalarse que ni el título de la ley ni el texto normativo especifican los destinatarios de la regulación, que sin embargo la doctrina no duda deben identificarse en los transexuales – de acuerdo con lo establecido por la Corte Constitucional – ya que debe excluirse cualquier otro tipo de persona (por ejemplo: hermafroditas y pseudohermafroditas).

Todo el procedimiento de adaptación de los caracteres sexuales está bajo el vigilante control del poder judicial. En efecto, «cuando resulte necesaria la adecuación de los caracteres sexuales a realizarse mediante tratamiento médico-quirúrgico, el Tribunal lo

²⁰ TEDH, 11 de septiembre de 2007, *L. v. Lituania*, recurso núm. 27527/03; TEDH, 11 de julio de 2002, *Goodwin v. Reino Unido*, recurso núm. 28957/95; por lo que se refiere al art. 14 CEDH, TEDH, 30 de noviembre de 2010, *P.V. v. España*, recurso núm. 35159/09.

autoriza con sentencia firme [...]» (artículo 31, apartado 4, Decreto Legislativo 150/2011)²¹. Luego, la persona transexual deberá solicitar nuevamente a los órganos judiciales la sentencia de rectificación del sexo, conforme al art. 1, ley 164/1982. La intervención del poder judicial se justifica por el importante interés público que subyace a la solicitud de cambio de atribución de sexo y que se manifiesta en el cambio de nombre en los registros del estado civil, en el desarrollo ordenado de las relaciones jurídicas, en las consecuencias para los hijos, etc. (B. PEZZINI, 1984, 467).

Al respecto, es importante que el legislador prevea la autorización por sentencia de parte del Tribunal para el tratamiento médico-quirúrgico necesario para la adaptación de las características sexuales. A pesar del carácter terapéutico de la intervención médica que en general debería justificar la máxima expansión de la libertad de autodeterminación, la participación de la autoridad judicial sigue estando establecida, pues el Tribunal deberá verificar que la actividad del médico sea respetuosa con la persona y, por ende, con la dignidad humana (art. 32, apartado 2, Constitución). El juez deberá comprobar que la intervención sanitaria responda «all'interesse del soggetto obiettivamente valutato» en relación con los diversos componentes de la identidad de género (psicofísico, social y cultural) (P. STANZIONE, 1992, 880), y luego tener en cuenta las consecuencias, en el derecho público, típicas de la rectificación, como, por ejemplo, el cambio de nombre.

Al mismo tiempo, la autorización del magistrado también es eficaz incluso para excluir el carácter ilícito de la intervención médica, que en este caso debe confrontarse con el citado art. 5 Código civ., que establece la prohibición de los actos de disposición sobre el propio cuerpo, cuando causen una disminución permanente de la integridad física o cuando sean contrarios a la ley, el orden público o la moral. Precisamente en relación con esta última disposición, el juez constitucional fue elocuente al declarar que «il trattamento sanitario, che abbia ad oggetto l'adeguamento dei caratteri sessuali morfologici esterni alla identità psico-sessuale, rientra tra quelli che, pur determinando una diminuzione permanente della propria integrità fisica, sono eccezionalmente ammessi dall'ordinamento – in deroga al divieto di cui all'art. 5 del codice civile – nei limiti fissati dal legislatore statale con la legge del 14 aprile 1982 n. 164»²².

Esto, además, está en sintonía con las indicaciones de la misma Corte Constitucional, que con autoridad, por un lado, vinculó la salud al art. 13, apartado 1, Ley Fundamental – desde el punto de vista de la «libertà, nella quale è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo» – por otro lado, argumentó, esta vez tomando como ejemplo el apartado 2 del art.13, que «tale precetto costituzionale, proprio perché pone limiti all'esecuzione di misure concernenti l'ispezione personale, consente la praticabilità della *via giurisdizionale* (cursiva nuestra) per l'ammissione

²¹ El art. 31, Decreto Legislativo 150/2011, reemplazó los artículos 2 y 3 de la ley 164/1982 ahora suprimidos. Sobre la necesidad de que el Tribunal verifique la ejecución efectiva de la intervención autorizada, Trib. Roma, 22.03.2011.

²² Corte Constitucional, sentencia núm. 253/2006, punto 7 del *Considerato in diritto*.

di atti di istruzione, anche preventiva, aventi ad oggetto la propria persona, beninteso siempre nel rispetto di modalità compatibili con la dignità della figura umana, come richiamato in Costituzione all'art. 32, secondo comma»²³.

La primera y más importante verificación que se le encarga al magistrado es la que tiene por objeto averiguar la separación entre el sexo originalmente atribuido a la persona y sus sentimientos psicológicos, en virtud de la relevancia que este último perfil tiene para la identidad de género. Sin embargo, lo que sorprende es la ausencia total de requisitos en la disciplina legislativa precisamente al aspecto psíquico; por el contrario, antes de la reforma, el art. 2, apartado 4, ley 164/1982, establecía que el juez de instrucción podía adquirir – «quando necessario», por tanto sin ninguna obligación legal – la «consulenza intesa ad accertare le condizioni psico-sessuali dell'interessato» (S. PATTI, M.R. WILL, 1986, 24 ss.). La abolición de esta disposición por el Decreto Legislativo 150/2011 ha eliminado cualquier tipo de referencia al perfil psicológico, a pesar de su importancia en la identidad de género que está en la base del caso que nos ocupa. No es casualidad que la discrepancia comprobada entre el soma y la identidad psíquica de las personas legitime la concesión por parte del Tribunal de autorización para la intervención medica. (P.M. VECCHI, 1994, 5)²⁴.

4. El vínculo problemático del matrimonio tras el cambio en la atribución del sexo: sigue la jurisprudencia constitucional

La Corte Constitucional tuvo que lidiar con un problema adicional, cuando un nuevo caso que se presentó reveló una relación entre el derecho a la identidad de género y el derecho a la orientación sexual, que no fue resuelto fácilmente. Como se sabe, se trata de dos perfiles diferentes que involucran la forma más íntima de la persona humana y que, por lo tanto, requieren de parte de todos la máxima atención y una alta consideración en su tratamiento.

La pregunta planteada ante el juez constitucional se refería a una persona originalmente de sexo masculino y legalmente casada, quien, sin embargo, en un matrimonio constituido, en el ejercicio legítimo de su derecho a la identidad de género y de acuerdo con el otro cónyuge, decidió proceder a la rectificación del sexo según las indicaciones de la ley 164/1982. La interesada – que ahora se había convertido en una persona del sexo femenino – obtuvo una sentencia del Tribunal de Bolonia (junio de 2009) que ordenaba al registrador del municipio de residencia, realizar la modificación relativa en el registro correspondiente; sin embargo, el mismo funcionario público procedió a

²³ Corte Constitucional, sentencia núm. 471/1990, punto 3 del *Considerato in diritto*.

²⁴ Sobre la importancia del asesoramiento orientado a conocer las condiciones psico-sexuales del solicitante, Trib. Monza, sec. IV, 18.01.2005; en otras ocasiones, el poder judicial (Trib. Reggio Emilia, 05.05.2011; Trib. Perugia, 30.11.1985, ambos en www.articolo29.it) no considera obligatoria la asesoría judicial, resultando suficiente la documentación adjuntada por las partes.

anotar, al margen del acta de matrimonio, la cesación de los efectos civiles del matrimonio, en los términos del art. 4 de la ley 164/1982, aunque el Tribunal de Bolonia no había dictado ninguna disposición al respecto.

A raíz de esta nueva anotación realizada por el registrador, surgió una disputa legal, ya que los dos cónyuges – después de compartir la decisión de cambiar el sexo – nunca manifestaron su intención de interrumpir su relación matrimonial. Inicialmente, el Tribunal de Módena ordenó la cancelación de la anotación sobre el fin de los efectos civiles del matrimonio, a petición de los cónyuges interesados. En cambio, el Tribunal de Apelación de Bolonia procedió a reformar por completo la sentencia de primera instancia, ya que la permanencia del vínculo matrimonial significaría en este caso «mantenere un rapporto privo del presupposto suo legittimo più indispensabile: la diversità sessuale dei coniugi» (Tribunal de Apelación de Bolonia). De esta forma, el juez de apelación confirmó la disolución del vínculo matrimonial remitiéndose al principio de heterosexualidad en el matrimonio.

El asunto llegó a la Corte de Casación que, sin embargo, pretendió remitirlo a la Corte Constitucional, dada su relevancia y la no manifiesta falta de fundamento. En efecto, el Tribunal Supremo cuestionó la constitucionalidad del art. 4, ley 164/1982, según el cual, en la parte pertinente, la sentencia de rectificación del sexo «produce la disolución del matrimonio o la cesación de los efectos civiles derivados de la transcripción del matrimonio celebrado con rito religioso» sin dar opción a los conyugues sobre la permanencia del vínculo matrimonial, a pesar de que la misma sentencia firme de «rectificación del sexo» se incluyó entre las causas de divorcio a instancia de una de las partes²⁵. De este modo, a juicio de la Corte de Casación se produce una «operatività *ope legis* della causa di scioglimento del vincolo»²⁶ que, por un lado, garantiza el interés del Estado en la conservación del modelo de familia de tipo heterosexual, por otro, sacrifica una serie de derechos, entre ellos el derecho a la libre determinación del interesado en cuanto a su identidad de género, la conservación del vínculo conyugal, la elección del otro cónyuge sobre la continuación de la relación matrimonial, así como el derecho a no ser discriminado irrazonablemente contra otras parejas casadas que pueden decidir libremente sobre el divorcio (P. STANZIONE, 1992, 889 s.). A luz de ello, la pregunta de fondo que llamó la atención de la Corte Constitucional se concretó «nella valutazione dell'adeguatezza del sacrificio imposto all'esercizio di tali diritti dall'imperatività dello scioglimento del vincolo per entrambi i coniugi»²⁷ (F. BILOTTA, 2013, 765 s.).

En definitiva, ante la voluntad expresada por los interesados a favor de la continuación del vínculo matrimonial, el juez remitente identificó en la citada legislación una hipótesis de 'divorcio impuesto' (M. BALBONI, M. GATTUSO, 2014, 6) en referencia a la naturaleza heterosexual del matrimonio; de hecho, es evidente cómo la rectificación del

²⁵ De conformidad con el art. 3, apartado 1, núm. 2), letra g), ley 898/197, modificado por el art. 7 de la ley 74/1987.

²⁶ Corte de Casación, ord. núm. 14329/2013.

²⁷ Corte de Casación, *ibidem*.

sexo transforma el vínculo conyugal entre dos personas originariamente de diferente sexo en una relación homosexual.

La Corte Constitucional, en una sentencia aditiva de principio, núm. 170/2014, aceptó el tema de legitimidad (P. VERONESI, 2014, 11). Como observación preliminar, el juez constitucional quiso resaltar los dos supuestos que – a su juicio – caracterizan el caso: por un lado, confirmó el «requisito essenziale» de la heterosexualidad del matrimonio, que sería vulnerado por la decisión de los cónyuges de continuar en su propia relación, por el otro, resaltó la presencia de «un progresso vissuto» matrimonial, debidamente constituido y en la que se habían acumulado «reciproci diritti e doveri, anche di rilievo costituzionale»²⁸ que marcan la diferencia con una unión homosexual tout court.

Sin embargo, la Corte Constitucional no estuvo de acuerdo con algunos de los parámetros de constitucionalidad expuestos por la Corte de Casación. En primer lugar y de acuerdo con la sentencia anterior núm. 138/2010, el juez constitucional no señaló en el art. 29 de la Constitución la norma de referencia, ya que la idea de matrimonio que se determina en esta última disposición es la del Código civil de 1942 que exige la diferencia de sexo entre los dos cónyuges.

Tampoco se tomaron en cuenta la referencia a los artículos 8 y 12 de la CEDH – que regulan respectivamente el derecho a la protección de la vida privada y familiar y el derecho a contraer matrimonio – en su calidad de normas interpuestas a los artículos 10, apartado 1, y 117, apartado 1, de la Constitución; en este caso, el motivo de la negativa se encuentra en la directriz del TEDH – por otra parte confirmada²⁹ – según la cual, en ausencia de un consensus entre los distintos Estados europeos con respecto a las uniones del mismo sexo, se mantiene en firme la discrecionalidad de los legisladores nacionales en la elección de las formas de protección para garantizar a las parejas homosexuales³⁰.

La Corte Constitucional, por su parte, encontró en el art. 2 de la Ley Fundamental el parámetro de referencia, en la medida en que la relación afectiva entre dos personas del mismo sexo debe de incluirse dentro de las formaciones sociales a que se refiere el mismo art. 2, aunque quede a discreción del Parlamento identificar los métodos de protección más apropiados para este tipo de uniones basadas en el carácter de estabilidad (B. PEZZINI, 2014).

También por este lado, se confirma lo que ya había sostenido la Corte Constitucional en la sentencia núm. 138/2010, al no extender la disciplina del matrimonio a las uniones entre personas del mismo sexo en nombre del «interesse dello Stato a non modificare il modello eterosessuale del matrimonio»³¹; de lo que se deduce que la diferencia

²⁸ Corte Constitucional, sentencia núm. 170/2014, punto 5.1 del *Considerato in diritto*.

²⁹ TEDH, 21 de julio de 2015, *Olari y otros v. Italia*, recursos acumulados, núm. 18766/11 e núm. 36030/11, párr. 162.

³⁰ Corte Constitucional, sentencia núm. 170/2014, punto 5.3 del *Considerato in diritto*.

³¹ Corte Constitucional, cit., punto 5.6 del *Considerato in diritto*.

de sexo para nuestro ordenamiento jurídico ha de ser considerada un *requisito esencial* en la relación matrimonial, según la misma admisión de la Corte Constitucional³².

El juez constitucional, sin embargo, no pudo dejar de subrayar la peculiaridad del caso que se trata, dada la relación matrimonial preexistente válidamente establecida y que, por tanto, había generado una situación de derechos y deberes digna de protección. Pues bien, en la examinación (A. MORRONE, 2014, 15) parece evidente cómo la disciplina legislativa se había dirigido hacia una exclusiva protección del interés del Estado en salvaguardar el modelo heterosexual de matrimonio, relegando a una posición totalmente recesiva los intereses de la pareja que se habían constituido precisamente en razón del período de matrimonio anterior a la sentencia de rectificación del sexo³³.

La Corte también rechaza la hipótesis de una sentencia manipuladora destinada a sustituir excepcionalmente el divorcio automático por la disolución del vínculo matrimonial a petición de una de las partes, también con el fin de excluir radicalmente la posibilidad de conceder dicho vínculo a personas que hayan llegado a pertenecer al mismo sexo. Por ello, la Corte Constitucional invita urgentemente al legislador a intervenir, a fin de que el nuevo estatuto de la pareja pueda encontrar una protección adecuada a través de instituciones jurídicas, aunque distintas al matrimonio, pero capaces de preservar los derechos y deberes propios del casamiento. En efecto, la sentencia de este último juez es tan profunda como para identificar en la «convivenza registrata» la forma de protección más adecuada para situaciones de este tipo, sin perjuicio, por supuesto, de la potestad discrecional del Parlamento para fijar la disciplina³⁴, como sucederá más adelante con la regulación de las uniones civiles entre personas del mismo sexo, de conformidad con la ley 76/2016, aprobada precisamente a instancias de la Corte Constitucional. De ahí, la declaración de ilegitimidad en la sentencia núm. 170/2014, por violación del art. 2 de la Constitución, en perjuicio del citado art. 4 y del conexo art. 2, ley 164/1982, donde no previeron ningún tipo de protección a la pareja tras la disolución automática del matrimonio producida por la sentencia de rectificación del sexo³⁵, contexto normativo ahora modificado con la nueva ley 76/2016.

4.1 El Tribunal de Estrasburgo ante el vínculo matrimonial

³² Corte Constitucional, cit., punto 5.1 del *Considerato in diritto*.

³³ Corte Constitucional, cit., punto 5.6 del *Considerato in diritto*.

³⁴ Corte Constitucional, cit., punto 5.7 del *Considerato in diritto*.

³⁵ Siguiendo la sentencia núm. 170/2014 de la Corte Constitucional, según la Corte de Casación – en una fase anterior a la ley 76/2016 – se deduce la necesidad de subsanar la ausencia radical de protección de la pareja demandante, por lo que se deben sustraer los efectos de la disolución automática del vínculo matrimonial, a fin de permitir a las partes mantener los derechos y deberes propios del matrimonio hasta que el Parlamento haga posible «mantenere in vita il rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata» (sentencia núm. 8097/2015). Esta decisión de la Corte de Casación también precede a la posterior ley 76/2016.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ocupó – primero con una sentencia de la sección cuarta y luego con la decisión final confirmatoria de la Gran Sala – de un caso (*H. v. Finlandia*) ocurrido en Finlandia³⁶, cuyos terminos se aproximan al asunto examinado por el Tribunal Constitucional italiano.

El interesado, en principio de sexo masculino, se casó en 1996 y se convirtió en padre en 2002. Sin embargo, llevaba tiempo experimentando incomodidad por su identidad sexual, por lo que procedió a cambiarse el nombre (2006) y luego se sometió a una cirugía (2009) con el fin de cambiar su identidad a una mujer. Sin embargo, de conformidad con The Gender confirmation of transsexual individuals Act (ley finlandesa 563/2002, de 28 de junio), la mujer transexual no había cumplido con todas las condiciones necesarias para obtener la rectificación de su sexo por parte de las autoridades de ese País. De hecho, en Finlandia la legislación exige (1§ n. 3) el celibato (o la soltería) del transexual, como requisito previo adicional, ya que el ordenamiento reconoce la posibilidad de contraer matrimonio sólo con personas de distinto sexo, mientras que para las relaciones homosexuales se prevén uniones civiles. Por tanto el interesado, debería haber optado previamente por la disolución de su vínculo conyugal, o bien haber procedido a la conversión del matrimonio en unión civil registrada, siempre que haya existido el consentimiento del otro cónyuge, también de sexo femenino.

Sin embargo, éste último había compartido el proceso de cambio de sexo con su pareja transexual, por lo que la pareja, habiendo permanecido unida en su vínculo afectivo, no había optado por la solución del divorcio, ni había procedido a convertir el vínculo conyugal en unión civil, deseando continuar una relación de tipo matrimonial también por motivos religiosos³⁷. Naturalmente, esta decisión excluyó a la pareja fuera de la legislación finlandesa sobre la relación matrimonial heterosexual, obligándola a interponer una demanda al TEDH tras haber agotado negativamente los recursos legales internos.

El Tribunal de Estrasburgo tuvo que examinar el caso a la luz de los artículos 8, 12 y 14 de la CEDH, que protegen el derecho del respeto a la vida privada y familiar, el derecho al matrimonio y la prohibición de discriminación. A este respecto, la demandante no dejó de señalar que el derecho jurídico finlandés obliga a la persona transexual a hacer una elección dicotómica entre dos derechos igualmente fundamentales, a saber, el derecho a la autodeterminación sexual y el derecho al matrimonio (F.R. AMMATURO, 2014, 110). El objetivo no es ampliar los derechos matrimoniales a una pareja homosexual, sino únicamente preservar el vínculo matrimonial ya existente, protegiendo también la relación parental con su propio hijo.

En ambas decisiones, el TEDH se pronunció en sentido contrario, sosteniendo que la legislación del País escandinavo no violaba el Convenio. En opinión del Tribunal, la disposición legal de la conversión del matrimonio en unión afectiva diferente (2§), que conserva los mismos derechos y deberes que la primera, establece un equilibrio entre el

³⁶ Como precedente jurisprudencial, ver TEDH, 28 de noviembre de 2006, *Parry v. Reino Unido*, recurso núm. 42971/05.

³⁷ TEDH, 16 de julio de 2014, *H. v. Finlandia*, recurso núm. 37359/09, párr. 15.

derecho de la persona transexual a que se reconozca su identidad de género y el interés del Estado finlandés en mantener el modelo heterosexual del vínculo matrimonial³⁸. En particular, la sentencia de la Gran Sala destaca la discrecionalidad de la que gozan los Estados adherentes al CEDH en esta materia, debido a la variedad de sus ordenamientos, pero sobre todo a la continua ausencia en muchos de ellos de una legislación «on gender recognition»³⁹. Por lo tanto, como señala una parte de la doctrina, «non è possibile per la Corte desumere alcun “European consensus” utilizzabile quale parametro giuridico di riferimento che limiti in modo più netto la condotta degli Stati parte. Non resta, quindi, che garantire ad essi un ampio margine di manovra» (P. PUSTORINO, 2014).

Parece evidente cómo, mediante el consentimiento del otro cónyuge, la posibilidad prevista de convertir el matrimonio en unión civil, lleva al Tribunal de Estrasburgo a no considerar la legislación desequilibrada a favor del interés estatal en el matrimonio entre personas de diferente sexo, también porque el mismo juez pudo verificar, en el presente caso, que la aplicación de la ley sobre uniones civiles no habría tenido consecuencias negativas en la situación jurídica de la pareja.

La ausencia de un European consensus sobre este tipo de situaciones parece sugerir que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos debe ser cauteloso en sus decisiones; en su opinión, no existe actualmente un mínimo común denominador entre los Estados miembros al CEDH en cuanto a la solución matrimonial para las parejas del mismo sexo, por lo que – dejando discrecionalidad sobre este punto a los Estados – su principal objetivo es garantizar soluciones equilibradas en la protección de derechos, como en el caso de la transformación de una pareja originalmente heterosexual en una pareja que se convirtió en homosexual tras la rectificación del sexo de uno de los cónyuges (M.M. WINKLER, 2012, 582).

No es casualidad que el Tribunal de Estrasburgo se refiera principalmente, de acuerdo con su jurisprudencia anterior, al art. 8 de la CEDH que, al garantizar la vida privada, constituye el fundamento de los derechos de las personas transexuales (S. PATTI, M.R. WILL, 1986, 118), sin necesidad de acudir, por el contrario al art. 12 de la CEDH que reconoce el derecho al matrimonio y a la familia, especialmente cuando esta última disposición se considera incapaz, desde un punto de vista interpretativo, de imponer a los Estados la obligación jurídica del matrimonio para cualquier tipo de unión (F. SAIITTO, 2014, 73 s.; A. LORENZETTI, 2013, 182 ss.).

5. ¿La intervención quirúrgica como única vía para modificar los caracteres sexuales?

³⁸ TEDH, cit., párr. 87 e 88.

³⁹ TEDH, cit., párr. 74.

El citado art. 1, ley 164/1982, plantea entonces el problema del carácter indispensable de la cirugía para realizar aquellas modificaciones de los caracteres sexuales deseadas por el legislador. Existe una importante jurisprudencia que tiende a destacar sobre todo el perfil psicológico de la pregunta que se refiere a los transexuales, excluyendo así la imperiosa necesidad de un remedio quirúrgico⁴⁰, que, en cambio, es considerado indispensable por otra parte, aunque minoritaria, de la jurisprudencia⁴¹.

Sin embargo, este perfil también fue abordado específicamente por la Corte Constitucional italiana, cuando en la sentencia núm. 221/2015, se le sometió la pregunta de la legitimidad constitucional del art. 1, ley 164/1982. Por un lado, ha sido subrayada por el juez a quo la posible violación de los artículos 2 y 117, apartado 1, Ley Fundamental, con referencia al art. 8 de la CEDH, ya que los tratamientos clínicos altamente invasivos, pero considerados necesarios por la ley, podrían poner en peligro la plena realización del derecho a la identidad de género; por otro lado se ha denunciado el conflicto entre los artículos 3 y 32 de la Constitución, ya que el ejercicio de este derecho a la identidad, está sujeto irrazonablemente a la aplicación de tratamientos sanitarios que pueden resultar peligrosos para la salud del interesado.

En primer lugar, la Corte Constitucional reafirma el «riconoscimento del diritto all'identità di genere quale elemento costitutivo del diritto all'identità personale», de conformidad con el art. 2 de la Constitución y en el art. 8 CEDH⁴² (M. EPIFANIA, 2020, 279 s.). Esta perspectiva valorativa nos lleva a no considerar necesario el tratamiento quirúrgico, «il quale costituisce solo una delle possibili tecniche per realizzare l'adeguamento dei caratteri sessuali», pensando, por ejemplo, en quienes por razones de salud no podrían sostener, en tales casos, una operación quirúrgica particularmente exigente⁴³ (N. POSTERARO, 2017, 1355 ss.). Esta interpretación, a juicio de la Corte, sería confirmada por el art. 31, apartado 4, Decreto Legislativo 150/2011, cuya redacción – «cuando sea necesario ajustar las características sexuales a alcanzar mediante un tratamiento médico-quirúrgico, el tribunal lo autorice con sentencia firme» – sugiere claramente que corresponde al juez, mediante la autorización de la intervención quirúrgica, quien valore estrictamente su indispensabilidad, en función del caso que se le someta.

Esto significa encomendar al interesado la elección de los métodos más adecuados para llevar a cabo su rectificación de sexo, teniendo en cuenta debidamente todos los aspectos constitutivos de la identidad de género, como los psicológicos, físicos y sociales, en cumplimiento del principio de autodeterminación⁴⁴ (S. PATTI, 2016, 107). Sin embargo

⁴⁰ Trib. Roma, núm. 13618/2017; Trib. Roma, núm. 80/2017; Trib. Bari, núm. 3140/2017; Trib. Trento, núm. 183/2017; Trib. Pistoia, núm. 133/2017.

⁴¹ Trib. Mantova, núm. 275/2017; Trib. Catania, núm. 5099/2015. Esta jurisprudencia, al igual que la de la nota anterior, está tomada de F. FONTANAROSA, 2018, 713 s.

⁴² Corte Constitucional, sentencia núm. 221/2015, punto 4.1 del *Considerato in diritto*.

⁴³ Corte Constitucional, *ibidem*.

⁴⁴ Incluso la Corte de Casación, sentencia núm. 15138/2015, destaca cómo la elección de la persona transexual a favor del tratamiento quirúrgico debe ser el resultado de «un processo di autodeterminazione» por parte del interesado.

la Corte Constitucional requiere «un rigoroso accertamento giudiziale delle modalità attraverso le quali il cambiamento è avvenuto e del suo carattere definitivo»⁴⁵, confirmando la naturaleza posible de la cirugía, que sólo el juez puede considerar indispensable para la salud psicofísica de la persona transexual en este caso. El papel del magistrado dentro del procedimiento de rectificación de género debe ser el de garantizar el interés general en la seguridad de las relaciones jurídicas⁴⁶, de manera que la función atribuida a la autoridad judicial represente el punto de equilibrio razonable entre este interés público y el derecho de elección de la persona interesada, que – tras haber realizado la posible intervención quirúrgica posterior a la sentencia judicial – aún podrá obtener del Tribunal la sentencia que, admitiendo la solicitud de rectificación de sexo, ordenará al registrador competente efectuar la rectificación en el registro correspondiente (art. 31, apartado 5, Decreto Legislativo 150/2011).

Este enfoque interpretativo ha sido confirmado aún más recientemente, por la jurisprudencia constitucional, al afirmarse que el «procedimento giudiziale [...] garantisce, al contempo, sia il diritto del singolo individuo, sia quelle esigenze di certezza delle relazioni giuridiche, sulle quali si fonda il rilievo dei registri anagrafici»⁴⁷ (C.P. GUARINI, 2018, 2 ss.; C. PERAGO, 2020, 23 ss.). Sin embargo, frente a la orientación jurisprudencial que certifica el valor de la autodeterminación de la persona transexual, cabe señalar en términos críticos que nada ha sido establecido por el legislador italiano respecto, por ejemplo, a las Consultorías Técnicas de Oficio capaces de determinar – posiblemente encontrándose también con aquellas de parte – el grado de fiabilidad de la elección realizada por el interesado, más aún si se tiene en cuenta que, tras las decisiones de la Corte Constitucional, también se podrá retroceder en la transición, en el sentido de un posible replanteamiento respecto a la elección realizada previamente (L. FERRARO, 2015, 2062 s.).

El tema de la cirugía también fue abordado por el TEDH (*Affaire Y.Y. v. Turquie*, 2015), en relación a una persona que en Turquía no tuvo la oportunidad de ser intervenida quirúrgicamente, ya que no se había sometido previamente a una esterilización definitiva, como condición exigida por la ley de ese País para recibir la autorización por parte de la autoridad judicial para la cura quirúrgica. A la luz del art. 8 de la CEDH, relativo al derecho al respeto de la vida privada y familiar, el Tribunal de Estrasburgo consideró ilegal la negación de la cirugía, ya que suponía una intromisión indebida en la vida privada del interesado, lo que también suponía conceder la protección adecuada «per la prima volta [...] [ad] una persona transessuale non operata» (D. ZANNONI, 2015). Así amparándose en el artículo art. 8 del CEDH, el Tribunal de Estrasburgo reconoció el derecho de la persona a rechazar las operaciones médico-quirúrgicas consideradas perjudiciales para la «propria integrità psicofisica» (E. COVACCI, 2016, 121).

⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia núm. 221/2015, punto 4.1 del *Considerato in diritto*.

⁴⁶ TEDH, 11 de octubre de 2018, *S.V. v. Italia*, recurso núm. 55216/08.

⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia núm. 180/2017, punto 5.2 del *Considerato in diritto*.

6. Breves observaciones finales

El examen realizado hasta ahora sobre el fenómeno de la transexualidad, partiendo de la experiencia italiana, pero con el apoyo de la jurisprudencia del TEDH, claramente ha puesto de manifiesto la importancia cada vez mayor que asume el perfil psicológico, a fin de declarar en parte inadecuada la normativa interna. De hecho, la ley 164/1982 no le presta especial atención; la única referencia a este perfil se encontraba en el art. 2, apartado 4, relativo a la posibilidad de que el juez de instrucción adquiriera un dictamen sobre las «condiciones psico-sexuales del interesado», pero esta disposición fue posteriormente abolida por el Decreto Legislativo 150/2011. Aunque la jurisprudencia de mérito, en algunos casos, necesita la asesoría de los expertos de oficio no podemos dejar de destacar la ausencia en la regulación de una referencia frente al aspecto psicológico, cuando por el contrario la Corte Constitucional ha resaltado su valor dentro del fenómeno de la transexualidad, hasta el punto de afirmar que «il transessuale, più che compiere una scelta propriamente libera, obbedisce ad una esigenza incoercibile, alla cui soddisfazione è spinto e costretto dal suo “naturale” modo di essere»⁴⁸ (P. STANZIONE, 2011, 10 s.).

La importancia del perfil psicológico, que fundamenta el derecho a la libre autodeterminación de género, siempre ha planteado de manera problemática el tema de la necesidad de la intervención médica, especialmente quirúrgica, y la reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana –apoyada también por la internacional del TEDH– se ha orientado para que la intervención quirúrgica no sea indispensable, confiando la decisión final a la evaluación imparcial por parte de un juez, quien también podría considerar que existen las condiciones para una intervención exclusivamente farmacológica (A. VENTURELLI, 2021, 339 ss.). La situación de salud y la edad de la persona, por ejemplo, podrían sugerir la posibilidad de adoptar solo una terapia hormonal, que también produce efectos importantes en el cuadro morfológico de la persona, de lo contrario, queriendo razonar de manera diferente, incluso el aspecto psicológico quedaría oscurecido por la cirugía como condición necesaria e indispensable para la rectificación del sexo.

Es evidente que la operación quirúrgica, más que cualquier otra terapia, facilita el paso hacia una nueva identidad de género, de manera que afecte lo menos posible las expectativas legítimas del tercero en las relaciones jurídicas. Sin embargo, por otro lado, existen otros valores constitucionales, igualmente relevantes, como el derecho a la protección de la salud (artículo 32 de la Constitución) y el derecho a la autodeterminación sexual de la persona interesada, por lo que en última instancia el balance sólo puede referirse al caso concreto evaluado por un magistrado, que debe inspirarse en el principio de integración entre los derechos fundamentales en juego (M. CARTABIA, 2013, 10 ss.).

En cuanto al tema problemático del matrimonio, relacionado con la rectificación del sexo, la jurisprudencia constitucional y el Tribunal de Estrasburgo han destacado la

⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia núm. 161/1985, punto 4 del *Considerato in diritto*.

necesidad que el matrimonio se convierta en una unión legalmente reconocida entre personas del mismo sexo y, por tanto, capaz de heredar los derechos y deberes adquiridos durante la relación matrimonial (A. PUGIOTTO, 2008, 15). En el momento de la sentencia núm. 170/2014 de la Corte Constitucional, la situación italiana se caracterizaba por la falta de una disciplina relativa a las parejas del mismo sexo, hasta el punto que en aquel momento Italia recibió una sentencia condenatoria por parte del propio TEDH (*Oliari y otros v. Italia*, 2015) precisamente por la ausencia de una protección legislativa capaz de garantizar a las parejas del mismo sexo una relación estable reconocida por la ley. Esta omisión legislativa se sumaba, como se vió anteriormente, a una regulación del art. 4, ley 164/1982, según la cual la sentencia de rectificación de la atribución de sexo provocó la disolución del matrimonio, sin que éste se convirtiera en otra institución jurídica – precisamente por su ausencia en el ordenamiento jurídico italiano – capaz de perpetuar la relación afectiva y jurídica entre los dos cónyuges, evidentemente convencidos de continuar su relación sentimental.

La Corte Constitucional, acogiendo el tema de legitimidad constitucional a través de una sentencia aditiva de principio, y el Parlamento, con la ley 76/2016 sobre la regulación de las uniones civiles entre personas del mismo sexo, han intentado solucionar el problema de la disolución automática del matrimonio tras la rectificación sexual. La peculiaridad de este caso se encuentra, en primer lugar, en la experiencia conyugal previa respecto del supuesto cambio de género, que permite a la persona transexual la legítima expansión de su derecho a la autodeterminación como principal situación jurídica subjetiva. Precisamente el equilibrio entre el interés del Estado en preservar los modelos de familia y el derecho del transexual a cambiar el sexo de origen es lo que permite al TEDH – en una situación similar, decidida con la sentencia *H. v. Finlandia* – evaluar la disciplina del País escandinavo como respetuosa de la Convención, donde prevé precisamente la conversión del matrimonio en unión civil a petición de las partes. Por lo tanto, la Corte Constitucional italiana destacó – ex adverso – un equilibrio irrazonable en la legislación en virtud de la protección exclusiva reservada al interés estatal en términos de certeza de las relaciones jurídicas, especialmente en esa etapa histórica en la que Italia aún carecía de un marco legislativo sobre las uniones afectivas entre personas del mismo sexo, a fin de excluir cualquier posibilidad de conversión del matrimonio.

A la luz de todo esto, el conjunto de casos examinados muestra, por un lado, una legislación italiana que lucha por adaptarse a las nuevas sensibilidades sociales y jurídicas relativas al asunto de la identidad de género y, por otro, el esfuerzo de la jurisprudencia constitucional y del Tribunal de Estrasburgo por encontrar un equilibrio razonable en un contexto, como el de la transexualidad, en el que contraponen una diversidad de bienes jurídicos dignos de protección por el ordenamiento jurídico. Es precisamente esta diversidad de situaciones jurídicas opuestas la que pone de manifiesto la necesidad en esta materia de verificar continuamente este equilibrio, ya que la ampliación de los derechos en este tema puede ser cambiante por las distintas sensibilidades históricas, lo que parece

sugerir a la doctrina y jurisprudencia un seguimiento cuidadoso y continuo de los temas de identidad de género.

Bibliografia:

- F.R. AMMATURO, *Il “divorzio imposto” per le persone transgender nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’Uomo: i profili socio-giuridici di H. c. Finlandia*, in *GenIUS* n. 1, 2014;
- M. BALBONI, M. GATTUSO, *Famiglia e identità di genere: “divorzio imposto” e diritti fondamentali*, in *GenIUS* n. 1, 2014, (la Rivista è reperibile sul sito <http://www.articolo29.it/wpcontent/uploads/2014/06/genius-2014-01.pdf>);
- P. BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna 1984;
- F. BILOTTA, *Transessualismo (voce)*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche (Aggiornamento)*, Torino, 2013;
- G. BRUNELLI, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. “divorzio imposto”*, in <http://www.articolo29.it> 26 giugno 2014;
- M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma – Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, in http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf;
- E. COVACCI, *Transessualismo: i requisiti necessari per il riconoscimento giuridico del cambiamento di genere prima e dopo la sentenza 221/2015 della Corte costituzionale*, in *GenIUS* n. 1, 2016;
- M. EPIFANIA, *La soluzione del provvedimento in esame e gli orientamenti conformi*, in *Il Foro napoletano* n. 1, 2020;
- L. FERRARO, *Il giudice nel procedimento di rettificazione del sesso: una funzione ormai superata o ancora attuale?*, in *Questione Giustizia* n. 2, 2016;
- L. FERRARO, *La Corte costituzionale e la primazia del diritto alla salute e della sfera di autodeterminazione*, in *Giurisprudenza Costituzionale* n. 6, 2015;
- F. FONTANAROSA, *Il diritto all’identità di genere nel procedimento di rettificazione dell’attribuzione di sesso: cenni comparatistici*, in *Europa e diritto privato* n. 2, 2018;
- M. FORTINO, *Sesso (voce)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLII, Giuffrè, Milano 1990;
- C.P. GUARINI, «Maschio e femmina li creò» ... o, forse, no. *La Corte costituzionale ancora sulla non necessità di intervento chirurgico per la rettificazione anagrafica di attribuzione di sesso*, in *federalismi.it* n. 8, 2018;
- A. LORENZETTI, *Diritti in transito*, Franco Angeli, Milano 2013;
- A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale*, Giappichelli, Torino 2014;
- L. PALAZZANI, *Identità di genere?*, Edizioni San Paolo, Cinisello Balsamo (MI) 2008;

- G. PALMERI, *Il cambiamento di sesso*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà, P. Zatti, *Il governo del corpo*, Tomo I, (a cura di) S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI, Giuffrè, Milano 2011;
- S. PATTI, *La Corte costituzionale e la “necessità” di interventi medico-chirurgici ai fini dell’attribuzione di sesso*, in *GenIUS* n. 1, 2016;
- S. PATTI, M.R. WILL, *Mutamento di sesso e tutela della persona*, Cedam, Padova 1986;
- C. PERAGO, *Il procedimento di rettificazione di attribuzione di sesso e la tutela del diritto all’identità di genere*, in *Il Foro italiano* n. 1, 2020;
- B. PEZZINI, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in <http://www.articolo29.it> 15 giugno 2014;
- B. PEZZINI, *Transessualismo, salute e identità sessuale*, in *Rassegna di diritto civile* 1984;
- N. POSTERARO, *Transessualismo, rettificazione anagrafica del sesso e necessità dell’intervento chirurgico sui caratteri sessuali primari: riflessioni sui problemi irrisolti alla luce della recente giurisprudenza nazionale*, in *Rivista italiana di medicina legale* n. 4, 2017;
- A. PUGIOTTO, *Alla radice costituzionale dei “casi”: la famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio»*, in *Forum di Quaderni costituzionali* 29 febbraio 2008;
- P. PUSTORINO, *Corte europea dei diritti dell’uomo e cambiamento di sesso: il caso Hämäläinen c. Finlandia*, in www.articolo29.it/2014 27 luglio 2014;
- I. RIVERA, *Le suggestioni del diritto all’autodeterminazione personale tra identità e diversità di genere. Note a margine di Corte cost. n. 221 del 2015*, in *Consulta online* n. 1, 2016;
- A. RUGGERI, *Il matrimonio “a tempo” del transessuale: una soluzione obbligata e... impossibile? (a prima lettura di Cass., I sez. civ., n. 8097 del 2015)*, in *Consulta on line* n. 1, 2015;
- F. SAITTO, *Famiglia, rettificazione di sesso e principio di autodeterminazione alla prova dello scioglimento ex lege del matrimonio*, in *GenIUS* n. 1, 2014;
- A. SCHUSTER, *Identità di genere: tutela della persona o difesa dell’ordinamento?*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata* n. 3, 2012;
- P. STANZIONE, *Sesso e genere nell’identità della persona*, in www.comparazionedirittocivile.it gennaio 2011;
- P. STANZIONE, *Transessualità* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, XLIV, Giuffrè, Milano 1992;
- P.M. VECCHI, *Transessualismo* (voce), in *Enciclopedia giuridica*, XXXI, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 1994;
- A. VENTURELLI, *«Conversione» dell’identità di genere e rettificazione dell’attribuzione di sesso*, in *Persona e Mercato* n. 2, 2021;
- P. VERONESI, *Un’anomala additiva di principio in materia di “divorzio imposto”: il “caso Bernaroli” nella sentenza n. 170/2014*, in *Forum di Quaderni costituzionali* 6 luglio 2014;
- P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione – Concretezza dei “casi” e astrattezza della norma*, Giuffrè, Milano 2007;
- L. VIOLINI, *Diritto dei transessuali a contrarre matrimonio di fronte alla Corte di Giustizia*, in *Quaderni costituzionali* n. 2, 2004;

R. VITELLI, P. FAZZARI, P. VALERIO, *Le varianti di genere e la loro iscrizione nell'orizzonte del sapere scientifico: la varianza di genere è un disturbo mentale? Ma cos'è, poi, un disturbo mentale?*, in F. CORBISIERO (a cura di), *Comunità omosessuali - Le scienze sociali sulla popolazione LGBT*, Franco Angeli, Milano 2013;

M.M. WINKLER, *Cambio di sesso del coniuge e scioglimento del matrimonio: costruzione e implicazioni del diritto fondamentale all'identità di genere*, in *Giurisprudenza di merito* n. 3, 2012;

D. ZANNONI, *Y.Y. c. Turchia: i requisiti per il cambiamento anagrafico di genere*, in <http://www.articolo29.it> 29 settembre 2015.