

Homosexualidad y Derechos Humanos

Daniel Borrillo

Profesor de derecho privado de la universidad de Paris Nanterre

Investigador asociado del CERSA (*Centre National de la Recherche scientifique/ Université de Paris II*)

Resumo

Dicho artículo traza la historia de la jurisprudencia europea y propone ciertas líneas hermenéuticas para futuras interpretaciones del Convenio respecto de los derechos fundamentales de gays y lesbianas. Las decisiones del TEDH y la antigua Comisión europea de derechos humanos (un tipo de primera instancia del TEDH), serán analizadas en cinco momentos jurídicos que corresponden a la evolución política de la cuestión gay en Europa: los fallos relativos a la justificación de la represión de las relaciones homosexuales entre adultos; las decisiones judiciales relativas a la despenalización parcial indicando previamente el periodo de transición; los fallos que consagran una igualdad relativa para las personas, las parejas homosexuales y las familias homoparentales; y las políticas relativas a la penalización de la homofobia.

Abstract

This article brings the history of the european jurisprudence and propose some hermeneutic lines to future interpretations of the Covenant regarding the rights of gays and lesbians. The decisions of the TEDH and of the past European Commission of Human Rights (a kind of first instance of the TEDH) will be analyzed in five juridical moments which correspond to the political evolution of the gay issues in Europe: the decisions concerning the justification to the repression of sexual relations between adults; the judicial decisions leading to the partial decriminalization in a transition phase; the decisions which consecrated a relative equality for the persons, the homosexual partners and the homoparental families; and the policies concerning the criminalization of homophobia.

Introducción

En poco más de veinte años, hemos pasado en Europa de la penalización de la homosexualidad a la criminalización de la homofobia. Dicho cambio revolucionario se debe en gran medida a la labor del Tribunal europeo de derechos humanos (TEDH) que han ido interpretando de manera evolutiva el Convenio europeo de Derechos Humanos en favor de la vida privada y familiar de las personas LGBTI.

El 22 de octubre de 2013, se ha cumplido el trigésimo segundo aniversario de la despenalización de la homosexualidad en Europa. En el célebre fallo *Dudgeon c. Reino Unido e Irlanda del Norte*, los jueces del TEDH establecieron por primera vez que la criminalización de la homosexualidad entre dos adultos constituye una violación de la vida privada garantizada por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (el Convenio). Dicho fallo fue el resultado de más de 25 años de un combate judicial de hombres gays que han incoado acciones ante el TEDH contra disposiciones penales de las que eran, habían sido o podrían ser víctimas en sus respectivos países¹.

El tratamiento que el TEDH ha reservado a la orientación sexual² puede leerse como una evolución regular que va de la justificación de la penalización de las relaciones sexuales entre adultos a la criminalización de las manifestaciones homofóbicas pasando por un periodo de transición marcado, en un primer momento, por la tolerancia y luego por el tratamiento igualitario no solo respecto de los individuos sino también de las familias LGBTI.

Dicho artículo traza la historia de la jurisprudencia europea³ y propone ciertas líneas hermenéuticas para futuras interpretaciones del Convenio respecto de los derechos fundamentales de gays y lesbianas⁴. La cuestión de la identidad de género y de la intersexualidad no será abordada aquí, aunque la evolución en la materia sea más significativa que la efectuada respecto del colectivo gay y lésbico sobre todo después del

1

Principalmente Alemania Federal, Austria y el Reino Unido.

2

La orientación sexual es una atracción emocional, romántica o sexual hacia otra persona del sexo opuesto (heterosexualidad), del mismo sexo (homosexualidad) o indistintamente uno u otro sexo (bisexualidad). Es diferente de otros aspectos de la sexualidad como el sexo biológico (macho/hembra), la identidad de género (transexualidad) y el intersexualismo (hermafroditismo) el papel social de género (la observación de normas culturales sobre la actitud y los roles masculino y femenino).

3

No se trata de un análisis exhaustivo de todas las sentencias sino de aquellas que han marcado una evolución positiva en materia de igualdad, no discriminación y libertad para las personas gays y lesbianas.

4

Dicho artículo es una versión actualizada de un trabajo publicado en la Revista de Estudios Jurídicos de la Universidad de Jaén en 2011.

fallo *Christine Goodwin c. Reino Unido* del 11 de julio de 2002 en el que el TEDH reconoce el derecho al matrimonio para los transexuales.

Las decisiones del TEDH y la antigua Comisión europea de derechos humanos (un tipo de primera instancia del TEDH)⁵, serán analizadas en cinco momentos jurídicos que corresponden a la evolución política de la cuestión gay⁶ en Europa. En primer lugar estudiaremos los fallos relativos a la justificación de la represión de las relaciones homosexuales entre adultos, luego examinaremos las decisiones judiciales relativas a la despenalización parcial indicando previamente el periodo de transición que conducirá a dicha tolerancia de las relaciones homosexuales. En tercer lugar, nos concentraremos en el análisis de los fallos que consagran una igualdad relativa para las personas, las parejas homosexuales y las familias homoparentales. Por último, haremos una presentación de las políticas relativas a la penalización de la homofobia⁷.

I. La justificación de la represión de las relaciones homosexuales

Tras la Segunda Guerra Mundial, ninguno de los grandes instrumentos jurídicos de protección de los derechos humanos establecieron un mecanismo de protección contra la discriminación hacia gays y lesbianas, a pesar de haber sido dicho colectivo una víctima específica de la barbarie nazi⁸. Ni la *Declaración universal de Derechos Humanos* de 1948, ni los *Pactos internacionales* de 1966, ni el *Convenio europeo de Derechos Humanos* de 1950, ni las Cartas regionales como la *Convención americana* de 1969 o la *Carta africana* de 1981 hacen referencia a la orientación sexual y hubo que esperar hasta el año 1994 para que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas establezca que la categoría “sexo” del *Pacto de derechos civiles y políticos* “sea considerada como comprendiendo también la orientación sexual”⁹. A nivel europeo, los jueces de

5

Desde 1954 hasta la entrada en vigencia del Protocolo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, los individuos no podían tener acceso directo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sino que debían acudir a la Comisión, que establecía si el caso estaba bien fundado como para ser analizado en el Tribunal. El Protocolo 11, cuya vigencia inició el 31 de octubre de 1998, abolió la Comisión, y permitió que los individuos pudieran acudir al Tribunal directamente. Sin embargo, de acuerdo con el Protocolo 11, la Comisión continuó en funciones durante un año más (hasta el 31 de octubre de 1999) para instruir los casos declarados admisibles por ella antes de la entrada en vigor del Protocolo.

6

La expresión gay (*good as you*) engloba los colectivos lésbico y bisexual.

7

D. BORRILLO, *Homofobia: historia e crítica de um preconceito*. Ed. Autêntica, Belo Horizonte 2010.

8

G. GRAU, *Hidden Holocaust ? Gay and Lesbian Persecution in Germany 1933-1945*, Chicago, Fritzroy Dearborn, 1995.

9

Estrasburgo harán posteriormente una interpretación análoga al Comité de la ONU en el fallo *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal* del 21 de diciembre de 1999 en el cual señalan que “la orientación sexual es una noción, sin duda alguna, cubierta por el artículo 14 del Convenio”.

La primera demanda interpuesta ante el TEDH fue presentada por un ciudadano alemán en el año 1955 (*W.B. c. la República Federal de Alemania*, decisión n.º. 104/55, de 17/12/1955). Junto con otras, dicha demanda cuestionaba la compatibilidad del artículo 175 del código penal alemán con el Convenio ya que el primero sancionaba severamente las relaciones homosexuales consentidas entre adultos mayores de 21 años. En un asunto del 4 de enero de 1960 (Demanda 530/59), el demandante había sido sancionado en dos ocasiones: la primera vez a veintidós meses de prisión y la segunda a treinta meses de prisión. En el asunto 740/60 del 4 de enero de 1960, el demandante había sido condenado en el año 1940 y deportado a un campo de concentración por homosexualidad. En 1956 fue inculcado nuevamente y condenado a 12 años de prisión. Además, habitualmente las víctimas eran también sometidas a tratamientos psiquiátricos e inclusive a la castración química.

A pesar de la particular violencia de la situación, en once ocasiones, la Comisión ha rechazado las demandas considerando que la legislación alemana no era contraria al Convenio. De manera recurrente, en las diferentes decisiones, la Comisión indicaba que: “El Convenio permite a un Estado contratante penalizar la homosexualidad, el derecho al respeto de la vida privada puede ser objeto, en una sociedad democrática, de una injerencia prevista por la ley para la protección de la salud y de la moral (art. 8-2 del Convenio)”¹⁰

El 25 de junio de 1969, Alemania federal derogó *motu proprio* el artículo 175 del código penal. Sin embargo, la ley alemana mantuvo una diferencia de edad entre las relaciones heterosexuales (legales a partir de los 18 años) y las homosexuales (legales únicamente a partir de los 21 años). En 1972, la Comisión se pronuncia por primera vez respecto de la nueva legislación alemana indicando que la diferencia de edad no constituye una discriminación ya que la represión persigue una finalidad legítima, según lo previsto en el artículo 8 del Convenio. Subraya la Comisión que el castigo de las relaciones homosexuales entre 18 y 21 años se encuentra justificado por la « necesidad de proteger los derechos de terceros (los menores) ». Declara asimismo conforme al artículo 14 y por

Comunicación n.º 488/1992, *Nicolas Toonen c. Australia*, del 4 de abril de 1994, 55e sesión, § 8.7, *Rapport du Comité des droits de l'homme*, Nations Unies, vol. II, suppl. n.º 40, A/49/40, p. 241. Asimismo, la *Observación General* No. 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha determinado que en la interpretación de “cualquier condición social” del artículo 2, párrafo 2 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, se incluye la orientación sexual. El Consejo de Derechos Humanos de la ONU aprobó el 17 de junio de 2011 una resolución en la que solicita a la Alta Comisionada una investigación sobre las leyes, prácticas y actos de violencia contra personas debido a su orientación sexual.

consiguiente no discriminatorio que dicha legislación sólo se refiera a las relaciones homosexuales masculinas. La Comisión retoma precisamente de manera acrítica los informes psicológicos de los peritos germanos para quienes la homosexualidad constituía un “peligro social” ya que “los homosexuales masculinos componían un grupo sociocultural específico que se abocan a un claro proselitismo hacia los adolescentes”.

Así, durante 26 años, los jueces europeos consideraron que, por razones de moral pública y protección de la juventud, la homosexualidad podía constituir un delito para las legislaciones democráticas del continente. Los diferentes fallos de dicho periodo ponen de manifiesto el prejuicio anti-homosexual de los jueces de Estrasburgo que, desprovistos de argumentos jurídicos, han recurrido a la doxa para justificar la violencia contra los gays y las lesbianas ejercida por los Estados¹¹.

II. La transición hacia la tolerancia de la homosexualidad

En 1977 la Comisión considera, por primera vez, que la cuestión homosexual puede ser observada desde el prisma del artículo 8 aunque en el caso específico, como se trataba de un acto sexual no consentido, la penalización de las relaciones entre personas del mismo sexo se encontraba plenamente justificada¹². Dicho informe de la Comisión, en que se vislumbra una cierta apertura (ya que la inadmisibilidad de la demanda está fundada no en la cuestión homosexual sino en la presunta violación), será confirmado más tarde por dos documentos del Consejo de Europa: una Resolución de 1981 y una Recomendación del mismo año “relativa a la discriminación hacia personas homosexuales”¹³. En dichos pareceres, el Consejo de Europa recomienda a los Estados signatarios del Convenio, poner fin a la discriminación hacia los ciudadanos homosexuales en el ámbito penal, civil y laboral. Aunque dichos pareceres no tienen un carácter vinculante para los Estados, representan un marco político de referencia que han permitido modificar la percepción de la homosexualidad del punto de vista jurídico, llevándola a la dimensión de una diferencia que, en virtud del principio de igualdad, los Estados deben respetar y garantizar a través de una política antidiscriminatoria en todos los ámbitos de la vida personal (y en algunos de la vida familiar)¹⁴.

11

D. BORRILLO, “Statut juridique de l’homosexualité et droits de l’homme”, in *Un sujet inclassable ? Approches sociologiques, littéraires et juridiques des homosexualités*, R. MENDES-LEITE (dir), Cahiers gai kitsch camp, n° 28, Lille, février 1995, pp.99-115.

12

X c. Reino Unido, Demanda n° 1215/75 del 7 de julio de 1977 (no publicada).

13

Resolución 756 del Consejo de Europa (1981) “relativa a la discriminación de las personas homosexuales”. Recomendación 934 del Consejo de Europa (1981) “relativa a la discriminación hacia las personas homosexuales”

14

El terreno político se encontrará así suficientemente preparado para que el TEDH modifique su jurisprudencia en favor de la protección de la vida privada de los ciudadanos, independientemente de su orientación sexual¹⁵.

Antes de comenzar el análisis de los diferentes fallos relativos a la orientación sexual, cabe recordar que los mismos se centran principalmente (aunque no exclusivamente) en la violación del artículo 8 del Convenio (respeto de la vida privada) combinado con el artículo 14 (principio de no-discriminación), éste último, como es sabido, no tiene una existencia independiente y por ende sólo puede ser violado respecto de otra provisión del Convenio. Durante los últimos años, el TEDH ha elaborado una abundante jurisprudencia basada en los artículos 3 (prohibición de tratamientos inhumanos y degradantes), 10 (libertad de expresión) y 11 (libertad de asociación) del Convenio.

III. La despenalización de la homosexualidad

El caso *Dudgeon c. Reino Unido e Irlanda del Norte* del 22 de octubre de 1981 plantea la compatibilidad del Convenio con la legislación de Irlanda del Norte que penalizaba las relaciones sexuales consensuales entre hombres adultos.

En 1976, la policía de Belfast decide llevar a cabo un control en el domicilio de J. Dudgeon en el marco de una investigación por tráfico de estupefacientes. En dicha perquisición, la policía confisca un diario íntimo de J. Dudgeon en el cual relata sus aventuras sexuales con hombres. La policía decide informar al Procurador quien procede a la apertura de un informe por “sodomía” e “indecencia grave” que no dará lugar, sin embargo, a acciones penales ya que los jueces consideran la cuestión sin relevancia respecto del interés general. En efecto, el derecho aplicable era una vieja legislación de 1861 que penalizaba las relaciones homosexuales masculinas entre adultos tanto en lugares públicos como en privados. Independientemente de la eficacia de la antigua ley en cuestión, la Comisión declara la demanda admisible y concluye que existe violación del artículo 8 debido a la prohibición injustificada de relaciones sexuales entre adultos de por lo menos 21 años en lugares privados y con consentimiento de las dos partes. El TEDH confirma la decisión de la Comisión declarando que dicha legislación representa en sí misma “una injerencia permanente en el ejercicio del derecho del querellante respecto a su vida privada” pues “repercute de manera constante y directa, por su sola existencia, en la vida privada del demandante: o respeta la legislación en cuestión y se

D. BORRILLO, “Sexual Orientation and Human Rights in Europe”, *Peace, Justice and Freedom. Human Rights Challenges for the New Millennium*. The University of Alberta Press, Canada, 2000, pp. 303-311.

El término « orientación sexual » aparece por primera vez en el derecho europeo en 1997 en el artículo 13 del tratado de Ámsterdam. Dicho artículo complementa el artículo 12, que ya hace referencia a la discriminación por motivos de nacionalidad. El nuevo artículo dispone que el Consejo podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

abstiene de librarse inclusive en privado y con otro hombre a relaciones sexuales o no la respeta y se expone a sanciones penales”. La vida sexual constituye así una componente de la vida privada que cuando se desarrolla entre adultos debe ser protegida por el Convenio¹⁶.

Aunque el TEDH reconoce el derecho del Reino Unido a proteger la moral pública, considera que dicha legislación “por su amplitud y su carácter absoluto” es desproporcionada respecto al objetivo pretendido ya que provoca consecuencias dañosas e injustificadas en la vida privada del demandante. El TEDH señala, sin embargo, que “despenalizar” la homosexualidad no significa aprobar moralmente dichas prácticas, sino únicamente “eliminar los aspectos injustificables de la legislación penal”. El TEDH limita así el impacto del fallo pues sólo considera contrario al artículo 8 la penalización general de cualquier forma de homosexualidad a condición que la relación sexual se lleve a cabo en lugares privados y entre dos adultos que consienten. Respetado ello, no existen razones suficientes que justifiquen dicha penalización.

El caso *Norris c. Irlanda* del 26 de octubre de 1988 constituye el segundo fallo que ratifica la posición del TEDH en la materia. D. Norris era un senador irlandés que residía en Dublín y presidía en la época el *Irish Gay Rights Movement*. En 1977 presenta una acción ante la justicia de la república de Irlanda contra la legislación de dicho país que penalizaba las relaciones sexuales entre hombres adultos¹⁷. La demanda es rechazada por los jueces irlandeses debido a que “la homosexualidad siempre fue condenada por la doctrina cristiana como inmoral y la sociedad ve en ella desde hace siglos un crimen contra natura muy grave”. Además, señalan las autoridades irlandesas que el senador no había sido acusado penalmente. D. Norris cita su aparición en un programa de la televisión pública irlandesa, donde señala haber dicho que su homosexualidad no es una enfermedad sino una condición que de ningún modo merma su funcionalidad en tanto ciudadano. Casi de inmediato, el *Broadcasting Complaints Advisory Committee* consideró que su aparición en el programa iba en contra de un código de ética de los contenidos de televisión, señalando que Norris hacía apología de la homosexualidad. Luego de dicha aparición, también, fue víctima de insultos y amenazas de violencia física, agresiones que el propio Norris atribuye a la existencia de esa legislación que criminaliza su orientación sexual. Además menciona que a lo largo de su vida el miedo de ser perseguido por la policía lo ha marcado en su trato interpersonal con varones.

El fundamento de la condena del TEDH es análogo al del caso *Dudgeon*. El juez europeo considera que no hace falta una sanción efectiva del demandante, la simple existencia de la legislación represiva le habilita a actuar ante el TEDH y confirma de ese modo la violación de la vida privada del Sr Norris.

16

La prostitución, sin embargo, no se encuentra protegida por dicha disposición: *F. c. Suiza*, (n° 11680/85 1988).

17

Dicha legislación es la misma que fue objetada en el caso *Dudgeon*.

En el caso *Modinos c. Chipre* del 22 de abril de 1993 se trata también de un militante gay, presidente del movimiento de liberación homosexual de Chipre que consideraba una violación a su vida privada la prohibición de la homosexualidad de los artículos 171 a 173 del código penal chipriota. Aunque, a partir del caso *Dudgeon* las autoridades de la isla no habían acusado a ningún homosexual más, el TEDH considera la demanda admisible y condena a dicho Estado por no haber derogado la norma en cuestión.

Si Francia (que había ya despenalizado la homosexualidad en 1791), Inglaterra (que lo hizo en 1967) y Alemania (en 1969) no se beneficiaron directamente del fallo *Dudgeon*. Irlanda del Norte (1982), Ucrania (1991), Estonia (1992), Letonia (1992), Lituania (1993), Rusia (1993), Irlanda (1993), Albania (1995), Moldavia (1995) y Chipre (1998) modificaron sus legislaciones penales tras la condena del TEDH.

Si bien el avance jurídico es fundamental, cabe sin embargo señalar que la despenalización producto de estos tres fallos es parcial. En efecto, se refiere siempre a dos hombres adultos y las relaciones sexuales deben tener lugar en el ámbito privado. Fue únicamente a partir de la sentencia *A.D.T. v. Reino Unido*, de 31 de octubre de 2000 que el TEDH consideró que se había violado el derecho al respeto de la vida privada de un ciudadano al que se le había detenido en posesión de varias cintas de vídeo en las que aparecía con otros varones practicando sexo.

Los países que despenalizaron la homosexualidad mantuvieron, sin embargo, una diferencia de edad entre la mayoría sexual heterosexual y la mayoría homosexual. El TEDH había considerado, en un primer momento que dicha diferencia no constituía una discriminación pues “incumbe a los Estados fijar la edad mínima para que los jóvenes sean protegidos por el derecho penal contra las relaciones homosexuales con adultos”. Hubo que esperar hasta el año 2003 para que se modifique dicha jurisprudencia¹⁸ y se considere discriminatoria la diferencia de edad. Del mismo modo el TEDH justificaba la diferencia para las relaciones gays (21 años) y lesbianas (16 años) ya que “los homosexuales hombres se libran a un proselitismo neto hacia los adolescentes lo que no ocurre respecto de las homosexuales mujeres”. La sentencia *L y V c. Austria*, antes citada, pone fin a dicha discriminación.

La penalización era también admitida por el TEDH hasta 1999 por razones de defensa nacional en el caso de militares. Respecto a las prácticas sadomasoquistas en privado, el TEDH considera asimismo que la sanción se encuentra justificada pues responde a exigencias de salud pública. La sentencia *Laskey, Jaggard y Brown c. Reino Unido*, del 19 de febrero de 1997, se refiere a dichas prácticas. En el curso de una investigación de rutina, la policía británica descubre varias películas de vídeo referidas a prácticas sadomasoquistas que implicaban a los tres demandantes, en base a las cuales fueron procesados y condenados por el delito de *assault*. Los actos eran sin embargo voluntarios,

El TEDH no encontró, en *L.V. v. Austria* (09-01-2003), suficientes razones de peso para que la legislación penal austriaca tipificara los actos homosexuales voluntarios con adolescentes masculinos de entre 14 y 18 años y no hiciera lo propio con los actos heterosexuales ni homosexuales con mujeres de esas edades. Una regulación así viola la cláusula antidiscriminatoria del art. 14 en relación con el derecho al respeto de la vida privada (art. 8), según el TEDH.

se celebraban en privado en habitaciones especialmente equipadas y sin otro propósito que la gratificación sexual. Las relaciones sadomasoquistas se grababan en vídeo y las copias se distribuían exclusivamente entre los miembros del grupo. Los demandantes alegaban que los participantes eran adultos y que practicaban ese tipo de sexo voluntariamente, señalaban además que nunca se produjo daño físico alguno, infección o necesidad de tratamiento médico. Pensar por lo demás que tal actividad indujera a corrupción moral era relativo según los querellantes, debiendo más bien verse en ese tipo de prácticas una manifestación de su libertad sexual. El TEDH consideró, a pesar de ello, que las autoridades británicas estaban legitimadas para considerar que la persecución y condena de los recurrentes eran necesarias en una sociedad democrática para “la protección de la salud” (que es uno de los límites previstos en el Art. 8.2). Y, por tanto, que no se violó dicho derecho de los demandantes. La decisión tuvo en cuenta que, aunque el respeto a la vida privada incluye la vida sexual, en el caso era discutible que la actividad fuera realmente “privada” ya que intervenían muchas personas, existían varias cámaras especialmente equipadas y se editaban vídeos que se distribuían entre todos los miembros. Uno de los roles que el Estado está legitimado en desempeñar es la regulación, a través del Derecho penal, de actividades que impliquen daño físico. En efecto, dicho fallo no se basa en la homosexualidad de los participantes, sino en la naturaleza extrema de las prácticas sadomasoquistas. En una sentencia posterior, *K.A. et A.D. c. Bélgica* del 17 de febrero de 2005, el TEDH llega a la misma conclusión respecto de prácticas sadomasoquistas heterosexuales, aunque la cuestión del consentimiento ocupa un lugar más destacado que en el caso anterior donde las razones de orden moral y salud han prevalecido.

Por último, y de manera general es preciso señalar que la protección se refiere exclusivamente a la vida privada: es el individuo homosexual y no sus relaciones familiares con personas del mismo sexo que protege la jurisprudencia del TEDH. En sucesivas decisiones tanto la Comisión como el TEDH denegaron reconocer derechos afectivos tanto a las parejas del mismo sexo¹⁹ cuanto a las familias homoparentales²⁰ aunque, como veremos más adelante, la jurisprudencia europea se encuentra en plena evolución en materia de vida familiar.

IV. El camino hacia la igualdad

Durante dieciséis años, el TEDH no ha considerado que existiera otra forma de discriminación que no fuera la de la penalización total. Sin embargo, por primera vez el 1 de julio de 1997, la Comisión adopta un informe (*Sutherland c. Reino Unido*) respecto de la edad de consentimiento a las relaciones sexuales que, en el Reino Unido, era de 18 años para las relaciones entre hombres y de 16 años para las relaciones heterosexuales o

19

Simpson c. Reino Unido (n° 11716/85 1986); *B. c. Reino Unido* (n° 16106/90 1990, etc.

20

Kerkhoven c. Países Bajos (n° 15666/89) 19 de mayo de 1992.

lesbianas. Por 14 votos a favor y cuatro en contra, la Comisión concluye que la diferencia de edad de consentimiento constituye una violación del artículo 8 combinado con el artículo 14 el cual establece que «El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación». Los argumentos utilizados por las autoridades del Reino Unido para mantener la diferencia de edad fueron desestimados por la Comisión. Decir que dicha diferencia tenía como objetivo proteger a los adolescentes entre 16 y 18 años y que la sociedad tenía derecho a expresar su desaprobación respecto de las relaciones homosexuales no podía constituir un argumento legítimo para la Comisión. En efecto, la medicina indica que la orientación sexual se fija antes de los 16 años con lo cual los adolescentes de dicha edad no necesitan una protección particular y la desaprobación social no puede justificar una desigualdad jurídica con consecuencias penales ya que “despenalizar no significa aprobar la homosexualidad”, recuerda el tribunal.

El paradigma de la despenalización es el equivalente jurídico de la compasión moral y hubo que esperar hasta el año 1999 para que el TEDH abandonase la lógica de la tolerancia y comenzase a razonar en términos de igualdad y no discriminación. Dicha evolución aparece claramente en dos fallos: *Lustig, Prean y Beckett c. Reino Unido* y *Smith y Grady c. Reino Unido* del 27 de diciembre de 1999, donde los jueces europeos van a considerar que la penalización de las relaciones homosexuales en el ámbito de las Fuerzas Armadas es contraria al artículo 8 combinado con el artículo 14 de la Convenio. El asunto tiene su origen en dos demandas dirigidas contra el Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte que los demandantes presentaron ante la Comisión. La primera demandante, Jeanette Smith, ciudadana británica presentó su demanda el 9 de septiembre de 1996. El segundo demandante, Graeme Grady, también ciudadano británico con residencia en Londres, presentó su demanda el 6 de septiembre de 1996. De la lectura del fallo del TEDH se desprende que los demandantes fueron expulsados del ejército británico del aire por el único motivo de ser homosexuales.

Los demandantes, junto con los señores Lustig-Prean y Beckett, fueron autorizados a solicitar el control jurisdiccional de las decisiones de expulsarles del ejército. Pretendían que la política del Ministerio de Defensa inglés con respecto a los militares homosexuales pertenecientes al ejército era «irracional», suponía una violación del Convenio y contravenía la Directiva europea relativa a la igualdad de trato. En opinión del Ministerio de Defensa, esta política era necesaria, principalmente para mantener la moral y la eficacia de las tropas, habida cuenta del papel tutelar del ejército con respecto a los jóvenes reclutas y de la exigencia de vida en comunidad en el seno de las fuerzas armadas.

El carácter absoluto y general de la política británica en la que se basan las injerencias litigiosas es chocante, según el TEDH, ya que la misma supone la expulsión inmediata de las Fuerzas Armadas desde el momento en que se prueba la homosexualidad de una persona, sean cuales fueran su conducta o su hoja de servicios. Los jueces de Estrasburgo concluyen que el Gobierno inglés no ha presentado razones convincentes y sólidas para justificar la política contra los homosexuales en el seno del ejército ni, en consecuencia,

la expulsión subsiguiente de los demandantes. En una palabra, el TEDH considera que hubo violación del artículo 8 del Convenio pues ni las investigaciones llevadas a cabo sobre las preferencias sexuales de los demandantes ni su expulsión a causa de su homosexualidad conforme a la política del Ministerio de Defensa, estaban justificadas con respecto al artículo 8.2 del Convenio.

Otro avance significativo ha sido lo establecido en materia de vida familiar en el caso *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal* del 23 de marzo de 2000. Joao Manuel Salgueiro Da Silva Mouta, una vez separado de su mujer C.D.S. se fue a vivir con su pareja, un adulto del sexo masculino. En el marco del proceso de divorcio, se estableció un acuerdo sobre la atribución de la patria potestad de su hija de 8 años, M. Ante el incumplimiento del acuerdo por parte de su ex cónyuge, Salgueiro Da Silva interpuso una demanda solicitando la patria potestad de su hija, ya que estaba al cuidado de sus abuelos maternos y no de su madre como se había acordado. Como respuesta a la demanda, C.D.S alegó que su hija había sido víctima de abuso sexual por parte de la pareja de su ex esposo, quien le habría pedido que lo masturbara.

El Tribunal de Familia de Lisboa, después de realizar los exámenes psicológicos correspondientes al padre, la niña, la madre y los abuelos maternos, otorgaron la patria potestad al padre, descartando el alegato de abuso sexual introducido por la madre y tomándolo como el resultado de influencias sobre la menor; asimismo, se afirmó que el padre estaba en mejores condiciones de dar una vida equilibrada y tranquila a la niña, pues C.D.S había incumplido reiteradamente las resoluciones del Tribunal y mantenía una actitud poco colaboradora. Violando la sentencia del Tribunal, C.D.S se llevó a M. de casa de su padre, hecho a partir del cual se abrió un proceso penal, y recurrió la sentencia del Tribunal de Familia de Lisboa ante el Tribunal de Apelación. Este último revocó la sentencia del Tribunal de primera instancia y atribuyó la patria potestad de la menor a la madre. El fallo sostenía que M. necesitaba todavía de los cuidados maternos, y que la retirada de la patria potestad a la madre se había determinado sin presentar hechos suficientes que hicieran dudar de su capacidad para continuar ejerciéndola. Además, se señaló que, a pesar de que ambos padres eran capaces para ocuparse de M. y de la importancia de la convivencia padre-hija para el desarrollo de esta última: “El entorno de vida homosexual del padre no era el más saludable y adecuado para el desarrollo moral, social y mental de un niño [y] la niña debe vivir en el seno de una familia tradicional portuguesa, que desde luego no es la que el padre ha decidido formar [...]”. Según el tribunal portugués: “se está en presencia de una anormalidad” a la cual no se puede someter a la menor.

Ante dicha situación, Salgueiro Da Silva Mouta demanda al Estado portugués, por emitir una sentencia violatoria del artículo 8 del Convenio, en la cual el criterio que primó para resolver la atribución de la patria potestad de su hija fue una clara discriminación basada en su orientación sexual.

El Gobierno de Portugal alega que el artículo 8 no es aplicable al caso, puesto que la sentencia impugnada no intervino en el derecho del demandante respecto a su vida familiar (derecho que se protege en el artículo 8), porque no modificó el convenio amistoso original de los padres. El TEDH desecha este argumento diciendo que sí es

aplicable, dado que la sentencia impugnada anuló la emitida por el Tribunal de Familia de Lisboa, en la que se concedía la patria potestad al demandante.

Los jueces europeos concluyen que hubo una diferencia de trato entre la madre y el demandante fundada en la homosexualidad del último, situación contemplada por el artículo 14 del Convenio. Luego el TEDH procede a analizar si dicha diferencia se encontraba justificada, dado que sólo cuentan como discriminación, en el sentido del artículo 14, aquellas diferencias que no tienen una justificación objetiva y razonable, lo que quiere decir que se debe perseguir un fin legítimo a través de medios proporcionales a dicho fin. Según el TEDH, es evidente que la sentencia impugnada perseguía un fin legítimo: proteger la salud y los derechos de la niña. Faltaba comprobar que el medio para alcanzarlo fue apropiado. A este respecto, el demandante continuaba afirmando que en la sentencia se le discriminaba dado que era evidente que la decisión del Tribunal de Apelación se basó esencialmente en la orientación sexual del padre, lo que se traduce en una discriminación.

El Gobierno portugués consideraba que la sentencia se había fundado en la homosexualidad del padre de manera marginal, y aunque aceptó que hubiera declaraciones desafortunadas al respecto en la sentencia, alegó que las mismas no constituían una violación al Convenio.

El TEDH analiza la sentencia impugnada con el fin de averiguar si la homosexualidad del padre fue un elemento decisivo o no para el Tribunal de Apelación, concluyendo por algunas declaraciones de éste último que sí lo fue. Así, las declaraciones desafortunadas a las que se refirió el Gobierno constituyen la evidencia de que la homosexualidad tuvo un peso determinante en la decisión judicial. Es evidente entonces, dice el TEDH, que la distinción que hizo el Tribunal de Apelación tuvo como base la orientación sexual del demandante, distinción intolerable según el Convenio. Por ello, el TEDH no puede concluir que exista una relación razonable de proporcionalidad entre los medios y el fin, por lo que se encuentra violado el artículo 8 con relación al 14.

En el caso *Karner c. Austria*, del 24 de julio de 2003 relativo a la transferencia del contrato de alquiler, el TEDH analiza si la normativa austriaca que no extendía el derecho de subrogación arrendaticia al miembro superviviente de una pareja homosexual era compatible con el respeto de la vida privada y con el derecho a no sufrir discriminación por razón de orientación sexual. Cuando se da una diferencia de trato por razón de orientación sexual, el TEDH exige que las autoridades nacionales aporten una justificación especialmente convincente. En otras palabras, el TEDH verifica el estándar más astringente de control, el principio de proporcionalidad (y no de simple razonabilidad). El TEDH acepta que la protección de la familia en el sentido tradicional es, en principio, una razón legítima de peso que podría justificar una diferencia de trato, pero en las circunstancias del caso el Gobierno austriaco no ha aportado argumentación alguna para mostrar que para conseguir esa finalidad haya que excluir a las personas que mantienen una relación homosexual estable, del mismo derecho que tienen las parejas heterosexuales. Por ello el TEDH dictamina que hubo violación del art. 14 en relación con el art. 8 del Convenio pero para evitar pronunciarse sobre la cuestión de la vida

familiar, el TEDH se limita al respeto del domicilio²¹. El caso *Karner* abre así la perspectiva de proteger las parejas del mismo sexo no solo en función de la vida privada sino también de la vida familiar²². El 2 de marzo de 2010, los jueces de Estrasburgo condenan a Polonia (*Kozak c. Polonia*) por violación del artículo 14 y 8 de la Convención al no reconocer la subrogación en el contrato de alquiler a la pareja homosexual supérstite. Asimismo Grecia fue condenada por el TEDH por no reconocer la unión civil a las parejas del mismo sexo (*Vallianatos y otros c. Grecia*, 7/11/2013).

En la sentencia *Fretté c. Francia*, de 26 de febrero de 2002, sin embargo, el Tribunal, aún reiterando su doctrina sobre la orientación sexual como rasgo de discriminación prohibida por el art. 14 y, en consecuencia, la exigencia de justificación estricta de todo trato distinto y perjudicial por este motivo concluye que las decisiones estatales sobre adopción por parte de una persona homosexual gozan de un amplio margen de apreciación. Se trata de una decisión de eficacia interpretativa directa respecto del arduo problema de la posibilidad y límites jurídicos de la adopción por personas homosexuales. A una persona homosexual se le denegó por este motivo una solicitud de adopción de un niño. El TEDH comienza recordando que el Convenio no incluye el derecho a adoptar, y que el “derecho al respeto de la vida familiar (art. 8-2) presupone la existencia de una familia y no protege el simple deseo de fundar una familia”. Pero la decisión de las autoridades francesas se había fundado en la orientación sexual de Philippe Fretté, por lo que era aplicable el artículo 8 en relación con el artículo. 14. El Gobierno francés alegó que, en materia de adopción, el principio fundamental es el interés superior del menor (“los derechos del niño limitan el derecho a tener un niño”) y que, aún en el caso de que el motivo para denegar la adopción hubiera sido la homosexualidad del solicitante, subsisten dudas en la comunidad científica y en las sociedades democráticas sobre “el impacto potencial” sobre “el desarrollo psicológico” del menor en el caso de las adopciones por homosexuales y, por ello, los Estados deben gozar de un amplio margen de apreciación. El TEDH hace suyo este argumento: “es indisputable que no hay común acuerdo sobre esta cuestión” y, en consecuencia, es “natural”, dejar un amplio margen de apreciación estatal porque las autoridades internas “están mejor situadas” que el TEDH para “evaluar las necesidades locales y las condiciones”. En su opinión disidente, los jueces Bratza, Fuhrmann y Tulkens, consideran, no obstante, que aunque no haya un derecho a adoptar (y menos por un soltero), el derecho al respeto de la vida privada ampara esta posibilidad (porque la noción de “vida privada” es abierta y comprende el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos) y, sobre todo, que las autoridades francesas habrían incurrido en discriminación prohibida por el art. 14 en

21

A. DEBET, « Le refus d'accorder le droit au transfert du bail à un concubin homosexuel constitue une violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 CEDH », *Revue des Contrats*, 1 julio 2004 n° 3 p. 785.

22

Ph. FRUMER, “La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans les relations de partenariat ou de cohabitation: une question d'intérêt général devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, Bruselas N° 59/2004 p. 687.

relación con el art. 8.1. La doctrina Fretté no impide que un Estado pueda conceder el derecho de adopción a los homosexuales (de modo individual o conjunto), pero tampoco sostiene que su reconocimiento se trate de una obligación derivada del Convenio. En este amplio margen de configuración estatal, subsiste el argumento de la falta de consenso científico y político sobre la materia (y, de ahí, la prudencia ante un eventual reconocimiento del derecho)²³.

La doctrina Fretté ha sido, sin embargo, revocada por la Sentencia *E.B. c. Francia* de 22 de enero de 2008. A una mujer francesa, que convivía establemente con otra, se la denegó la solicitud de adopción (recordemos que Francia permite la adopción individual) porque su “estilo de vida” no satisfacía los requisitos necesarios para adoptar un niño. Ella alegó que había sido víctima de una discriminación por razón de su orientación sexual (art. 14 del Convenio, en relación con el derecho al respeto de su vida privada, art. 8, que incluye la decisión de solicitar o no una adopción). La sentencia observa las similitudes de este caso con la decisión Fretté, pero también sus diferencias: la demandante vivía con otra mujer de modo estable. En cualquier caso, el TEDH no valorará ahora la doctrina del margen estatal de apreciación en torno a una cuestión científicamente controvertida (la adopción de menores por homosexuales), como lo hiciera en el caso Fretté. La decisión valora, en primer lugar, las dos razones aportadas por las autoridades nacionales para denegar la solicitud de adopción. Encuentra a una de ellas, el escaso compromiso de la pareja de la demandante ante la solicitud de adopción por parte de ésta, razonable. En efecto, sostiene que la actitud de la pareja estable, aunque sea de hecho (como en el caso), de cualquier solicitante ante la adopción puede ser un elemento a tener en cuenta por las autoridades nacionales a la hora de valorar el interés superior del menor. Pero la segunda razón invocada para la denegación de la solicitud, la carencia de un referente materno o paterno, sería inválida según el TEDH porque impediría la adopción por parte de individuos por el mero hecho de su homosexualidad. Los jueces van más allá: Aunque no se había alegado la homosexualidad de la demandante como la causa para denegar su solicitud de adopción y aunque el argumento del escaso compromiso de su pareja podría ser válido (y hubiera podido justificar la tesis de que en el caso no se produjo una discriminación por orientación sexual si no hubiera sido invalidada por el argumento de la carencia de modelo paterno o materno), el Tribunal, tras una lectura atenta del procedimiento administrativo seguido, constata que la homosexualidad sí había sido un factor determinante, aunque de modo implícito y no explícito, para rechazar la solicitud. Concretamente, el TEDH se apoya en las afirmaciones de un psicólogo que participó en el procedimiento según las cuales la demandante “tenía una actitud inusual de rechazo hacia los hombres” y que un niño necesitaba un modelo de madre y otro de padre. En consecuencia, el TEDH concluye que se discriminó por razón de orientación sexual a la demandante, lanzando el mensaje de que no se puede denegar la solicitud de adopción de una persona a cuenta de su homosexualidad, ya sea de modo explícito, ya de modo implícito. En este sentido, la sentencia *E.B. c. Francia* es una decisión que marca un

cambio de criterio y que está llamada a convertirse en un *leading case* en la materia. En efecto, una nueva sentencia del 19 de febrero de 2013 (*X y A.C. c. Austria*), el TEDH condena al Estado austriaco por denegar la adopción en el seno de una pareja homosexual. Si la adopción co-parental es posible para las parejas heterosexuales no casadas también tiene que serlo para las parejas del mismo sexo en situación análoga²⁴.

Otro fallo importante, *J.M c. Reino Unido* del 28 de septiembre de 2010, cuestiona la legislación británica relativa a las pensiones alimenticias consideradas como discriminatorias ya que no permite una reducción de dicha pensión al genitor que no tiene la custodia del menor y que vive en una relación de pareja homosexual cuando si lo permite en el caso de parejas heterosexuales.

La sentencia relativa a la vida familiar *Schalk y Kopf c. Austria* del 24 de junio de 2010 resulta particularmente significativa. Los querellantes forman una pareja homosexual estable y solicitan a las autoridades austriacas una autorización para contraer nupcias. Dichas autoridades rechazan la autorización considerando que solo dos personas de sexo opuesto pueden casarse. Aunque el TEDH no reconoce un derecho fundamental al matrimonio para las parejas del mismo sexo, admite, por primera vez, que las relaciones homoafectivas debe calificarse de “vida familiar” al mismo nivel que una pareja heterosexual que se encuentra en análoga situación de hecho. La declaración del *obiter dictum* reza:

«... la jurisprudencia del tribunal solo ha aceptado que las relaciones emocionales y sexuales de una pareja del mismo sexo constituyen parte de la “vida privada” pero no ha fundamentado que constituya parte de la “vida familiar”, incluso cuando se haya mantenido una relación prolongada de cohabitación entre los miembros de la pareja. Llegados a esa conclusión, el tribunal observa que a pesar de la creciente tendencia un varios Estados europeos hacia el reconocimiento legal y judicial de las parejas de hecho entre homosexuales, dado la existencia de una base común pequeña entre los Estados firmantes, esta es un área en la que todavía gozan de un amplio margen de apreciación (...). El tribunal aprecia que (...) está teniendo lugar una rápida evolución de las actitudes sociales hacia las parejas del mismo sexo en muchos países miembros. Desde entonces un considerable número de estados miembros han ofrecido reconocimiento legal a las parejas del mismo sexo. Ciertas disposiciones de la ley de la UE también reflejan una tendencia en alza a incluir a las parejas del mismo sexo en el concepto de “familia” (...). En vista de esta evolución el tribunal considera artificial mantener la opinión de que, a diferencia de una pareja de distinto sexo, una pareja del mismo sexo no pueda disfrutar del concepto de “vida familiar” para los propósitos del artículo 8. En consecuencia la relación de los demandantes, una cohabitación estable de una pareja del mismo sexo que viven juntos de facto, cae dentro del concepto de “vida familiar”, como una relación de una pareja de distinto sexo que estuviera en la misma situación.»

24

En un caso similar, el TEDH adoptó una decisión contraria y no sancionó al Estado francés precisamente porque la adopción co-parental solo era posible para las parejas casadas heterosexuales: *Gas et Dubois c. France*, 15 de marzo de 2012.

Un mes más tarde, el TEDH considera en el caso *P.B. y J.S. c. Austria* que existe una discriminación y violación de la vida privada cuando la legislación no reconoce a la pareja homosexual del asegurado la cobertura de un seguro de salud: "La relación entre los demandantes, una pareja de concubinos del mismo sexo que viven de modo estable como pareja de hecho, entra dentro de la noción de vida familiar, del mismo modo que, en análoga situación, entra la relación en el seno de una pareja de sexo diferente"²⁵ Del mismo modo, en el caso *Olari y otros c. Italia*, el TEDH estima que la protección prevista por la ley italiana para las parejas del mismo sexo no responde a las necesidades fundamentales de una pareja comprometida en una relación estable.

Inclusive en materias más controvertidas como la gestación por sustitución (vientres de alquiler), el TEDH ha tomado decisiones valiosas tanto respecto de parejas homosexuales como heterosexuales. En 2014 y 2016, los jueces de Estrasburgo han condenado al Estado francés por no transcribir en los registros del estado civil las partidas de nacimientos de niños nacidos por madres de sustitución en países extranjeros que permiten dicha práctica.

V. La penalización de la homofobia

El TEDH no ha tratado directamente del delito de homofobia, dejando dicha materia que pertenece al ámbito penal en manos de las autoridades nacionales. La primera decisión que hace referencia a la hostilidad hacia los homosexuales es la sentencia *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal* en la que el TEDH califica las apreciaciones del tribunal portugués de homóforas pero dicha referencia no utiliza el término en el sentido jurídico de infracción sino en el sentido moral de propósito condenable.

La homofobia es tratada por el TEDH como una barrera a la libertad de expresión del colectivo LGBT, así en una decisión del 21 de octubre de 2010 (*Alekseyev c. Rusia*) ha emplazado a las autoridades rusas a responder sobre las marchas del Orgullo Gay de Moscú, prohibidas en 2006, 2007 y 2008 y ha fijado como fecha tope el 20 de enero de 2010 no sólo para que cese dicha prohibición sino también para garantizar la seguridad de los manifestantes. Tres años antes, los jueces de Estrasburgo habían ya sancionado a Polonia por restringir la libertad de reunión y asociación por no autorizar un desfile gay en las calles de Varsovia²⁶. Un importante fallo del 9 de febrero de 2012 (*Vejdeland y otros c. Suecia*) establece que el discurso de odio hacia los homosexuales no constituye una opinión susceptible de ser protegida por el artículo 10 de la Convención (libertad de expresión), confirmando de ese modo la sentencia de la Corte suprema sueca que había condenado un panfleto distribuido en una escuela secundaria como homóforo. En el fallo *Kaos GI c. Turquía*, el TEDH considero que la confiscación de los ejemplares de una

25

P.B. y J.S. c. Austria 22-07-2010

26

Baczowski y otros c. Polonia (n° 1543/06) del 3 de mayo de 2007.

revista LGBT constituye una violación a la libertad de expresión así como la legislación rusa relativa a la “propaganda homosexual” considerada por los jueces de Estrasburgo homofóbica (*Bayev y otros c. Rusia*, 20/06/20147)

El artículo 3 del Convenio (prohibición de tratos inhumanos y degradantes) constituye asimismo un importante instrumento contra la homofobia. Así, en una sentencia del 12 de mayo de 2015 (*Identoba y otros c. Georgia*), el TEDH condena a las autoridades del Estado de Georgia por no haber protegido a los manifestantes LGBT de la jornada de lucha contra la homofobia quienes fueron violentamente atacados por el contra-manifestantes de grupos de extrema derecha. Turquía fue también condenada por tratamientos inhumanos y degradantes respecto de un detenido homosexual quien, luego de haberse quejado a las autoridades penitenciarias del acoso de los co-detenido, fue aislado ocho meses en una celda individual.

Aunque de manera indirecta el TEDH condena la homofobia, han sido sobre todo el Consejo de Europa (CE) y el Parlamento Europeo (PE) quienes han producido los principales instrumentos (no vinculantes) relativos a la lucha contra la homofobia tanto a nivel de la discriminación material en el ámbito laboral y otros ámbitos cuanto a los discursos de odio. Así, el PE, en una resolución del 18 de enero de 2006 “pide a los Estados miembros que tomen todas las medidas que consideren adecuadas para la lucha contra la homofobia y la discriminación basada en la orientación sexual, y que promuevan y apliquen el principio de igualdad en sus sociedades y ordenamientos jurídicos”. Un año más tarde el mismo Parlamento “condena los comentarios discriminatorios formulados por líderes políticos y religiosos en relación con los homosexuales, dado que incitan al odio y a la violencia incluso si después se retiran, y pide a las jerarquías de las organizaciones respectivas que los condenen”²⁷

Conclusión

Después de más sesenta años de demandas ante el TEDH, el avance en materia de derechos fundamentales relacionados con la orientación sexual es considerable. En particular en lo que se refiere a la libertad de expresión de las asociaciones LGBT en los países del este de Europa y de las condenas contra los tratos inhumanos y degradantes.

Sin embargo la situación está lejos de ser óptima. La igualdad de las parejas de mismo sexo no se encuentra garantizada ni a nivel del derecho al matrimonio ni a nivel de la filiación. Aunque el TEDH deja entrever una seria preocupación en la materia, delega a los Estados la cuestión del matrimonio gay y la homoparentalidad (asistencia a la procreación y gestación por sustitución). A primera vista el argumento del consenso europeo parece explicar la timidez del TEDH quien considera que la existencia de dicho consenso respecto de una cuestión dada favorece la ejecución de las sentencias. Al día de la fecha, únicamente el cuarenta por ciento de los países signatarios del Convenio cuentan

con alguna forma de conyugalidad abierta a las parejas del mismo sexo y sólo doce de entre ellos reconocen el derecho al matrimonio. El caso *Schalk & Kopf c. Austria* de 2010 constituye un avance considerable ya que por primera vez y de manera clara el TEDH considera que existe vida familiar entre parejas estables del mismo sexo, sin embargo, dicho reconocimiento no implica otorgar un derecho al matrimonio. Inclusive el texto interpretativo de la *Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea* si bien no prohíbe a los Estados abrir el matrimonio tampoco les obliga a hacerlo. La situación se encuentra entonces en manos de los parlamentos nacionales y en la capacidad de los diferentes colectivos para movilizar las opiniones públicas y los partidos políticos.

Los avances más significativos provienen del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) quien en dos significativos fallos *Maruko*²⁸ (2008) y *Romer*²⁹ (2011) considera que las parejas gay en uniones civiles deben gozar de los mismos derechos de pensión que las parejas heterosexuales casadas. El tribunal consideró que la negativa del Estado alemán a otorgar las pensiones de viudedad al Sr Maruko y posteriormente una pensión laboral al Sr. Romer que no estaban casados, pero vivían en pareja con un contrato de unión civil “puede constituir una discriminación por razón de orientación sexual”, que está prohibida por la legislación comunitaria.

La política del consenso europeo en la materia continúa justificando la diferencia de tratamiento entre las parejas del mismo sexo y las parejas heterosexuales³⁰. Aunque, la vida familiar y los derechos sociales de las uniones homosexuales se encuentran protegidos, únicamente el derecho al matrimonio terminará con la discriminación como lo señala el voto disidente de los jueces Rozakis, Spielmann y Jebens en el caso *Schalk & Kopf c. Austria* pues, habiéndose constatado la existencia de una situación comparable y señalado que las diferencias fundadas en la orientación sexual deben ser justificadas por razones particularmente graves, el TEDH tendría que haber concluido que hubo violación al artículo 14 combinado con el artículo 8 del Convenio ya que el gobierno austriaco no avanzó ningún argumento que justifique la diferencia de tratamiento y se contentó simplemente con invocar el margen de apreciación. Pero, como lo señala la disidencia, en ausencia de razones sólidas el TEDH no debería haber aceptado dicho argumento. Por ende, concluyen los discrepantes, “la presencia o la ausencia de un denominador común en los sistemas jurídicos de los Estados del Consejo de Europa es un factor desprovisto de pertinencia que sólo debe entrar en juego de manera secundaria respecto al margen de apreciación. En efecto, es únicamente cuando las autoridades nacionales proveen

28

CJCE 1er abril. 2008, *Maruko*, aff. C-267/06, Rec. CJCE I-01757

29

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-147/08 de 10 de mayo de 2011 : Jürgen Römer / Freie und Hansestadt Hamburg)

30

Ver la tesis de Jonatan Cruz Angeles, “Teoría del consenso y margen de apreciación de los Estados en materia de orientación sexual: Estudio comparado del TEDH y la CIDH”, Universidad de Jaén 2016.

justificaciones que el TEDH puede declararse convencido, teniendo en cuenta la presencia o ausencia de un denominador común” pero como el gobierno austriaco no aportó justificaciones convincentes, el margen de apreciación no debería haberlo protegido contra una disposición discriminatoria. En el fallo *X y A.C. c. Austria*, 19 de febrero de 2013, el TEDH parece haber prestado oído a la disidencia condenando así a un Estado aunque no exista consenso en el asunto.

Otro tema preocupante es el del derecho de asilo para las personas LGBT y lamentablemente el TEDH es particularmente tímido al aplicar el Convenio en dicha materia.

De un modo general, podemos concluir señalando que ninguna autoridad pública ha aportado razones jurídicas suficientes que justifiquen la exclusión de gays y lesbianas del derecho al matrimonio, la adopción y el acceso a las técnicas de reproducción asistida, se trata únicamente de argumentos morales que hacen referencia a la tradición pero, como ni la tradición ni la moral son fuentes del Derecho, el argumento del consenso europeo debe considerarse entonces improcedente. Las próximas sentencias del TEDH mostrarán como evolucionará la justicia europea.

Cuadro no exhaustivo de la jurisprudencia

A. La justificación de la penalización (1955-1977)

10 de octubre de 1955 primera sentencia de la Comisión Europea de derechos humanos en materia de homosexualidad. Otras decisiones sucesivas: 104/55; 135/55; 167/56; 261/57; 530/59; 600/59; 704/60; 1307/61...

B. La transición (1977-1981)

- Decisión de la Comisión declarando admisible una demanda referente a la homosexualidad (7-07-1977).

- Resolución 756 del Consejo de Europa (1981) “relativa a la discriminación de las personas homosexuales”

- Recomendación 934 del Consejo de Europa (1981) “relativa a la discriminación hacia las personas homosexuales”

C. La despenalización parcial (1981-1997)

- *Dudgeon c. Reino Unido e Irlanda del Norte*, 22-10-1981.

- *Norris c. Irlanda*, 26-10-1988.

- *Modinos c. Chipre*, 22-04-1993.

D. La igualdad relativa (a partir de 1997)

- *Sutherland c. Reino Unido* (Decisión de la Comisión del 1 de julio de 1997)³¹

- *Lustig, Prean y Beckett c. Reino Unido*, 27-12-1999

- *Smith y Grady c. Reino Unido*, 27-12-1999

- *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, 21-03- 2000

- *A.D.T. c. Reino Unido*, 31-07-2000

- *Fretté c. Francia*, 26-05-2002

- *L y V c. Austria*, 9-01-2003 y *S. L. c. Austria* 09-01-2003

- *Karner c. Austria*, 24-07- 2003

- *E.B. c. Francia*, 22-01-2008

- *Porubova c. Rusia*, 08-10-2009
- *Kozak c. Polonia*, 02-03-2010
- *Schalk & Kopf c. Austria*, 24-06-2010
- *P.B. & J.S. c. Austria*, 22-07-2010
- *J.M. c. UK*, 28-09-2010
- *Santos Couto c. Portugal*, 21-09-2010
- *Vejdeland y otros c. Suecia*, 09-02-2012
- *X y A.C. c. Austria*, 19-02- 2013
- *Vallianatos y otros c. Grecia*, 07/11/2013
- *Oliari y otros c. Italia*, 21/07/2015
- *Taddeucci y McCall c. Italia*, 30/06/2016

E. Contra la homofobia

- *Baczkowski y otros c. Polonia*, 03-05-2007
- *Alekseyev c. Rusia*, 21-10-2010
- *Genderdoc-M c. Moldavia*, 12/06/2012
- *X. c. Turquía*, 09/10/2013
- *Identoba y otros c. Georgia*, 12/05/2015
- *M.C. y C. A. c. Rumania*, 12/04/2016
- *Kaos GI c. Turquía*, 22/11/2016
- *Bayev y otros c. Rusia*, 20/06/2017
- *Lashmankin y otros c. Rusia*, 07/02/2017

Resoluciones y recomendaciones del Consejo de Europa y el Parlamento Europeo:

- Resolución del Parlamento Europeo relativa a la discriminación en el ámbito del trabajo, 13 de marzo de 1984.
- Resolución del Parlamento Europeo A3-0028/94 del 8 de febrero de 1994 sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y lesbianas en la Unión Europea.

- Resolución del Parlamento Europeo B4-824 y 0852/98 del 17 de diciembre de 1998 referente a la igualdad de derechos para las personas homosexuales y lésbicas de la Unión Europea.

- Artículo 13 del Tratado de Ámsterdam.

- Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

- Programa de acción contra la discriminación (2001 - 2006).

- Recomendación del Parlamento Europeo del 5 de julio del 2001 a favor de los derechos de los homosexuales (en particular las uniones del mismo sexo)

- Artículo 21 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (retomada en la Constitución Europea).

- Recommendation 211 (2007) du Congrès des pouvoirs locaux et régionaux du Conseil de l'Europe sur la « Liberté d'expression et d'assemblée pour les lesbiennes, gays, bisexuels et transsexuels »

La igualdad y la lucha contra la homofobia :

- Parecer nº 216 (2000) : Proyecto de protocolo nº 12 por el cual la Convención Europea de Derechos Humanos propone la protección de las personas homosexuales y lésbicas contra la discriminación fundada en la orientación sexual.

- Resolución del Parlamento Europeo contra la homofobia del 19 de enero del 2006.

- Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de febrero de 2014, sobre la hoja de ruta de la UE contra la homofobia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género (2013/2183(INI))

- Programa de Estocolmo, Unión Europea 02-12-2009, medidas contra el racismo, la xenofobia, el antisemitismo y la homofobia.

- Recomendación CM/Rec (2010) del comité de ministros del consejo de Europa a los Estados miembros sobre medidas tendientes a combatir la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género, 31-03-2010.

- Recomendación 1728 (2010) de la asamblea parlamentaria del Consejo de Europa sobre la discriminación basada en la orientación sexual e identidad de género, 29-04-2010

- Directrices del Consejo de Europa para promover y proteger el disfrute de todos los derechos humanos por parte de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales (11153/13)

- Protección contra la discriminación por motivos de orientación sexual, identidad de género y características sexuales en la UE: análisis jurídico comparativo (actualización de 2015) Agencia derechos fundamentales de la Unión Europea.

Ver también: *Manuel de droit européen en matière de non discrimination* FRA 2010