

EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LOS DERECHOS DEL COLECTIVO LGBT

Francisco M. Ruiz-Risueño Montoya

Letrado temporal en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

INTRODUCCIÓN

Desde principios de los años ochenta del siglo pasado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha venido pronunciando sobre los derechos de las minorías sexuales. Los temas sobre los que ha decidido son muy variados. Comprenden desde la criminalización de las relaciones homosexuales hasta el derecho al matrimonio o a la adopción coparental de las parejas formadas por personas del mismo sexo. Se trata, por tanto, de una jurisprudencia muy heterogénea. El objetivo de este trabajo es exponerla de forma sistemática. Los tres primeros capítulos del trabajo se dedican a la jurisprudencia dictada por el Tribunal con ocasión de demandas presentadas por personas LGBT frente a medidas que consideraban vulneradoras de sus derechos o discriminatorias. Los dos últimos capítulos se dedican a la exposición de dos sentencias recientes del Tribunal en el que éste ha considerado legítimas determinadas medidas antidiscriminatorias adoptadas en beneficio del colectivo LGBT.

I. LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS TRANSEXUALES

1. El derecho de las personas transexuales al reconocimiento de su nueva identidad sexual y al matrimonio

La identidad de género de las personas constituye sin duda alguna “uno de los aspectos más íntimos de la vida privada”¹ y hoy es jurisprudencia consolidada del Tribunal que el derecho al respeto a la vida privada garantizado en el artículo 8 del Convenio impone a los Estados la obligación positiva de reconocer a todos los efectos la nueva identidad de género de las personas transexuales, al menos de aquellas que han culminado el proceso de reasignación de género a través de la correspondiente cirugía.

Esto, sin embargo, no fue siempre así. Hasta las sentencias de Gran Sala de Christine Goodwin

c. el Reino Unido e I. c. el Reino Unido, de 11 de julio de 2002, la jurisprudencia del Tribunal reconocía a los Estados un margen de apreciación sobre el nivel de reconocimiento de la nueva identidad de género de las personas transexuales, aunque como veremos, ese margen de apreciación no estaba exento de límites.

La jurisprudencia del Tribunal sobre la materia se inicia con las sentencias Rees c. el Reino Unido, de 17 de octubre de 1986, y Cossey c. el Reino Unido, de 27 de septiembre de 1990. Las demandantes en ambos casos eran dos mujeres transexuales operadas a las que las autoridades británicas se negaban a reconocer plenamente su nueva identidad de género mediante una modificación en los registros y actas de nacimiento. Para ellas dicha negativa constituía una violación de su derecho al respeto a la vida privada. El Tribunal rechazó su queja. En su opinión, el nivel de reconocimiento de la nueva identidad de los transexuales era una cuestión que correspondía determinar a los Estados dentro del margen de apreciación que les confería el Convenio y por lo tanto la negativa del Estado a alterar el registro de nacimientos o a emitir actas de nacimiento cuyo contenido y naturaleza difería de las entradas originales relativas al género del individuo no podía considerarse una injerencia en el derecho a la vida privada. Para el Tribunal, no había quedado probado que la negativa de las autoridades a dar pleno reconocimiento a la nueva identidad de las demandantes les hubiera causado un nivel de sufrimiento tan grave como para hacer prevalecer éste sobre el margen de apreciación del Estado. De hecho, las autoridades nacionales habían adoptado medidas para paliar las molestias que ocasionaba a las personas transexuales la falta de reconocimiento pleno de su nueva identidad, facilitándoles, por ejemplo, permisos de conducir, pasaportes y otros documentos con su nuevo nombre y género. El Tribunal advirtió, sin embargo, que las autoridades nacionales debían evaluar permanentemente la necesidad de nuevas medidas concretas en este ámbito puesto que el Convenio debía ser interpretado y aplicado de

manera evolutiva, a la luz de las condiciones de cada momento.²

Las demandantes también se quejaban bajo el artículo 12 del Convenio de una vulneración del derecho a contraer matrimonio. La conclusión que alcanzó el Tribunal en este aspecto era deudora de la alcanzada con respecto al artículo 8. El Tribunal consideró que la imposibilidad de que los transexuales pudieran contraer matrimonio con una persona de género distinto al que se le había reasignado no constituía una violación del derecho a contraer matrimonio. El Tribunal interpretó que dicho artículo atribuía el derecho a contraer matrimonio a personas de distinto sexo biológico y que la decisión de seguir adoptando dicho criterio para determinar el sexo de los contrayentes correspondía a los Estados en el marco de su competencia para regular su ejercicio. Además, la redacción del artículo reconocía el derecho al matrimonio como fundamento de la familia y, por tanto, su disfrute podía hacerse depender legítimamente de la posibilidad de concebir hijos.

En 1992 el Tribunal condenó a Francia en el caso de B. c. Francia, de 25 de marzo de 1992, por la negativa de sus autoridades a reconocer la nueva identidad sexual de la demandante, una mujer transexual que se había sometido a un tratamiento completo de reasignación de género. El Tribunal confió en diversos factores para distinguir este caso de los de Rees y Cossey, cuya actualidad dejó intacta.³ En este sentido, el Tribunal observó que existían diferencias importantes entre los ordenamientos francés e inglés en materia de estado civil, de cambio de nombres y de utilización de documentos y tras analizar cada uno de estos factores en detalle consideró que la demandante se encontraba en una situación que, en su conjunto, era contraria al artículo 8 del Convenio. En Francia los transexuales se encontraban frecuentemente en la vida diaria ante la necesidad de presentar documentos de los que resultaba evidente la discrepancia entre su sexo legal y el aparente. Las autoridades francesas no habían ponderado correctamente entre el interés público y el privado y no podían, por tanto, prevalecer del margen de apreciación que el Tribunal había reconocido a los Estados en esta materia.

Con las sentencias de Gran Sala en los casos de Christine Goodwin c. el Reino Unido e I. c. el Reino Unido, de 11 de julio de 2002, el Tribunal dio un vuelco a su jurisprudencia en Rees y Cossey⁴. El Tribunal despojó a los Estados de discrecionalidad en la materia y les impuso la obligación de reconocer a todos los efectos la nueva identidad de las personas transexuales. El Tribunal

argumentó que el Convenio era primero y ante todo un sistema de protección de los derechos humanos y que por tanto el Tribunal debía prestar atención a las condiciones cambiantes en los Estados y atender a cualquier nueva convergencia en relación con los estándares de aplicación. Y tras observar que existía una tendencia continuada a nivel internacional a favor de la aceptación social de los transexuales y del reconocimiento legal de su nueva identidad, afirmó que era insostenible mantener por más tiempo a los transexuales operados en la insatisfactoria situación en la que les colocaba la falta de reconocimiento pleno de su nueva identidad sexual. “El sufrimiento y la alienación derivada de la discordancia entre la posición que una persona transexual operada asume en la sociedad y el estatuto que le impone el derecho, que se niega a reconocer su cambio de género, no puede considerarse, en opinión del Tribunal, un inconveniente menor derivado de una formalidad. Existe un conflicto entre la realidad social y el derecho que coloca a la persona transexual en una posición anómala, en la que él o ella puede experimentar sentimientos de vulnerabilidad, humillación y angustia”.⁵ Y tras admitir las dificultades que el reconocimiento de la nueva identidad de género de los transexuales podía plantear en distintos ámbitos del derecho, el Tribunal concluyó que podía “exigirse razonablemente a la sociedad que acepte ciertas inconveniencias a fin de permitir a estas personas vivir con dignidad y respeto, de acuerdo con la nueva identidad que han elegido a un elevado coste personal”.⁶ Así pues, el Tribunal declaró que el no reconocimiento pleno por las autoridades británicas de la nueva identidad de género de las demandantes constituía un incumplimiento de sus obligaciones positivas en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 del Convenio⁷.

También consideró el Tribunal en estos casos que el artículo 12 del Convenio había sido vulnerado. El Tribunal afirmó que el ejercicio del derecho a contraer matrimonio no podía hacerse depender de la posibilidad de concebir hijos y que no parecía razonable, a la luz de los avances sociales y científicos en el tema de la transexualidad, interpretar los términos hombre y mujer del artículo 12 con criterios puramente biológicos. El Tribunal rechazó que la falta de consenso en la materia entre los Estados contratantes pudiera dejar el asunto completamente en sus manos. Estos podrían establecer, dentro del margen de apreciación que el Convenio les confería en esta materia, garantías y condiciones para el ejercicio por los transexuales del derecho a contraer matrimonio, pero no existía ninguna razón para privar a estas personas por principio de ese derecho.⁸

El caso de *Grant c. el Reino Unido*, de 23 de mayo de 2006, dará al Tribunal la oportunidad de aclarar el alcance de su nueva jurisprudencia. La demandante en el caso era una transexual a la que las autoridades británicas habían obligado a esperar hasta los 65 años para obtener una pensión de jubilación a pesar de que la edad ordinaria de jubilación para las mujeres era la de sesenta. El Tribunal declaró que la falta de reconocimiento legal de la nueva identidad sexual de la demandante a efectos de la pensión de jubilación constituía una vulneración de su derecho a la vida privada. El Tribunal tuvo también que determinar desde cuándo la demandante podía ser considerada víctima de dicha vulneración. De hecho, su solicitud de pensión había sido rechazada en dos ocasiones, una con anterioridad al pronunciamiento de la sentencia *Christine Goodwin* y otra con posterioridad a la misma. El Tribunal consideró a este respecto que la demandante había adquirido el estatus de víctima en la fecha en que las autoridades nacionales le habían denegado la pensión incumpliendo la jurisprudencia establecida en su sentencia *Christine Goodwin*, cuyos efectos, por tanto, eran constitutivos, y que lo había sido hasta la entrada en vigor de la *Gender Recognition Act 2004*, una ley aprobada por el Reino Unido que permitía a las personas transexuales obtener el reconocimiento jurídico de su nueva identidad también en lo relativo a pensiones y seguridad social.⁹

La convalidación por los tribunales nacionales de la negativa de las aseguradoras médicas a reembolsar a las personas transexuales los gastos derivados de los tratamientos de reasignación de género también ha sido objeto de supervisión por el Tribunal. En *Van Kück c. Alemania*, de 12 de junio de 2003, el Tribunal estimó la demanda de una transexual a la que su aseguradora médica privada le había denegado el reembolso de los gastos médicos derivados de su tratamiento reasignativo. El Tribunal sostuvo que las consideraciones realizadas por los tribunales nacionales según las cuales correspondía a la demandante probar la necesidad médica del tratamiento, una operación de carácter irreversible que afectaba a uno de los aspectos más íntimos de su vida privada, constituía una exigencia desproporcionada contraria al derecho a la vida privada. En su sentencia de *Schlumpf c. Suiza*, de 8 de enero de 2009, el Tribunal volvió a estimar la demanda de una transexual a la que su aseguradora médica le había denegado el reembolso de los gastos derivados de su operación de reasignación de género. En este caso la denegación respondía a que la demandante

no había respetado el “plazo de observación” de dos años desde la prescripción facultativa que los tribunales nacionales habían establecido en su jurisprudencia como condición general para poder obtener el reembolso de dichos gastos.¹⁰ El Tribunal observó que las autoridades nacionales habían aplicado dicha condición de manera mecánica, sin atender a las circunstancias personales concretas de la demandante - que tenía ya 67 años en el momento de solicitar a su aseguradora que asumiera los gastos del tratamiento y que había esperado a realizar la operación por respeto a sus hijos y a su difunta esposa - y que, al actuar de este modo, no habían ponderado correctamente los intereses en conflicto.¹¹

El caso de *L. c. Lituania*, de 11 de septiembre de 2007, planteaba un problema diferente. La demanda en este caso había sido presentada por un demandante transexual para el que la falta de desarrollo normativo de la disposición del nuevo código civil de 2000 que reconocía a los transexuales no casados el derecho a cirugía reasignativa vulneraba su derecho al respeto a la vida privada. La modificación de su número personal de identificación, en el que existía una referencia al sexo femenino, estaba condicionada a la realización de una cirugía completa de reasignación de género y, por tanto, mientras no pudiera obtener ésta, el demandante continuaba siendo mujer a determinados efectos. El Tribunal consideró que las restricciones presupuestarias no podían servir, después de cuatro años desde la aprobación del código civil, como justificación suficiente para posponer por más tiempo el desarrollo normativo de la disposición que reconocía el derecho al tratamiento reasignativo y condenó a las autoridades lituanas por vulneración del derecho al respeto a la vida privada del demandante. El Tribunal estimó que, como compensación pecuniaria, el Estado debía aprobar en un plazo de tres meses desde que su sentencia alcanzara firmeza la legislación de desarrollo del código civil o, en su defecto, satisfacer al demandante 40 000 euros. El Gobierno lituano optó por la segunda de las opciones.¹²

Otra cuestión relacionada con el derecho a la identidad sexual de las personas transexuales que se le ha planteado al Tribunal es si los Estados pueden legítimamente condicionar el reconocimiento de su nueva identidad de género a un cambio en su estado civil. Este asunto se le ha planteado al Tribunal en el marco de matrimonios convencionales cuyos miembros querían continuar estando casados tras la reasignación de género de uno de ellos.

Así, en sus sentencias *Parry c. el Reino Unido* y *R. y F. c. el Reino Unido*, de 28 de noviembre

de 2006, el Tribunal declaró inadmisibles las demandas de dos matrimonios que se quejaban de que someter el reconocimiento de la nueva identidad de género del cónyuge transexual a la obligación de divorciarse era contraria al artículo 8 del Convenio y de que dicha imposición vulneraba el derecho al matrimonio recogido en el artículo 12. El Tribunal observó que el derecho nacional vigente sólo permitía el matrimonio entre personas de distinto género, lo que no infringía el Convenio ya que el artículo 12 consagraba un concepto heterosexual del matrimonio, y que los demandantes tenían la posibilidad de contraer una unión civil tras su divorcio con casi los mismos derechos y obligaciones que si hubieran seguido casados. El Tribunal continuó en esta línea en su sentencia H. c. Finlandia, de 13 de noviembre 2012, pero ésta no ha alcanzado firmeza ya que el asunto ha sido reenviado a Gran Sala el pasado 29 de abril de 2013.

2. Transexualidad y filiación

En su sentencia de Gran Sala X, Y y Z c. el Reino Unido, de 22 de abril de 1997, anterior, por tanto, a la sentencia de Christine Goodwin, el Tribunal consideró que la negativa de las autoridades británicas a registrar a un transexual masculino (X) como padre del hijo (Z) de su pareja femenina (Y), concebido mediante inseminación artificial anónima, no constituía una vulneración del derecho a la vida familiar de los demandantes. X e Y constituían una pareja estable, habían obtenido el permiso de las autoridades para un tratamiento de inseminación artificial por un donante anónimo y X había realizado un reconocimiento de paternidad de acuerdo con la legislación sobre inseminación artificial en vigor que establecía que “cuando un hombre, que no está casado con la madre, es parte en el tratamiento que resulta en la colocación de esperma en la mujer, será considerado padre del hijo”. Cuando X había querido registrarse como padre del hijo en el acta de nacimiento, la administración le había denegado la inscripción con el argumento de que sólo un hombre biológico podía ser registrado como tal. Desde su nacimiento el hijo vivía con X e Y y X asumía públicamente el papel de padre. El Tribunal recurrió al criterio del margen de apreciación para desestimar la queja de los demandantes. Por un lado, el Tribunal no tenía seguridad sobre el modo en que los intereses del menor quedaban mejor protegidos. Y por otro, la transexualidad era un asunto que planteaba serios problemas de carácter científico, moral y social, sobre los que no existía un consenso entre los

Estados contratantes y sobre el que, por tanto, éstos debían gozar de un margen de apreciación. A ojos del Tribunal, el artículo 8 del Convenio no podía entenderse de manera que obligara al Estado a reconocer formalmente a X como padre de un menor del que no era padre biológico.

La sentencia recibió cuatro votos disidentes. Para el juez Casadevall (al que se unieron los jueces Russo y Makarczyk), el Estado debería haber asumido todas las consecuencias de la situación que él mismo había favorecido y adoptar todas las medidas necesarias para permitir a los demandantes desarrollar una vida familiar normal sin discriminación. Las opiniones disidentes de los jueces Thór Vilhjálmsson y Foighel hacían hincapié en que X había sido discriminado en relación con un hombre biológico, al que no se le habría negado la inscripción. Por su parte, el juez Gotchev reprochó a la mayoría el no haber prestado suficiente atención al bienestar del menor, criterio que, en su opinión, debería haber prevalecido sobre cualquier otra consideración.

Como se ha señalado al principio de este apartado, esta sentencia fue dictada antes de Christine Goodwin c. el Reino Unido por lo que es más que dudosa la vigencia actual de sus conclusiones.

3. El derecho de las personas transexuales a no ser discriminadas en las relaciones paterno-filiales

En su sentencia en el caso de P. V. c. España, de 30 de noviembre 2010, la cuestión que se le planteaba al Tribunal era determinar si las decisiones judiciales por las que se había restringido el régimen de visitas de la demandante transexual con respecto a su hijo se basaban en su transexualidad y constituían por tanto un trato discriminatorio contrario a los artículos 14 y 8 del Convenio. El Tribunal afirmó que “la transexualidad es una noción protegida, sin duda alguna, por el artículo 14 del Convenio”,¹³ pero concluyó que en este caso la demandante no había sido sometida a un trato discriminatorio. En su opinión, la razón decisiva para la restricción temporal del régimen de visitas no había sido su transexualidad, sino el interés superior del menor. La decisión de los tribunales nacionales de restringir dicho régimen, para lo que se había tenido en cuenta la inestabilidad emocional detectada en la demandante, tenía como finalidad permitir al menor habituarse progresivamente a la nueva identidad de su progenitor. La prueba es que este régimen había sido ampliado posteriormente.

II. LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS HOMOSEXUALES

1. El derecho a la libertad sexual

En su sentencia *Dudgeon c. el Reino Unido*, de 22 de octubre de 1981, el Tribunal condenó al Reino Unido por el mantenimiento en Irlanda del Norte de una legislación penal que criminalizaba los actos sexuales consentidos entre hombres adultos. El demandante en este caso era un hombre homosexual al que la policía había sometido a un intenso interrogatorio sobre sus prácticas sexuales antes de remitir un informe a la oficina del fiscal a fin de que éste considerara la posibilidad de acusarlo de un delito de “indecencia grave entre hombres”. El fiscal decidió no presentar cargos contra el demandante por estos hechos. Sin embargo, este último acudió al Tribunal invocando su derecho al respeto a la vida privada y su derecho a no ser discriminado por orientación sexual en el disfrute de ese derecho. El Tribunal analizó el caso a la luz del artículo 8 del Convenio y consideró que el Reino Unido había vulnerado el derecho del demandante al respeto a su vida privada. El mantenimiento en vigor de las disposiciones legislativas que criminalizaban las relaciones homosexuales consentidas entre adultos constituía una “injerencia continuada” en “uno de los aspectos más íntimos de la vida privada” para el que las autoridades británicas debían ofrecer “razones de peso particularmente convincentes”. Ni la protección de la moral ni de los derechos de terceros constituía, en el caso concreto, una “necesidad social imperiosa” que pudiera justificar el mantenimiento de dicha legislación. Las relaciones homosexuales consentidas entre adultos y en privado no ponían en peligro a ningún sector vulnerable de la población ni su restricción podía justificarse en el efecto que éstas pudieran causar en el público. De hecho, la mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa habían despenalizado dichas conductas e incluso las autoridades locales habían renunciado a ejercer acciones penales contra dichas actividades sin que ello hubiera provocado la indignación de la población. “La realización de actos homosexuales en privado - dijo el Tribunal - puede herir, disgustar o molestar a las personas para las que la homosexualidad es inmoral, pero esta circunstancia por sí sola no autoriza el recurso a sanciones penales cuando nos encontramos ante actos consentidos entre adultos”.¹⁴

El demandante también se había quejado de una injerencia en su vida privada como consecuencia del establecimiento de una edad

legal de consentimiento para mantener relaciones homosexuales más elevada que para las relaciones heterosexuales. El Tribunal consideró que dicha distinción encontraba justificación en la protección contra la explotación y corrupción de aquellos que por su edad se encontraban en una posición más vulnerable y que competía al Estado fijar la edad por debajo de la cual los jóvenes debían recibir protección del derecho penal. Más tarde, como veremos, cambiará de opinión. Considerará contrario al Convenio el establecimiento de distintas edades de consentimiento para la realización de actos sexuales.

La jurisprudencia del Tribunal en *Dudgeon* se vio confirmada algunos años después en la sentencia *Norris c. Irlanda*, de 26 de octubre de 1988, y de nuevo en la sentencia *Modinos c. Chipre*, de 22 de abril de 1993. La particularidad del primer caso reside en el hecho de que el Tribunal admitió el carácter de víctima del demandante homosexual aunque éste no había sido ni investigado ni procesado por haber mantenido relaciones homosexuales. El Tribunal advirtió que un demandante podía ser considerado víctima incluso en ausencia de una medida concreta de aplicación de una ley si éste corría el riesgo de verse afectado directamente por ella, como era el caso, y sostuvo que el hecho de que una ley como la cuestionada no se hubiera aplicado durante largo tiempo a una categoría de supuestos no excluía la posibilidad de que la misma pudiera ser aplicada a los mismos en el futuro si se verificaba un cambio de política. En el segundo el Tribunal rechazó el argumento del Gobierno de que el mantenimiento en su legislación de las disposiciones que criminalizaban los actos homosexuales consentidos no suponía una injerencia en la vida privada del demandante porque las mismas eran inaplicables por contravenir el artículo 8 del Convenio - en particular, la interpretación que del mismo había hecho el Tribunal en el caso *Dudgeon* - y su equivalente en la Constitución chipriota. De hecho, desde 1981 el ministerio fiscal, titular en exclusiva de la acción penal, no había ejercitado acciones penales por estos delitos. El Tribunal consideró, sin embargo, que este hecho no constituía suficiente garantía de que dichas acciones no pudieran presentarse en el futuro, sobre todo si se atendía a las declaraciones realizadas por algunos ministros nacionales quienes, contrariamente a lo que sostenía el Gobierno ante el Tribunal, habían defendido la vigencia de la legislación en cuestión.¹⁵

El caso de *A.D.T. c. el Reino Unido*, de 31 de julio de 2000, difiere de los anteriores en que los hechos de este caso atañen a actos homosexuales

realizados en grupo. El demandante había sido condenado por un delito de indecencia grave porque las relaciones homosexuales que había mantenido en su casa se habían realizado en presencia de más de dos hombres. El Tribunal admitió que, en ciertas circunstancias, las actividades sexuales podían llevarse a cabo de tal manera que la injerencia del Estado en la vida privada de los participantes encontrara justificación en la protección de la salud o de la moral, pero que los hechos en el caso concreto no indicaban que se estuviera ante un supuesto de ese tipo. Los actos sexuales habían tenido lugar en privado y no habían sido difundidos de ninguna manera por lo que no concurrían razones de peso suficientemente convincentes que pudieran justificar la injerencia del Estado en uno de los aspectos más íntimos de la vida privada de las personas.

Los casos *Smith y Grady c. el Reino Unido* y *Lustig-Prean y Beckett c. el Reino Unido*, ambos de 27 de septiembre de 1999, permitieron al Tribunal extender los principios elaborados en *Dudgeon* al ámbito militar, en concreto, frente a la política del ministerio de defensa del Reino Unido que hacía de la homosexualidad motivo de expulsión del ejército. En el caso concreto, el Tribunal declaró que tanto la investigación realizada por las autoridades en la vida sexual de los demandantes como su posterior expulsión del ejército por razón de su orientación sexual constituían una injerencia grave¹⁶ en su derecho al respeto a la vida privada para la que el Gobierno no había ofrecido una “justificación especialmente seria”¹⁷ como exigía su jurisprudencia cuando la injerencia afectaba a la esfera más íntima de la vida de las personas. No existían datos empíricos que acreditaran que la presencia de homosexuales en el ejército redujera su eficacia operativa o afectara a su buen funcionamiento. Para el Tribunal, la política de exclusión de los homosexuales del ejército no servía a ningún objetivo legítimo, a pesar de los argumentos invocados por el Gobierno relativos a la seguridad nacional y al mantenimiento de la moral de las fuerzas armadas, sino a prejuicios de la mayoría homosexual contra la minoría homosexual que, por sí solos, no podían considerarse justificación suficiente para la injerencia del Estado en una de las esferas más íntimas de la vida privada.¹⁸

La criminalización de los actos homosexuales volvió a ser objeto de control por parte del Tribunal en los casos de *L. y V. c. Austria* y *S.L. c. Austria*, ambos de 9 de enero de 2003, pero esta vez desde la perspectiva del derecho a la no discriminación.¹⁹ Este caso le permitió al Tribunal revisar las conclusiones alcanzadas en *Dudgeon* con

respecto al establecimiento de una distinta edad de consentimiento para las relaciones homosexuales y heterosexuales. Los demandantes eran hombres homosexuales que se quejaban de que según la legislación austriaca las relaciones heterosexuales o lésbicas consentidas entre personas adultas y mujeres adolescentes mayores de 14 años no eran objeto de persecución penal mientras que el artículo 209 del código penal castigaba con una pena de entre seis meses y cinco años las relaciones homosexuales consentidas entre un hombre adulto y un adolescente de entre 14 y 18 años. El Tribunal analizó los casos bajo los artículos 14 y 8 del Convenio y concluyó que éstos habían sido vulnerados.^{20y21}

El Tribunal reiteró su jurisprudencia en *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, de 21 de diciembre de 1999, a la que nos referiremos más adelante, según la cual la orientación sexual era un criterio incluido en el ámbito de aplicación del artículo 14 del Convenio y sostuvo, por primera vez en su jurisprudencia, que para ser consideradas legítimas, las diferencias basadas en la orientación sexual exigían igual que las distinciones basadas en el sexo “razones especialmente serias como justificación”.²² El Tribunal ya había requerido desde *Dudgeon*, como hemos visto, una justificación de este tipo en los casos que afectaran a vida sexual de las personas homosexuales. Pues bien, en estas sentencias el Tribunal extiende el test establecido en *Dudgeon* al ámbito de las discriminaciones basadas en la orientación sexual. Para lograr superar este test, la distinción debía encontrar justificación en “razones especialmente sólidas” o, en otras palabras, en un “interés social apremiante”, si se atendía al significado otorgado a ese estándar en *Dudgeon*. Aplicándolo a este caso, el Tribunal consideró que el Gobierno austriaco no había ofrecido razones objetivas y razonables que explicaran porqué los hombres de entre 14 y 18 años necesitaban protección contra las relaciones homosexuales mientras que las mujeres en la misma franja etaria no la necesitaban en sus relaciones heterosexuales o lésbicas. El artículo 209 del código penal austriaco era expresión de los prejuicios de la mayoría heterosexual contra la minoría homosexual que, por sí solos, como había ocurrido en el caso de *Smith y Grady*, no podían considerarse justificación suficiente para la diferencia de trato. El Tribunal, sin embargo, no se limitó a aplicar este test. Confió además en el creciente consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa en el establecimiento de una edad única de consentimiento para restringir el margen de apreciación del Estado en la materia.

2. El derecho de las personas homosexuales a no ser discriminadas en las relaciones paterno-filiales

En la sentencia de Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal, de 21 de diciembre de 1999, el Tribunal consideró que la denegación al demandante de la custodia de su hija a causa de su orientación sexual constituía una discriminación en el derecho a la vida familiar²³ contraria al Convenio. El Tribunal afirmó por primera vez en su jurisprudencia que la homosexualidad debía considerarse una categoría incluida en el artículo 14 del Convenio²⁴ y razonó que aunque el objetivo perseguido por las autoridades nacionales era legítimo, esto es, la protección de la menor, la decisión adoptada era desproporcionada en la medida en que ésta se había basado en consideraciones sobre la orientación sexual del demandante, una distinción prohibida por el Convenio.

3. El matrimonio como límite a la equiparación en derechos entre las parejas homosexuales y heterosexuales

Este apartado se dedica a la exposición de la jurisprudencia elaborada por el Tribunal a partir de demandas en las que, invocando su derecho a la no discriminación, los demandantes homosexuales le pedían que obligara al Estado a reconocer a sus relaciones homosexuales efectos jurídicos análogos, al menos con respecto a determinados derechos, a los que reconocía a las relaciones heterosexuales. La jurisprudencia resultante hasta el momento indica que el Tribunal está dispuesto a equiparar en derechos a las parejas homosexuales con las parejas de hecho heterosexuales, pero no a ampliar a las primeras derechos que los ordenamientos internos reservan al matrimonio. Parejas homosexuales y matrimonio no son, para el Tribunal, realidades comparables.

En Mata Estevez c. España, de 10 de mayo de 2001²⁵, el demandante, supérstite de una relación homosexual estable, pedía al Tribunal que condenara al Estado español por la negativa a reconocerle una pensión de viudedad tras el fallecimiento de su compañero. Dicho derecho estaba reservado al cónyuge supérstite de un matrimonio, institución que en el momento de los hechos era inaccesible en España para las parejas homosexuales. El Tribunal declaró la demanda inadmisibile. Razonó que, a diferencia de las relaciones heterosexuales, las relaciones afectivas y sexuales de las parejas formadas por personas del mismo sexo no constituían “vida familiar” a

efectos del artículo 8 del Convenio sino, en todo caso, “vida privada”. Y concluyó que la legislación española sobre prestaciones de viudedad tenía el objetivo legítimo de proteger el modelo de familia tradicional fundada en el matrimonio y, en este sentido, que el trato diferenciado dispensado a las relaciones homosexuales entraba dentro del margen de apreciación del Estado.

En sus sentencias Karner c. Austria, de 24 de julio de 2003, y Kozak c. Polonia, de 2 de marzo de 2010, el Tribunal declaró contrarias al Convenio las legislaciones arrendaticias austriaca y polaca en la medida en que éstas discriminaban a los supérstites de parejas homosexuales en el ejercicio del derecho de subrogación arrendaticia. En efecto, ambas legislaciones permitían suceder en el contrato de arrendamiento de la vivienda común al superviviente de una pareja de hecho heterosexual mientras que no sucedía lo mismo en el caso de una pareja homosexual. El Tribunal examinó ambos casos bajo la noción de “domicilio”.²⁶

En ambos casos el Tribunal recordó que la orientación sexual era un concepto protegido por el artículo 14 y que cuando una distinción se producía en el ámbito de la vida privada debían existir razones de peso que justificaran la medida. Cuando la diferencia de trato se basaba en el sexo o en la orientación sexual el margen de apreciación otorgado a los Estados era estrecho y el principio de proporcionalidad no exigía solamente que la medida adoptada fuera apta para realizar el fin perseguido sino que debía además justificarse que ésta era necesaria en atención a las circunstancias del caso. Aplicando estos principios el Tribunal concluyó que el Gobierno no había demostrado por qué la protección de la familia tradicional exigía excluir a las personas que convivían en una relación homosexual del derecho a suceder en el contrato de arrendamiento.²⁷ En Kozak el Tribunal afirmó rotundamente que si las únicas razones avanzadas para justificar una diferencia de trato se basaban en la orientación sexual del demandante, esa diferencia constituía una discriminación prohibida por el Convenio.²⁸

En Courten c. el Reino Unido, de 4 de noviembre de 2008, el Tribunal declaró inadmisibile la demanda de un hombre homosexual que se quejaba de que la negativa de las autoridades británicas a declararle exento del impuesto sobre la herencia recibida de su pareja fallecida constituía una discriminación contraria a los artículos 14 del Convenio y 1 del Protocolo n.º 1 al Convenio. Los hechos habían ocurrido antes de la entrada en vigor de la Ley británica de uniones civiles de 2004, con la que se extendía a las uniones homosexuales

formalizadas muchos de los beneficios que hasta el momento habían estado reservados al matrimonio. El Tribunal reiteró que a pesar de los cambios sociales que se habían producido seguía siendo ampliamente aceptado que el matrimonio era una institución que otorgaba un estatuto especial a sus miembros y, por lo tanto, no podía considerarse que el demandante se encontrara en una situación análoga a la del supérstite de un matrimonio.²⁹ Frente al argumento del demandante de que en el momento de los hechos él y su compañero no habían podido formalizar su relación por no existir una ley que se lo permitiera, el Tribunal argumentó que en el área de los derechos sociales en evolución sobre los que no existe un consenso, los Estados deben gozar de un margen de apreciación a la hora de decidir sobre el momento de introducir los correspondientes cambios legislativos. No podía criticarse al Gobierno británico por no haber introducido antes las reformas legislativas que hubieran permitido al demandante formalizar su relación y obtener de ese modo la exención fiscal solicitada.

La misma conclusión alcanzó el Tribunal en su decisión de inadmisión *M.W. c. el Reino Unido*, de 23 de junio de 2009, en la que consideró que las autoridades británicas no habían vulnerado los artículos 14 del Convenio y 1 del Protocolo nº. 1 al denegar al demandante homosexual una prestación de pago único que, según la legislación vigente en el momento de los hechos, estaba reservada a las viudas de un matrimonio. El Tribunal señaló que para que surgiera un problema bajo el artículo 14 del Convenio debería producirse una diferencia de trato entre personas en situaciones análogas, lo que no sucedía en el caso. El matrimonio continuaba siendo considerado una institución que otorgaba a sus miembros un estatuto particular. La situación del demandante no era por tanto comparable a la de una viuda. Sobre la queja de que durante la vida de su compañero no habían tenido posibilidad de formalizar su compromiso por no permitirlo la legislación vigente, el Tribunal reiteró su conclusión en *Courten*: el Gobierno no podía ser criticado por no haber introducido la ley de uniones civiles en una fecha anterior que hubiera permitido al demandante acceder a dicho derecho. Y añadió que la aprobación de la ley de uniones civiles no podía ser entendida como una admisión por las autoridades nacionales de que el no reconocimiento de las parejas homosexuales y su exclusión de muchos derechos y beneficios accesibles a las parejas casadas era incompatible con el Convenio. El Reino Unido había actuado dentro de su margen de apreciación adoptando

una ley de uniones civiles con la que permitía a las parejas homosexuales acceder a muchos derechos y beneficios reservados hasta su aprobación a los matrimonios (heterosexuales).

Escasamente un mes después de la adopción por el Tribunal de su sentencia *Schalk y Kopf c. Austria*, de 24 de junio de 2010, en la que, como veremos, el Tribunal reconoció por vez primera que las parejas homosexuales tienen “vida familiar” a efectos del artículo 8 del Convenio, el Tribunal condenó a Austria en el caso *P.B. y J.S. c. Austria*, de 22 de julio de 2010, por haber discriminado a los demandantes homosexuales en el disfrute de su derecho al respeto a la “vida familiar”. Los demandantes eran un funcionario y su compañero que se quejaban de que la negativa de las autoridades austriacas a incluir al segundo en el seguro médico del primero constituía una discriminación por orientación sexual. De hecho, la solicitud hubiera sido acogida favorablemente en el caso de que la pareja del demandante hubiera sido de distinto sexo. Pues bien, ante la ausencia de razones sólidas que justificaran la exclusión de los demandantes,³⁰ el Tribunal llegó a la conclusión de que el Gobierno austriaco había vulnerado los artículos 14 y 8 del Convenio. Y lo había hecho desde la presentación de la solicitud por los demandantes hasta la fecha de entrada en vigor de una modificación legislativa que suprimía el requisito de que el compañero del titular del seguro fuera de distinto sexo. Aunque los demandantes no pudieran beneficiarse de la medida al no tener menores a cargo, tal y como la ley exigía, sin embargo, la nueva redacción del precepto era neutral con respecto al sexo del compañero.

En su sentencia *J. M. c. el Reino Unido*, de 28 de septiembre 2010, el Tribunal condenó al Reino Unido por haber discriminado a la demandante por razón de su orientación sexual. Tras su divorcio, la custodia de los hijos de la demandante había sido atribuida al padre, al que debía satisfacer una pensión alimenticia para el mantenimiento de aquéllos. En 1998, la demandante comenzó a convivir en una relación afectiva estable con otra mujer con la que adquirió una vivienda. La normativa entonces vigente, previa a la entrada en vigor de la Ley de uniones civiles en 2004, permitía a los progenitores no custodios que hubieran iniciado una nueva relación estable heterosexual, de hecho o matrimonial, reducir la pensión alimenticia en favor de sus hijos en atención a los nuevos gastos que le provocaba su nueva situación. La ley, sin embargo, no preveía el caso de relaciones homosexuales. Pues bien, para el Tribunal, la situación de la demandante

era comparable a la de un progenitor que hubiera decidido establecer una nueva relación con una persona de distinto sexo. Y consideró que dicha diferencia constituía una discriminación contraria al Convenio. Si la finalidad de la legislación era evitar la asfixia económica de los progenitores no custodios a la luz de sus nuevas circunstancias personales, el Tribunal no alcanzaba a discernir ninguna razón de peso que justificara la exclusión de la demandante de dicha medida.³¹

4. Parejas homosexuales y derecho al matrimonio

El Tribunal se pronunció sobre el matrimonio homosexual en su significativa sentencia *Schalk y Kopf c. Austria*, de 24 de junio de 2010. Los demandantes en el caso eran dos hombres a los que las autoridades nacionales les habían denegado la autorización para casarse. En su demanda se quejaban de que esta negativa vulneraba sus derechos a contraer matrimonio reconocido en el artículo 12 del Convenio y a no ser discriminados en su derecho al respeto a la vida privada y familiar reconocido en los artículos 14 y 8 del Convenio. El Tribunal desestimó sus quejas, pero no cerró las puertas a un futuro cambio de jurisprudencia. En este sentido, la sentencia matizaba previos pronunciamientos sobre el tipo de matrimonio protegido por el artículo 12 del Convenio.³² Así, el Tribunal razonó, atendiendo a la omisión deliberada de toda referencia al hombre y a la mujer en el artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea,³³ que no podía sostenerse por más tiempo que el derecho a contraer matrimonio reconocido en el artículo 12 del Convenio estuviera restringido en cualquier circunstancia al matrimonio heterosexual y que, por tanto, contrariamente a lo argumentado por el Gobierno defensor, dicho artículo era aplicable a la queja de los demandantes. Sin embargo, ante la falta de consenso en la materia entre los Estados miembros del Consejo de Europa,³⁴ la decisión de permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo debía continuar correspondiendo a éstos, cuyas autoridades se encontraban en mejor posición que el Tribunal para valorar y responder a las necesidades de sus sociedades. El artículo 12 no imponía a los Estados reconocer el derecho al matrimonio a las parejas homosexuales.

En lo referente al argumento de los demandantes según el cual si su derecho a contraer matrimonio no estaba garantizado en el artículo 12 del Convenio, éste derivaba de una lectura conjunta de los artículos 14 y 8, el Tribunal

sostuvo de forma categórica que una interpretación sistemática del Convenio impedía llegar a través de estos dos artículos a una conclusión distinta a la alcanzada bajo el artículo 12 del Convenio.³⁵

5. El derecho de las parejas homosexuales a la vida familiar. El derecho de las parejas homosexuales a su reconocimiento jurídico

Los demandantes en *Schalk y Kopf* también se quejaban bajo los artículos 14 y 8 del Convenio de una discriminación por orientación sexual porque a diferencia de las personas heterosexuales ellos carecían de cualquier posibilidad de ver su relación reconocida legalmente. En efecto, en el momento de introducción de la demanda no existía en el derecho austriaco ninguna institución o mecanismo alternativo al matrimonio que otorgara efectos jurídicos a una unión homosexual.

El Tribunal comenzó el análisis de esta queja recordando que según su decisión en el caso de *Mata Estevez c. España*, de 10 de mayo de 2001, a la que ya hemos hecho referencia, la relaciones afectivas y sexuales de las parejas homosexuales no entraban dentro del campo de aplicación del derecho al respeto a la vida familiar, aunque se tratara de relaciones estables. Según la jurisprudencia establecida en aquel caso, dichas relaciones eran a efectos del Convenio simple manifestación de la “vida privada”.^{36y37} Pues bien, el Tribunal en *Schalk y Kopf* cambió de criterio, y lo hizo tras observar la rápida evolución que las actitudes sociales hacia las parejas homosexuales habían experimentado desde *Mata Estevez*. Desde entonces, al menos diecinueve Estados habían reconocido a las parejas homosexuales bien el derecho a casarse (seis de entre ellos) o a constituir una unión civil y algunas disposiciones de derecho comunitario reflejaban una tendencia creciente a incluir a las parejas homosexuales en el concepto de “familia”. A la vista de dicha evolución, el Tribunal consideró que resultaba artificial mantener que las parejas homosexuales no tenían “vida familiar” a efectos del artículo 8 y que, por tanto, debía reconocerse que la relación entre dos personas homosexuales en una unión de hecho estable constituía “vida familiar” del mismo modo que lo hacía una relación de pareja heterosexual en las mismas circunstancias.³⁸ En uno de los pasajes con mayor carga simbólica de los pronunciados por el Tribunal en la materia, éste vino a afirmar su convencimiento de que las parejas homosexuales eran igualmente capaces que las

parejas heterosexuales para establecer relaciones afectivas estables y que, en consecuencia, éstas se encontraban en una situación análoga en lo relativo a su necesidad de reconocimiento legal y de protección de su relación.³⁹

El Tribunal observó entonces que tras la introducción de la demanda el legislador austriaco había aprobado en 2010 una ley que permitía el reconocimiento legal de las uniones homosexuales. A partir de la entrada en vigor de esta ley, los demandantes habían podido formalizar su unión. El Tribunal consideró que este hecho le liberaba de tener que decidir si la ausencia en derecho austriaco de un mecanismo de reconocimiento jurídico de las parejas homosexuales habría conllevado una violación de los artículos 14 y 8 del Convenio. Sin embargo, juzgó necesario, en atención al modo en que los demandantes habían planteado su queja, examinar si el Estado defensor hubiera debido facilitarles este instrumento con anterioridad al momento en que lo había hecho y si las constantes diferencias entre el matrimonio heterosexual y la unión civil homosexual a nivel de derechos debían considerarse una vulneración de tales derechos. El Tribunal contestó con una negativa a ambas cuestiones. Si bien debía admitirse la existencia a nivel europeo de un creciente consenso hacia el reconocimiento jurídico de las relaciones homosexuales, la mayoría de los Estados no habían establecido todavía mecanismos de reconocimiento de las parejas formadas por personas del mismo sexo y, por lo tanto, debía concederse a éstos un margen de apreciación sobre el momento de introducir dichos cambios legislativos. En relación con el hecho de que la legislación austriaca no hubiera otorgado a las uniones homosexuales exactamente los mismos derechos de los que disfrutaban los matrimonios heterosexuales, el Tribunal observó que las diferencias en derechos económicos entre ambos eran mínimas y que las principales se circunscribían al ámbito de los derechos parentales, lo que se correspondía con la tendencia en otros países miembros y que, en este sentido, no podía afirmarse que el Estado austriaco hubiera excedido su margen de apreciación en la materia.⁴⁰

La sentencia recibió un voto concurrente⁴¹ y otro disidente. Merece la pena detenerse en este segundo, suscrito por los jueces Rozakis, Spielmann y Jebens. Para estos jueces la ausencia antes de 2010 de un marco jurídico que, al menos en cierta medida, hubiera concedido a las parejas homosexuales los mismos derechos o beneficios que los vinculados con el matrimonio planteaba un serio problema bajo los artículos 14 y 8 del Convenio. Para estos jueces, el Gobierno austriaco

no había ofrecido ninguna razón suficientemente convincente para justificar dicha ausencia, lo que resultaba tanto más llamativo si se atendía a la tendencia creciente entre los Estados europeos a establecer mecanismos de reconocimiento de las parejas homosexuales. De hecho, el Gobierno austriaco no había propuesto razón alguna para justificar el trato diferencial dispensado a las parejas homosexuales, sino que se había limitado a invocar su margen de apreciación. En estas circunstancias, el recurso de la mayoría al criterio del margen de apreciación para considerar justificada la ausencia de regulación resultaba inadecuado. Sólo en el supuesto en que las autoridades nacionales hubieran ofrecido justificaciones, el Tribunal podría haberse declarado convencido, atendiendo a la existencia o ausencia de un enfoque común entre los Estados miembros, de que aquéllas se hallaban en mejor posición que la suya para tratar eficazmente el asunto.

El Tribunal ha declarado muy recientemente en su sentencia de Gran Sala Vallianatos y otros c. Grecia, de 7 de noviembre de 2013, que restringir un nuevo modelo de convivencia alternativo al matrimonio - una unión civil - a las parejas heterosexuales excluyendo del mismo a las parejas formadas por personas del mismo sexo constituye una vulneración de los artículos 14 y 8 del Convenio leídos conjuntamente. El Tribunal señaló que del contenido y estructura de la ley aprobada por el parlamento griego se colegía sin género de duda que el principal objetivo perseguido por la misma era otorgar reconocimiento jurídico a una institución distinta y alternativa al matrimonio bajo el nombre de unión civil⁴² y concluyó, tras haber recordado el estrecho margen de apreciación de que gozaban los Estados cuando se trataba de establecer medidas diferenciadoras por sexo u orientación sexual, que el Gobierno griego no había adelantado razones suficientemente convincentes para excluir de la misma a las parejas homosexuales. El Tribunal observó que no hubiera sido imposible para el legislador griego incluir algunas disposiciones que dieran una respuesta específica a la situación de los menores nacidos fuera del matrimonio y al mismo tiempo ampliar a las parejas homosexuales la posibilidad de contraer una unión civil. Asimismo, y en apoyo de su razonamiento principal, el Tribunal también hizo referencia a la clara tendencia existente en los Estados miembros del Consejo de Europa en relación con el asunto específico planteado por el caso. De los diecinueve Estados miembros del Consejo de Europa que se habían decidido a regular alguna forma de unión civil distinta al matrimonio, sólo Lituania y

Grecia reservaban dicha posibilidad a las parejas heterosexuales. Esa tendencia generalizada también era perceptible en los documentos aprobados por los órganos del Consejo de Europa, particularmente en la Resolución 1728 (2010) de la Asamblea Parlamentaria sobre discriminación por orientación sexual e identidad de género⁴³ y en la Recomendación del Consejo de Ministros CM/Rec (2010)5 sobre medidas para luchar contra la discriminación por orientación sexual o por identidad de género.⁴⁴

6. EL DERECHO DE LAS PERSONAS HOMOSEXUALES A ADOPTAR

El derecho de los homosexuales a no ser discriminados en los procesos de adopción ha sido objeto de varios pronunciamientos del Tribunal. El mismo Tribunal⁴⁵ ha señalado las tres situaciones que pueden darse en el contexto de la adopción por personas homosexuales. En primer lugar, una persona puede decidirse a adoptar por sí misma (adopción individual). En segundo lugar, el compañero de una persona homosexual puede querer adoptar al hijo de ésta con el fin de compartir la responsabilidad parental sobre el menor (adopción coparental). Y finalmente, una pareja homosexual puede decidir adoptar conjuntamente (adopción conjunta). Por el momento, al Tribunal se le han planteado casos relativos a las dos primeras situaciones. Por cuestiones cronológicas y sistemáticas, se expondrán en primer lugar las sentencias relativas a los procesos de adopción individual y después las relacionadas con adopciones coparentales.

En el caso de *Fretté c. Francia*, de 26 de febrero de 2002, el Tribunal desestimó la demanda presentada por un homosexual soltero al que las autoridades francesas le habían denegado un permiso para adoptar a causa de su homosexualidad. El Tribunal consideró que los artículos 14 y 8 eran aplicables al caso porque aunque el Convenio no garantizaba el derecho a adoptar ni protegía el deseo de fundar una familia, sin embargo, el derecho francés permitía solicitar una adopción a las personas solteras que hubieran recibido una autorización a estos efectos y, por tanto, los hechos entraban dentro del “ámbito” de aplicación del artículo 8 y, por ende, del artículo 14. Sin embargo, el Tribunal concluyó que la falta de consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa y en la comunidad científica sobre las consecuencias que la adopción por una persona homosexual pudiera tener sobre el menor adoptado concedía a los Estados un amplio margen

de apreciación en la materia y que, por tanto, el Estado francés no había vulnerado el Convenio.

La sentencia recibió dos votos particulares cuyo contenido permite entender mejor las dificultades de carácter metodológico con las que el Tribunal se enfrentó en este caso y la evolución jurisprudencial posterior. Una de estas dificultades se refería a la determinación del campo de aplicación material del Convenio. La otra, al estándar de control a aplicar en el caso. Ambos votos,⁴⁶ que daban respuesta distinta a la primera de las dificultades,⁴⁷ sin embargo, coincidían en cuestionar el recurso en este caso a un margen de apreciación tan amplio que, de hecho, había excluido cualquier análisis de las circunstancias concretas del demandante. Así, los firmantes del segundo de dichos votos - los jueces Bratza, Fuhrmann y Tulkens - hubieran condenado a Francia aplicando un test de proporcionalidad.

El voto de estos tres jueces contenía ya los argumentos que la mayoría de la Gran Sala del Tribunal hará suyos en su sentencia *E. B. c. Francia*, de 22 de febrero de 2008, con la que la jurisprudencia de *Fretté c. Francia* quedará revocada. El demandante en *E. B.* era una mujer soltera a la que las autoridades francesas le había denegado un permiso para adoptar por dos motivos: por un lado, por su “estilo de vida”, que impedía al menor tener una “referencia paterna” y, por otro, por el desinterés de su pareja, con la que la demandante convivía en una relación estable, en el proceso adoptivo. El Tribunal analizó el asunto nuevamente bajo los artículos 14 y 8 del Convenio. Para el Tribunal, si bien el segundo de los argumentos ofrecidos por las autoridades nacionales podía considerarse lícito en sí mismo, el primero, que se relacionaba directamente con su orientación sexual, había sido un factor decisivo para la denegación del permiso que contaminaba toda la decisión. El Gobierno defensor no había ofrecido “razones de peso especialmente convincentes” para denegar a los homosexuales el derecho a adoptar a título individual y, por tanto, el rechazo de las autoridades francesas de la solicitud de autorización presentada por la demandante basado en su orientación sexual constituía una violación del Convenio.

El caso de *Gas y Dubois c. Francia*, de 15 de marzo de 2012, versaba sobre una adopción coparental.⁴⁸ En el caso, las demandantes, que habían celebrado un contrato de unión civil de acuerdo con el derecho francés, alegaban que la negativa de las autoridades francesas a permitir que la primera adoptara al hijo de la segunda, concebido en Bélgica mediante inseminación

artificial anónima, constituía un tratamiento discriminatorio en el disfrute de su derecho al respeto a la vida familiar en la medida en que esas mismas autoridades no hubieran planteado ninguna objeción si la solicitud de adopción la hubiera presentado un hombre casado con respecto al hijo de su esposa. Las demandantes admitían que la adopción coparental también estaba vedada a las parejas de hecho heterosexuales, pero éstas podían siempre, a diferencia de ellas, salvar dicho impedimento mediante el matrimonio. La exposición del caso quedaría incompleta si no se mencionara que, según la legislación francesa entonces vigente, la adopción de un menor por una persona del mismo sexo al de su progenitor biológico tenía el efecto de suprimir todo vínculo jurídico entre este último y el primero, esto es, desplazaba toda autoridad parental del progenitor biológico al adoptante de su mismo sexo.

Pues bien, la primera dificultad que tuvo que afrontar el Tribunal fue la de decidir si los artículos 14 y 8 del Convenio eran aplicables al caso.⁴⁹ El Gobierno francés había alegado que dichos artículos eran inaplicables porque, a diferencia de E.B., este caso no versaba sobre el derecho a obtener un permiso para adoptar, sino sobre el derecho a adoptar en sí mismo. El Tribunal razonó, por el contrario, que dichos artículos eran aplicables al caso porque la relación entre las demandantes, que había sido formalizada mediante un contrato de unión civil, y la de éstas con el menor, una, su madre biológica, y la otra, partícipe activa en su crianza y educación, permitía hablar de vida familiar a efectos del artículo 8 del Convenio. En relación con el fondo, sin embargo, el Tribunal consideró que las demandantes no habían sido sometidas a un trato discriminatorio. Por un lado, su situación jurídica no era comparable a la de una pareja casada, pues el matrimonio confería un estatuto especial a las personas que lo celebraban dando lugar a consecuencias sociales, personales y jurídicas. Y, por otro, cualquier otro modelo de convivencia comparable al de las demandantes, en concreto, una pareja de hecho heterosexual o una pareja heterosexual que hubiera suscrito un contrato de unión civil, hubiera visto su solicitud rechazada igualmente. Ante el argumento de que estas últimas podían siempre casarse mientras que ellas carecían de dicha posibilidad, lo que, en la práctica, constituía en opinión de las demandantes una discriminación indirecta, el Tribunal reiteró, citando el caso de *Schalk c. Kopf*, al que ya nos hemos referido, que el Convenio no exigía a los Estados regular el matrimonio homosexual y que si éstos se decidían a establecer un medio

alternativo de reconocimiento de las parejas homosexuales, en dicho caso, gozaban de un cierto margen de apreciación en la determinación del estatuto concreto a otorgar a las mismas.

La sentencia recibió tres votos particulares, dos concurrentes⁵⁰ y uno disidente. Este último estaba suscrito por el juez Villiger, que hubiera condenado a Francia por vulnerar los artículos 14 y 8 del Convenio. Para este juez la mayoría del Tribunal no había prestado suficiente atención al interés superior del menor, que exigía, en su opinión, una autoridad parental compartida. El juez no alcanzaba a entender por qué ciertos menores - los nacidos de un progenitor en una relación homosexual - y no otros eran privados de aquello que garantizaba su interés superior. La raíz del problema radicaba, según él, en la prohibición general de una autoridad parental compartida en el caso de menores cuyo progenitor conviviera en una relación homosexual. El voto concurrente del juez Spielmann consideraba, a diferencia de la mayoría, que en materia de adopción coparental la situación de las demandantes era comparable a la de una pareja matrimonial, pero había votado con la mayoría porque en su opinión la inexistencia de un vínculo jurídico entre la compañera de la madre biológica del menor y este último no impedía el desarrollo normal de una vida familiar. En caso de crisis, la madre biológica tenía la posibilidad, según el derecho interno, de delegar en interés del menor la autoridad parental en su compañera y en caso de fallecimiento de aquélla, esta última podría asumir la tutela del niño. En todo caso, el juez Spielmann coincidía con el juez Costa, autor del otro voto concurrente, en subrayar la importancia de que el Tribunal ejerciera su función de supervisión con prudencia y con autocontrol en un ámbito que era objeto de debate democrático en la mayoría de los Estados europeos entre los que era todavía difícil apreciar la existencia de un consenso.

Menos de un año después de *Gas y Dubois* la Gran Sala del Tribunal abordará un caso similar en su sentencia de *X y otros c. Austria*, de 19 de febrero de 2013, en la que por mayoría de diez votos contra siete el Tribunal consideró que la legislación austriaca que impedía la adopción coparental en el caso de los demandantes vulneraba los artículos 8 y 14 del Convenio. La sentencia confirma que el término de comparación de las parejas homosexuales (no casadas y sin posibilidad de hacerlo) no lo constituye el matrimonio heterosexual sino las parejas de hecho heterosexuales y consolida como estándar de control de las distinciones de trato

basadas en la orientación sexual un test estricto de proporcionalidad.

Los demandantes en el caso eran una pareja de mujeres lesbianas y el hijo de una de ellas que se quejaban de una discriminación en relación con las parejas heterosexuales porque el derecho austriaco impedía en cualquier circunstancia la adopción coparental por una pareja homosexual. El caso difería del de Gas y Dubois fundamentalmente en dos aspectos. Por un lado, en que el ordenamiento austriaco, a diferencia del francés, permitía la adopción coparental de parejas heterosexuales no casadas. Por otro, en que el menor en este caso no había sido concebido por inseminación artificial anónima, sino que tenía un padre biológico con el que mantenía una relación. Para que la adopción coparental pudiera prosperar la legislación austriaca exigía, de estar vivo y ser conocido, como ocurría en el caso, la autorización del otro progenitor biológico salvo que, atendidas las circunstancias del caso, los tribunales consideraran que el interés superior del menor reclamaba acordar la adopción a pesar de su negativa. Sin embargo, al igual que el ordenamiento francés, la legislación austriaca hacía imposible de hecho la adopción coparental en el seno de una pareja formada por dos personas del mismo sexo ya que, de verificarse, el adoptante reemplazaba al progenitor biológico a todos los efectos. Aunque neutral a primera vista, la legislación austriaca impedía la adopción coparental por parejas homosexuales, estableciendo por tanto en este concreto aspecto un trato diferenciado entre éstas y las parejas heterosexuales. Como señalaba el Tribunal, el artículo 8 del Convenio no obligaba a extender el derecho de adopción coparental a las parejas no casadas, pero la legislación austriaca lo había hecho a las parejas heterosexuales sin hacer lo propio con las homosexuales.

El Tribunal consideró oportuno para evitar malentendidos aclarar desde el principio que la cuestión que se le planteaba no era determinar si la concreta solicitud de adopción coparental presentada por la compañera de la madre biológica del menor debía o no ser estimada, una decisión que competiría adoptar, en su caso, a las autoridades nacionales. A éstas correspondería decidir si, en el caso concreto, el interés superior del menor exigía acordar la adopción a pesar de la negativa del padre. Tampoco lo era decidir sobre el derecho a la adopción coparental de parejas homosexuales en cuanto tal, ni menos todavía sobre el derecho a la adopción por parejas homosexuales en general. La cuestión a la que el Tribunal debía dar respuesta era muy específica. Consistía en determinar si la exclusión absoluta de las parejas homosexuales del

derecho a la adopción coparental convertía a los demandantes en víctimas de una discriminación con respecto a una pareja heterosexual no casada.

El Tribunal contestó a esta pregunta afirmativamente. Comenzó reiterando que, tal y como había decidido en Gas y Dubois, una pareja homosexual no era comparable a un matrimonio. Sin embargo, en su opinión, sí era comparable con una pareja de hecho heterosexual. Ninguna de las partes había argumentado la existencia de un estatuto jurídico especial que distinguiera a las parejas heterosexuales de hecho de las parejas homosexuales y, además, el Gobierno defensor había admitido que en principio y a nivel personal una pareja homosexual podía ser igualmente apta para la adopción que una pareja heterosexual. Y aplicando un test estricto de proporcionalidad el Tribunal determinó que el Estado austriaco no había ofrecido razones suficientemente convincentes para justificar la exclusión absoluta de las parejas homosexuales del derecho a la adopción coparental. Para el Tribunal el Gobierno defensor no había logrado demostrar que para proteger el modelo de familia tradicional o, todavía más importante, para garantizar el interés superior del menor, fuera necesario excluir en toda circunstancia a las parejas homosexuales de la adopción coparental. Ningún argumento preciso ni prueba científica se había presentado en apoyo de la tesis de que las familias homoparentales no podían por principio ocuparse convenientemente de un menor. Más bien existían razones sólidas que suscitaban dudas sobre la proporcionalidad de la medida. Por un lado, el Gobierno austriaco había admitido en sus alegaciones, como ya se ha señalado, que una pareja homosexual podía en principio ser igualmente apta a nivel personal que una pareja heterosexual para la adopción⁵¹. Por otro, a diferencia de la adopción monoparental o conjunta, que generalmente servían para establecer un vínculo entre una pareja y un menor entre los que éste no existía previamente, la adopción coparental tenía por finalidad conferir al compañero del progenitor del menor derechos parentales sobre este último, esto es, reconocer y formalizar la existencia de una relación familiar preexistente. Para el Tribunal, el conjunto de estas consideraciones inclinaba la balanza, en ausencia de otras razones sólidas y convincentes que justificaran dicha prohibición absoluta, a favor de que los tribunales nacionales pudieran tomar decisiones individualizadas en cada caso. Esta forma de proceder parecía también más conforme con el interés superior del menor, una noción clave en los instrumentos internacionales pertinentes.

Y esto era justamente lo que los tribunales austriacos no habían podido hacer en el caso de los demandantes. La prohibición absoluta para la adopción coparental por parejas homosexuales no había permitido a los tribunales examinar si en el caso de los demandantes concurrían las circunstancias que hubieran permitido ignorar la negativa del padre biológico a la solicitud de adopción coparental. La distinción operada por el derecho austriaco entre parejas homosexuales y heterosexuales era para la mayoría del Tribunal incompatible con los artículos 14 y 8 del Convenio.

A sus argumentos de orden sustantivo, el Gobierno austriaco había añadido un argumento de orden institucional en relación con el artículo 8 del Convenio: el Tribunal debía reconocer un amplio margen de apreciación a los Estados en el sensible ámbito de la adopción, en el que la búsqueda de un correcto equilibrio entre los intereses de todas las personas implicadas constituía una delicada tarea. Dicho margen debía ser incluso más amplio en el ámbito de la adopción coparental por parejas homosexuales, sobre el que no existía un consenso entre los Estados europeos. Pues bien, aunque el Tribunal reiteró como respuesta que en el ámbito de las discriminaciones por razón de orientación sexual el margen de apreciación de los Estados era estrecho, la mayoría se sintió, sin embargo, obligada a examinar el nivel de consenso europeo en la materia y sus implicaciones para el caso. Y es que el voto de los siete jueces disidentes había hecho caballo de batalla de la falta de consenso europeo y, por tanto, de la necesidad de reconocer a los Estados un amplio margen de apreciación en materia de adopciones coparentales. Mayoría y minoría disentían sobre la metodología a aplicar en el caso. La mayoría había confiado - y echado el sello - en un estándar de control que, como hemos visto, se había ido progresivamente consolidando en el ámbito de las discriminaciones por orientación sexual. Por su parte, la minoría consideraba que si bien la aplicación automática de este estándar podía dar lugar a decisiones técnicamente impecables lo hacía, sin embargo, a fuerza de hacer abstracción en supuestos como el presente de la realidad del estado de la cuestión en el plano paneuropeo. Para la minoría, el Tribunal debería haber prestado mayor atención a una tendencia clara en los Estados parte en el Convenio que en su mayoría privaban por el momento del derecho a la adopción a las parejas no casadas en general, y en consecuencia a las parejas no casadas del mismo sexo. Una opción que, a ojos de la minoría, era perfectamente legítima a la luz de los instrumentos internacionales pertinentes que al Tribunal incumbía consultar a fin de

determinar el nivel de consenso europeo sobre la materia. Tanto el Convenio Europeo en materia de Adopción de Menores revisado en 2008⁵² como la ya mencionada Recomendación del Consejo de Ministros CM/Rec (2010)5 sobre medidas para luchar contra la discriminación por orientación sexual o por identidad de género⁵³ dejaban, desde el punto de vista de la minoría, plena libertad a los Estados para ampliar o no el derecho a la adopción a las parejas homosexuales. Interpretar, como lo había hecho la mayoría, que esos instrumentos no dejaban libertad a los Estados para tratar de manera diferente a efectos del derecho de adopción a parejas de hecho heterosexuales y homosexuales resultaba incorrecto. A esta objeción la mayoría ya había respondido: con independencia de cual fuera la interpretación correcta de estos instrumentos, los Estados continuaban siendo responsables a la luz del Convenio por los compromisos asumidos en virtud de tratados posteriores a su entrada en vigor. La mayoría reivindicaba aquí la autonomía del Tribunal y su autoridad última en la interpretación del Convenio.

7. PAREJAS HOMOSEXUALES Y FILIACIÓN

Acabamos este capítulo refiriéndonos al reciente caso de Boeckel and Gessner-Boeckel c. Alemania, de 7 de mayo de 2013, en el que las demandantes, una pareja lesbiana, se quejaban de que la negativa de las autoridades alemanas a inscribir a la primera demandante como segundo progenitor en el acta de nacimiento del hijo biológico de la primera, nacido durante su unión civil, constituía una vulneración de los artículos 14 y 8 del Convenio. Las autoridades habían rechazado dicha inscripción argumentando que la finalidad del acta de nacimiento era probar la ascendencia de las personas y que la no inscripción de la primera demandante no interfería en absoluto en su derecho al respeto a la vida familiar. En otro procedimiento, las autoridades habían acogido favorablemente la solicitud de adopción presentada por la primera demandante en aplicación de la legislación sobre uniones civiles, que preveía específicamente esta posibilidad. Así pues, ambas mujeres habían obtenido la condición de progenitores respecto del menor.

El Tribunal declaró la demanda inadmisibile. Consideró que la situación de las demandantes, que vivían juntas en una unión civil en el momento del nacimiento del menor, no era análoga a la de un matrimonio heterosexual en el que la mujer hubiera dado a luz un niño. El Tribunal observó que el código civil alemán establecía una presunción *iuris tantum* de que

el hombre casado con la madre de un menor en el momento del nacimiento de éste era su padre biológico. Este principio no quedaba desvirtuado por el hecho de que esta presunción no reflejara siempre la realidad. En este sentido, el Tribunal observó que el caso no versaba sobre la paternidad de persona transexual o sobre una paternidad por subrogación. En el caso de que un miembro de una pareja homosexual diera luz a un niño, podía razonablemente excluirse sobre fundamentos de orden biológico que el otro miembro de la pareja fuera el padre biológico del menor. No existía, por tanto, fundamento para presumir que el menor fuera hijo biológico del segundo progenitor.

III. EL DERECHO DEL COLECTIVO LGBT A MANIFESTARSE

El Tribunal ha reconocido el derecho de las personas homosexuales a manifestarse como colectivo frente a prohibiciones de las autoridades públicas basadas en la orientación sexual de los participantes. En este sentido, el Tribunal parece estar dispuesto a ir más allá de las apariencias para determinar si detrás de los motivos aparentemente neutrales alegados por las autoridades nacionales para la prohibición de manifestaciones organizadas por colectivos LGBT existe efectivamente un ánimo discriminatorio por orientación sexual.

Así, en su sentencia de *Bączkowski y otros c. Polonia*, de 3 de mayo de 2007, en la que los demandantes homosexuales se quejaban de la negativa de la alcaldía de Varsovia a autorizar una manifestación en defensa de los derechos de las minorías, el Tribunal tomó en cuenta las declaraciones vertidas por el alcalde días antes de la fecha prevista para la manifestación para concluir que los derechos de los demandantes a manifestarse y a la no discriminación habían sido vulnerados. Ningún ánimo discriminador podía colegirse de las decisiones administrativas que habían prohibido la manifestación, pero el Tribunal consideró que no podía hacerse abstracción de las declaraciones del alcalde abiertamente contrarias a su autorización. El alcalde había utilizado expresiones como “no habrá propaganda pública a favor de la homosexualidad”; “no les prohíbo que se manifiesten mientras que lo quieran hacer como ciudadanos y no como homosexuales”; “en mi opinión, hacer propaganda en favor de la homosexualidad no es la misma cosa que ejercer la libertad de reunión”. El Tribunal razonó que a los cargos políticos electos con funciones ejecutivas podía exigírseles cierto autocontrol en el ejercicio de su libertad de expresión cuando

sus opiniones pudieran ser tomadas como instrucciones por funcionarios cuyo empleo y promoción dependían de su aprobación. En el caso, la decisión de prohibir la manifestación había sido adoptada por las autoridades municipales en nombre del alcalde después de que éste hubiera compartido con la prensa su intención de evitar la manifestación solicitada por los demandantes. En estas circunstancias era razonable sospechar que las declaraciones del alcalde podrían haber influido en el proceso de decisión y, por tanto, afectar de manera discriminatoria al derecho de los demandantes a la libertad de reunión.

Algo similar ocurrió en el caso de *Genderdoc-M c. Moldova*, de 12 de junio de 2012. El demandante era una organización no gubernamental defensora de los derechos de la comunidad LGBT cuya solicitud para llevar a cabo una manifestación había sido rechazada por el ayuntamiento. El Gobierno moldavo reconoció que en este caso se había producido una vulneración del artículo 11 del Convenio. Sin embargo, argumentó que no se había vulnerado el derecho a la no discriminación por orientación sexual. La denegación de la autorización respondía según el Gobierno al hecho de que durante el período comprendido entre los años 2002 y 2006 se había producido un problema sistémico en Moldova con respecto al derecho de reunión a causa de una intolerancia general hacia las manifestaciones. El Tribunal no consideró este argumento convincente. Observó que otras manifestaciones habían sido autorizadas durante este período y que el Gobierno no había ofrecido una explicación de esta diferencia de trato. Y consideró que la razón de la prohibición era la desaprobación de las autoridades de las demostraciones que en su opinión promovían la homosexualidad. Para llegar a esta conclusión el Tribunal valoró el hecho de que la alcaldía había insistido dos veces ante el tribunal de apelación en que la manifestación organizada por la demandante debía ser prohibida a causa de la oposición de muchos ciudadanos moldavos a la homosexualidad y a que su celebración podía poner en peligro el orden público y la moral.⁵⁴

En la significativa sentencia de *Alekseyev c. Rusia*, de 21 de octubre de 2010, el Tribunal reconoció expresamente el derecho de las personas homosexuales a identificarse como tales en la esfera pública y a promover el reconocimiento y la defensa de sus derechos a través de reuniones públicas y manifestaciones.

El demandante en el caso era uno de los promotores de tres gay pride que debían haberse celebrado en Moscú en los años 2006, 2007 y 2008 pero que no habían podido finalmente realizarse

al no haber sido autorizadas por el alcalde. El Tribunal consideró que la prohibición de dichas marchas era contraria a los derechos de reunión pacífica y a la no discriminación reconocidos en los artículos 11 y 14 del Convenio.

Por lo que respecta al derecho de manifestación, el Tribunal llevó a cabo un examen de proporcionalidad y concluyó que la prohibición de la gay pride era innecesaria en una sociedad democrática. Para el Tribunal las dos razones con las que el Gobierno ruso intentaba justificar la prohibición, esto es, el mantenimiento del orden público y la desaprobación moral de la homosexualidad no podían ser acogidas. En cuanto a la primera de las razones, el Gobierno había argumentado que las numerosas cartas de protesta contra la manifestación recibidas por las autoridades moscovitas les habían hecho tomar conciencia de la gran controversia que podría causar el evento entre los grupos opositores a los manifestantes y estos últimos. Pues bien, para el Tribunal estas cartas de protesta no podían ser consideradas como indicador de que la gay pride pudiera ser foco de desórdenes públicos. Algunas de estas cartas eran de simple protesta y no planteaban problema alguno desde el punto de vista de la seguridad. Otras, que recogían la intención de sus autores de llevar a cabo actos de protesta contra los manifestantes, deberían haber sido evaluadas cuidadosamente con el fin de adoptar la oportunas medidas de seguridad. Como regla general, dijo el Tribunal, cuando exista una seria amenaza de contramanifestaciones, los Estados gozan de amplia discreción en la elección de los medios para permitir que las manifestaciones se celebren sin disturbios. Pero la mera probabilidad de un riesgo no constituía un motivo suficiente para prohibir el evento. Antes de adoptar una decisión tan drástica las autoridades hubieran debido llevar a cabo una evaluación de los posibles riesgos y, en el caso de que efectivamente se hubiera previsto un riesgo de contramanifestaciones, debieran haber evaluado la posibilidad de medidas alternativas menos drásticas a la prohibición con el fin de asegurar que ambas partes, partidarios y detractores, pudieran expresar sus ideas sin enfrentamientos violentos. En otras palabras, la mera probabilidad de tensiones e intercambio acalorado de ideas entre grupos opositores durante una manifestación no era suficiente justificación para prohibir una manifestación. Por lo que se refería a los llamamientos al uso de la violencia contra los manifestantes efectuados por un clérigo musulmán o por otras personas aisladamente, las autoridades debieran haber abordado

adecuadamente el asunto persiguiendo penalmente a los responsables, y no utilizar éstos como excusa para prohibir la manifestación. “Confiando en tales llamamientos patentemente ilegales como fundamento para la prohibición - dijo el Tribunal - las autoridades dieron de hecho su aprobación a las intenciones de personas y organizaciones que clara y deliberadamente intentaban alterar una manifestación pacífica e infringir así la ley y el orden público”.⁵⁵

Pero según el Tribunal las verdaderas razones de las autoridades moscovitas para prohibir la marcha eran de índole moral, esto es, la desaprobación de la homosexualidad. Así resultaba de las manifestaciones realizadas por el alcalde de Moscú, quien en numerosas ocasiones había expresado su determinación de impedir la celebración en la ciudad de una gay pride o de otros eventos similares porque los consideraba inadecuados. Y así también se desprendía de los argumentos presentados por el Gobierno ruso ante el Tribunal. El Gobierno había apuntado en sus alegaciones que dichos eventos deberían estar prohibidos por principio porque la propaganda en favor de la homosexualidad era incompatible con las doctrinas religiosas y con los valores morales de la mayoría, y podía ser perjudicial para los niños y los adultos vulnerables.⁵⁶

El Tribunal reiteró su jurisprudencia según la cual las garantías del artículo 11 del Convenio se aplican también a las manifestaciones que no son percibidas positivamente por la mayoría y señaló asimismo que sería incompatible con los valores subyacentes al Convenio condicionar el ejercicio por una minoría de los derechos reconocidos en el Convenio a la aprobación por la mayoría. El propósito de las marchas era promover el respeto por los derechos humanos y las libertades y hacer un llamamiento por la tolerancia hacia las minorías sexuales. Nunca se había sugerido que en la marcha fueran a producirse manifestaciones gráficas obscenas o que fuera intención de los participantes exhibirse desnudos, mostrar un comportamiento sexualmente provocativo o criticar la moral pública o los puntos de vista religiosos. En todo caso, no era esto lo que el alcalde o el Gobierno consideraban objetable sino el hecho en sí mismo de que los participantes quisieran identificarse abiertamente como homosexuales o lesbianas, individualmente o como grupo. El Gobierno había admitido expresamente que el límite de tolerancia de las autoridades nacionales hacía el comportamiento homosexual lo marcaba la línea que dividía el espacio privado y el espacio público. En este sentido, el Gobierno consideraba que el Tribunal debía

reconocerle un amplio margen de apreciación a la hora de conceder derechos civiles a las personas que se identifican a sí mismas como homosexuales o lesbianas en la medida en que no existía un consenso europeo sobre el tratamiento que debía otorgarse a esta minoría. El Tribunal discrepó de dicho argumento. El desacuerdo sobre el trato a conferir a los homosexuales en determinados ámbitos, como en los del matrimonio o la adopción, carecía de relevancia en este caso puesto que “conferir derechos sustantivos a personas homosexuales es una cuestión distinta a reconocerles su derecho a manifestarse por dichos derechos”⁵⁷. En este sentido, el Tribunal subrayó que los demás Estados europeos reconocían el derecho de los individuos a identificarse como homosexuales, lesbianas o como miembros de cualquier otra minoría, y a promover el reconocimiento de sus derechos mediante, entre otras cosas, el ejercicio del derecho a manifestarse pacíficamente. De hecho, manifestaciones como las prohibidas en este caso eran lugar común en la mayoría de los países europeos. Así pues, el Tribunal no podía otorgar en este caso al Estado un margen de apreciación amplio. Muy al contrario, cualquier decisión de restringir el ejercicio del derecho de manifestación debería encontrar fundamento en un examen aceptable de los hechos pertinentes (acceptable assessment of the relevant facts). El único factor tomado en consideración por las autoridades moscovitas había sido la oposición pública al evento y los puntos de vista morales de sus principales responsables políticos que consideraban que toda mención a la homosexualidad debería estar confinada a la esfera privada y que homosexuales y lesbianas deberían desaparecer de la esfera pública porque la homosexualidad era fruto de una opción consciente y antisocial. Sin embargo, no se había podido ofrecer ninguna prueba que justificara dicha exclusión. No había pruebas de que la mención de la homosexualidad o un debate abierto y sincero sobre el estatus social de las minorías sexuales pudieran afectar negativamente a los menores o a los calificados por el Gobierno defensor como adultos vulnerables. Justamente lo contrario. Sólo a través de una discusión pública y abierta la sociedad podía abordar adecuadamente el tema de la homosexualidad. Este era exactamente el tipo de debate que el demandante quería lanzar y que no podía ser reemplazado por las afirmaciones espontáneas y uniformes de los representantes políticos. Así pues, la decisión de prohibir las manifestaciones no se había tomado a partir de un examen adecuado de los hechos pertinentes, vulnerando de este modo el artículo 11 del Convenio.

Sobre la vulneración del derecho del demandante a no ser discriminado en el ejercicio de su derecho a manifestarse, el Tribunal se refirió a su entonces reciente sentencia en *Kozak c. Polonia*, de 2 de marzo de 2010 en la que, como se ha visto, el Tribunal había expresamente formulado que un tratamiento diferenciado sin otra justificación que la orientación sexual del demandante infringía el artículo 14 del Convenio, para concluir que este derecho había sido vulnerado. Había quedado establecido que la principal razón para la prohibición de los eventos organizados por el demandante era la desaprobación por las autoridades de manifestaciones que eran consideradas promoción de la homosexualidad. En particular, el Tribunal no podía ignorar las fuertes opiniones personales expresadas públicamente por el alcalde de Moscú contra las manifestaciones homosexuales y la innegable relación de dichas opiniones con su prohibición.⁵⁸

IV. OBJECCIÓN DE CONCIENCIA CONTRA PERSONAS LGBT

En su reciente sentencia *Eweida y otros c. el Reino Unido*, de 15 de enero de 2013, el Tribunal analizó, a los efectos que ahora nos interesan,⁵⁹ si la negativa de dos empleados fundada en sus convicciones o escrúpulos religiosos a prestar un determinado servicio a personas homosexuales podía considerarse protegida por el derecho a manifestar las creencias religiosas reconocido en el artículo 9 del Convenio y, por tanto, sus empleadores estaban obligados a adoptar medidas para acomodarlas. El Tribunal respondió negativamente en ambos casos.

La señora Ladele era empleada de un ayuntamiento con funciones de registradora de nacimientos, matrimonios y defunciones a la que tras la entrada en vigor en 2004 de la ley de uniones civiles entre personas homosexuales se le atribuyó, como al resto de registradores, la función de oficiar e inscribir estas uniones en el registro. De acuerdo con sus convicciones cristianas el matrimonio era la unión indisoluble entre un hombre y una mujer. En su opinión las uniones homosexuales eran contrarias a la voluntad divina y hubiera sido equivocado para ella participar de cualquier modo en su formalización. Su negativa a llevar a cabo dicha función le supuso la apertura de un expediente disciplinario y finalmente su despido tras negarse a firmar un documento por el que se comprometía a inscribir uniones homosexuales aunque se le eximía de tener que oficiarlas. La señora Ladele presentó una demanda

ante Tribunal invocando su derecho a no ser discriminada por motivos religiosos. Consideraba que la medida del ayuntamiento suponía una discriminación indirecta basada en sus creencias religiosas y que éste estaba obligado a acomodarlas y a eximirla de inscribir uniones homosexuales. El Tribunal desestimó su demanda. Consideró que el fin perseguido por el ayuntamiento era legítimo. Se trataba de garantizar el derecho a no ser discriminado. Y que el despido era una medida proporcionada. No excedía del margen de apreciación que el Tribunal generalmente concedía a las autoridades nacionales a la hora de ponderar entre derechos protegidos por el Convenio.

Los jueces Vučinić y De Gaetano disintieron de este razonamiento. Para estos jueces el caso planteaba una cuestión de objeción de conciencia que debía haberse resuelto a favor de la demandante. En el momento en que ésta había comenzado a trabajar como registradora su trabajo no incluía el de oficiar uniones homosexuales y nada hacía sospechar que estos registradores tendrían que oficiarlas en un futuro. Por otro lado, su objeción de conciencia a inscribir uniones homosexuales alcanzaba un nivel de seriedad, solidez e importancia que la hacían merecedora de protección. Tanto la ley de uniones civiles de 2004 como la práctica en otras administraciones locales demostraban la posibilidad de compromisos que, sin afectar al servicio, no hubieran obligado a la demandante a actuar contra su conciencia. Para estos dos jueces el margen de apreciación del Estado, fuera éste amplio o estrecho, no entraba en juego en cuestiones de conciencia moral individual que alcanzaran un nivel de seriedad análogo al alcanzado en el caso de la demandante.

El otro demandante, el señor McFarlene, trabajaba en una organización privada cuyo fin social era ofrecer servicios de asesoramiento de pareja y de terapia sexual. El código ético por el que se regía esta organización establecía como principio organizativo y de actuación la no discriminación y había adoptado una política de igualdad de oportunidades que impedía la distribución de clientes entre los terapeutas por orientación sexual. El señor McFarlene era cristiano practicante contrario a llevar a cabo cualquier actividad que pudiera entenderse como aprobación de la homosexualidad y se había negado a asumir el compromiso de ofrecer asesoramiento sexual a parejas del mismo sexo. Esta negativa le valió el despido. Tras agotar los recursos internos, el demandante se dirigió al Tribunal alegando una vulneración de sus derechos a la libertad religiosa y a no ser discriminado. El Tribunal la desestimó.

Las autoridades estatales tenían un amplio margen de apreciación en el juicio de ponderación entre el derecho del demandante a manifestar sus creencias religiosas y el interés del empleador en asegurar los derechos de terceras personas. En el caso concreto, el Tribunal consideró que dicho margen de apreciación no había sido excedido por el Estado.

V. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DISCURSO DEL ODO CONTRA PERSONAS LGBT

En el caso de Vejdeland y otros c. Suecia, de 9 de febrero de 2012, el Tribunal se pronunció por primera vez sobre la legitimidad a la luz del artículo 10.2 del Convenio de la criminalización del discurso homófobo.⁶⁰ El caso se enmarca en un continuado esfuerzo del Tribunal por encontrar el justo equilibrio entre el derecho a la libertad de expresión y el interés legítimo de una sociedad democrática en proteger a las personas y a los colectivos en que éstas se integran, incluido el LGBT, frente a discursos que incitan y propagan el odio y la discriminación contra ellos.

Los demandantes en el caso eran cuatro jóvenes adultos que habían entrado a un centro educativo y distribuido en las taquillas de los estudiantes aproximadamente cien folletos que contenían afirmaciones tales como que la homosexualidad era una “desviación sexual”, una “tendencia sexual desviada” con “efectos morales destructivos de la esencia misma de la sociedad”, que “el VIH y el SIDA habían aparecido primeramente en los homosexuales y que su estilo de vida promiscuo era una de las mayores razones de que esta plaga moderna continuara existiendo” y que “los lobbies homosexuales estaban intentando quitar importancia a la pedofilia”. Por la distribución de tales folletos los demandantes fueron acusados del delito de agitación contra un grupo nacional o étnico. En su defensa, los demandantes argumentaron que su intención no había sido la de expresar desprecio hacia los homosexuales como colectivo sino la de dar inicio a un debate sobre la falta de objetividad en la educación ofrecida en las escuelas suecas. Los demandantes fueron finalmente condenados. El Tribunal Supremo sueco consideró que si bien la finalidad perseguida por los demandantes podía considerarse legítima, éstos habían utilizado expresiones injustificadamente ofensivas (*statements unwarrantably offensive*) hacía otras personas vulnerando de este modo sus derechos y sin contribuir de ninguna manera a un debate público que pudiera ayudar a un mejor entendimiento mutuo. Las penas impuestas fueron mínimas. De hecho, ninguno de los demandantes

fue a prisión. Los demandantes acudieron al Tribunal invocando el artículo 10 del Convenio.

Los esfuerzos del Tribunal se centraron en determinar si la injerencia en la libertad de expresión de los demandantes era necesaria para proteger la reputación y los derechos de terceros (artículo 10.2).

El Tribunal recordó que la libertad de expresión era aplicable no sólo a informaciones o ideas bien recibidas o consideradas inofensivas o inocuas, sino también a aquellas que podían “ofender, molestar o desagradar”. El Tribunal también observó que la finalidad de iniciar un debate sobre la falta de objetividad en la educación en las escuelas suecas era aceptable, pero atendiendo al contenido de los folletos razonó que si bien los mismos no recomendaban directamente la comisión de actos de odio, constituían “alegaciones serias y perjudiciales” (serious and prejudicial allegations). En este sentido, el Tribunal invocó su sentencia de *Féret c. Bélgica*, de 16 de julio de 2009⁶¹ y reiteró que la incitación al odio no requería necesariamente una invitación a realizar un acto de violencia u otros actos criminales, sino que los ataques a personas cometidos mediante insultos o actos de humillación o difamación de grupos específicos de población podían ser suficiente para que las autoridades privilegieran la lucha contra los discursos racistas frente a la libertad de expresión ejercida de manera irresponsable. Y extendió dicha jurisprudencia al discurso homóforo señalando que “la discriminación basada en la orientación sexual [era] igualmente grave que la discriminación basada en la raza, el origen o el color”.⁶²

El Tribunal expuso a continuación el conjunto de elementos que consideraba relevantes para la solución del caso: (i) los folletos habían sido distribuidos en un centro educativo, en las taquillas de gente joven en una edad delicada en la que eran fácilmente impresionables y a los que no se les había dado la oportunidad de aceptarlos o rechazarlos; (ii) la distribución de los mismos se había producido en una escuela de la que los demandantes no eran alumnos y a la que no tenían libertad de acceso; y (iii) las sanciones impuestas no habían sido graves.

A la vista de todas estas circunstancias, el Tribunal consideró que el Estado sueco no había vulnerado el derecho de los demandantes a la libertad de expresión.

La sentencia recibió tres votos concurrentes. Los autores de dos de ellos, el juez Spielmann (al que se unió la jueza Nussberger) y el juez Zupančič, comenzaban expresando sus dudas a la hora de votar a favor de la desestimación de la demanda

y coincidían en expresar su acuerdo con el fallo de la sentencia siempre y cuando éste se considerara fundamentado en las circunstancias concretas en que se había producido la distribución de los folletos. Para el juez Spielmann, en concreto, el hecho de que los folletos se hubieran distribuido en un centro educativo al que los demandantes no tenían libertad de acceso y que hubieran sido depositados en las taquillas de estudiantes jóvenes que no habían tenido la posibilidad de aceptarlos o rechazarlos era relevante a efectos de conceder un margen de apreciación al Estado. En este sentido, el juez advertía que los miembros de la comunidad LGBT se enfrentaban a prejuicios profundamente enraizados, hostilidad y discriminación generalizada en toda Europa, incluida Suecia, y se refirió a diversas resoluciones e informes de los organismos del Consejo de Europa que ponían en evidencia algunos problemas de homofobia detectados en los currículos educativos y en los mismos centros escolares, en los que los estudiantes LGBT eran objeto de acoso por parte de sus compañeros y profesores.⁶³

A diferencia de estos dos votos concurrentes, la jueza Yudkivska, a la que se unió el juez Villiger, no encontraba dificultad alguna en considerar que el artículo 10 del Convenio no había sido vulnerado. De hecho, hubiera excluido de toda protección del artículo 10 a las expresiones utilizadas por los demandantes, como el Tribunal había hecho en el caso de *Norwood c. el Reino Unido*, de 16 de noviembre de 2004,⁶⁴ con las expresiones contenidas en un póster en el que se identificaba a todos los musulmanes con los actos terroristas del 11 de septiembre de 2001. “Vincular a todo el colectivo en este caso con la “plaga del siglo veintiuno” no debería recibir la protección del artículo 10”. Para la jueza, era difícil ver en las expresiones contenidas en los folletos el inicio de un debate sobre un asunto de interés público. El caso no debía ser visto meramente como un ejercicio de ponderación entre los derechos a la libertad de expresión de los demandantes y el derecho a la protección de la reputación de los homosexuales. El discurso del odio era destructivo para la sociedad democrática en su conjunto. Por eso, según ella, no era necesario esperar a que este discurso produjera un peligro inminente y real para que la sociedad pudiera actuar. “Nuestra trágica experiencia [europea] en el pasado siglo demuestra que las opiniones racistas o extremistas pueden provocar mucho más daño que las restricciones a la libertad de expresión. Las estadísticas sobre crimen de odio muestran que la propaganda de odio siempre produce daño, sea de manera inmediata o potencial”.

NOTAS

1. Van Kück c. Alemania, de 12 de junio de 2003, pár. 82
2. Rees, pár. 47; Cossey, pár. 42.
3. De hecho, su actualidad quedó confirmada por el Tribunal en su sentencia de Gran Sala Sheffield y Horsham c. el Reino Unido, de 30 de julio de 1998, aunque con división entre sus miembros. La jurisprudencia en Rees y Cossey fue confirmada por una mayoría de 11 jueces frente a 9 en relación con el artículo 8 del Convenio. Por lo que respecta al artículo 12, la mayoría a favor de mantener la jurisprudencia era más holgada, de 18 jueces frente a 2.
4. Y, por supuesto, en Sheffield y Horsham.
5. Christine Goodwin, pár. 77.
6. *ibid.*, pár. 91.
7. Sobre el reconocimiento de la nueva identidad sexual de las personas transexuales, véase también la decisión de archivo de la demanda en el caso de P. c. Portugal, de 6 de septiembre de 2011.
8. Resulta interesante mencionar aquí que la demanda de Cassar c. Malta, interpuesta por una demandante transexual ante la negativa de las autoridades maltesas a autorizar su matrimonio con un hombre, fue archivada por el Tribunal el 9 de julio de 2013 tras constatar éste que las partes habían alcanzado un acuerdo amistoso en el que el Gobierno se comprometía a presentar este año las reformas legislativas necesarias en el Parlamento para que la demandante pudiera contraer matrimonio.
9. Christine Goodwin, pár. 30.
10. Sólo tras el transcurso podía hablarse de "verdadero transexualismo" que generaba un derecho al pago del tratamiento por la respectiva aseguradora médica.
11. Pende ante el Tribunal el caso de Y. Y. c. Turquía relativo a la negativa de las autoridades turcas a autorizar el tratamiento de reasignación de género de la demandante al no estar ésta afectada de una infertilidad permanente tal y como exige el código civil turco. El caso ha sido comunicado bajo el artículo 8 del Convenio.
12. D. Jočienė, "Subsidiarity and Gender Reassignment", en *The Conscience of Europe: 50 Years of the European Court of Human Rights*, Council of Europe, 2010, págs. 156-157.
13. P. V., pár. 30.
14. El juez irlandés Walsh escribió una de las opiniones disidentes a la sentencia. En apoyo de sus argumentos, contrarios a declarar que la legislación en cuestión violaba el artículo 8 del Convenio, el juez trajo a colación la jurisprudencia de los tribunales de Estados Unidos en relación con leyes penalizadoras de la sodomía: "El Tribunal Supremo de los Estados Unidos y otros tribunales estadounidenses han protegido el derecho a la privacidad de las parejas casadas frente a leyes que tenían como objetivo someter a control los actos sexuales dentro del matrimonio, entre ellos la sodomía. Sin embargo, estos mismos Tribunales han rechazado extender la garantía constitucional de la privacidad de la que gozan las parejas casadas a actividades homosexuales o a la sodomía heterosexual fuera del matrimonio." Dicho razonamiento fue confirmado por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en su sentencia en el caso *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986), que más tarde fue revocada en la sentencia *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).
15. Tras la sentencia Modinos, las autoridades chipriotas adoptaron diversas medidas para evitar que un asunto como aquél pudiera reproducirse y finalmente en el año 2000 el código penal chipriota fue reformado para suprimir este delito. Véase la Resolución del Comité de Ministros ResDH(2001)152.
16. Y ello por tres razones: por la dureza e intensidad de las investigaciones sobre la orientación sexual de los demandantes; por las serias consecuencias que la expulsión tenía en su vida y expectativas profesionales, y porque su expulsión del ejército era ajena a su conducta personal sino consecuencia de una característica innata.
17. Smith y Grady, pár. 90.
18. Esta jurisprudencia fue confirmada en las sentencias Beck y otros c. el Reino Unido y Perkins y R. v. el Reino Unido, ambas de 22 de octubre de 2002. En ejecución de dicha jurisprudencia el Reino Unido eliminó expresamente la prohibición de homosexuales en el ejército. Véanse, en este sentido, las Resoluciones del Comité de

Ministros ResDH(2002)34, ResDH(2002)35 y ResDH(2003)128.

19. La demanda de Sutherland v. el Reino Unido, presentada con anterioridad a las demandas contra Austria y archivada el 27 de marzo de 2001, planteaba un supuesto similar. El demandante invocaba los artículos 14 y 8 del Convenio para quejarse de que la legislación penal británica era discriminatoria porque establecía la edad de consentimiento para mantener relaciones homosexuales en 18 años mientras que para las relaciones heterosexuales la establecía en 16. La Comisión había considerado que esta diferencia constituía un tratamiento discriminatorio contrario a los artículos 14 y 8 del Convenio. La demanda fue archivada a petición de ambas partes tras una reforma legislativa de 2000 que igualaba la edad de consentimiento para ambas situaciones. El Tribunal, sin embargo, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre esta legislación en el caso B.B. c. el Reino Unido, de 10 de febrero de 2004, al que aplicó automáticamente su jurisprudencia en S. L. y L. y V. En el caso, el demandante no había sido finalmente acusado y el Gobierno británico había reconocido que la legislación en causa, modificada entretanto, era contraria al Convenio.
20. El Tribunal confirmó esta jurisprudencia en sus sentencias Woditschka y Wilfling c. Austria, de 21 de octubre de 2004; Ladner c. Austria, de 3 de febrero de 2005; H.G. y G.B. c. Austria, de 2 de junio de 2005; Wolfmeyer c. Austria, de 26 de mayo de 2005, y R.H. c. Austria, de 19 de enero de 2006. En estos casos los demandantes habían sido castigados con una multa (Woditschka) o, como en L. y V. y S.L., habían obtenido la suspensión de la ejecución de su condena (Wilfling, H.G. y G.B.; Ladner y R.H.). En Wolfmeyer el Tribunal consideró que el demandante no había perdido la condición de víctima tras su absolución en 2002 porque el Estado no había reconocido la violación del Convenio y no había dado al demandante suficiente satisfacción. El artículo 209 del código penal austriaco había sido declarado inconstitucional por el Tribunal constitucional austriaco el 21 de junio de 2002 y derogado por el parlamento el 10 de julio de 2002. Una reforma legislativa entro en vigor el 14 de agosto de 2002. El nuevo artículo 207b del código penal castigaba los actos sexuales consentidos entre adultos y adolescentes en determinados supuestos y se aplicaba con independencia de que los mismos fueran de carácter heterosexual o homosexual. Véanse las Resoluciones del

Comité de Ministros ResDH(2007)111 y ResDH(2009)146.

- Otro caso en el que el demandante planteaba una discriminación en el tratamiento penal de los actos homosexuales es Santos Couto c. Portugal, de 21 de septiembre de 2010, en el que el demandante había sido condenado por mantener relaciones homosexuales con adolescentes. El demandante se quejaba de que según el código penal luso las relaciones heterosexuales con adolescentes sólo constituían delito si quedaba acreditado que el adulto había abusado de la inexperiencia de la menor mientras que dicho requisito no exigía en el caso de relaciones homosexuales. El Tribunal atendió a las circunstancias del caso concreto y observó que los tribunales portugueses habían constatado la concurrencia del requisito de abuso de inexperiencia en el caso concreto y que, por lo tanto, la aplicación de la legislación al caso concreto no había resultado contraria a los artículos 14 y 8 del Convenio.
21. Actualmente penden ante el Tribunal un conjunto de demandas presentadas por ciudadanos austriacos (F.J. c. Austria, E.B. c. Austria y H.G. c. Austria) que se quejan de que la policía conserva expedientes que contienen información relativa a los actos considerados delictivos conforme a la ley declarada contraria al Convenio en L y V. c. Austria y S. L. c. Austria.
 22. En Salgueiro da Silva Mouta el Tribunal se había limitado a exigir una “justificación objetiva y razonable”, pág. 29.
 23. Conviene señalar aquí que según una jurisprudencia del Tribunal ya consolidada en el momento del pronunciamiento de Salgueiro da Silva Mouta el disfrute mutuo de la compañía de un padre y un hijo constituía un componente esencial de la vida familiar, incluso si la relación entre los progenitores se había roto, y que las medidas internas que impidieran ese disfrute constituían una injerencia en el derecho protegido por el artículo 8 del Convenio. Véanse, en este sentido, Johansen c. Noruega, de 7 de agosto de 1996, y Bronda c. Italia, de 9 de junio de 1998.
 24. El Tribunal dijo expresamente en el párrafo 28 de la sentencia que se trataba de un concepto “indudablemente cubierto por el artículo 14 del Convenio”, reiterando que la lista contenida en dicho artículo “es ilustrativa y no exhaustiva, como lo demuestra la expresión “especialmente” (any ground such as en inglés; notamment en francés).

25. Pende ante el Tribunal el caso Aldegueir Tomás c. España en el que el demandante se queja de que la negativa de las autoridades españolas a otorgarle una pensión de viudedad tras la muerte de su compañero, producida antes de la entrada en vigor de la modificación al código civil que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, constituye una discriminación por razón de orientación sexual prohibida por el Convenio.
26. Karner, pár. 33, Kozak, pár. 84. En Karner el Tribunal dejó explícitamente abierta la cuestión de si el caso también implicaba el derecho a la "vida privada y familiar" de los demandantes.
27. Resulta oportuno señalar que el legislador polaco había modificado la legislación en 2001 para poner solución a esta discriminación. Véase Kozak, pár. 40-41.
28. Kozak, pár. 92.
29. Entre otras, Shackell c. el Reino Unido (dec.), de 27 de abril de 2000, donde el Tribunal consideró que las situaciones de las parejas heterosexuales casadas y las no casadas no eran análogas a efectos de la pensión de viudedad en la medida en que "es aceptado ampliamente que el matrimonio concede un estatuto particular a las personas que lo contraen". La Gran Sala del Tribunal confirmó esta jurisprudencia en *Burden c. el Reino Unido*, 29 de abril de 2008, pár. 63.
30. De hecho, el Gobierno no había adelantado razón alguna.
31. Resulta oportuno reseñar aquí que está pendiente de examen por el Tribunal el caso de *Taddeucci y McCall c. Italia* que versa sobre la imposibilidad para los demandantes homosexuales, uno de nacionalidad italiana y el otro neozelandesa, de vivir juntos en Italia a causa de la negativa de las autoridades italianas a conceder al segundo demandante un permiso de residencia en aplicación de la legislación nacional sobre inmigración que no permite a las parejas no casadas (cosa que es imposible para los demandantes) obtener un permiso de residencia por motivos familiares. Los demandantes invocan los artículos 14 y 8 del Convenio.
32. Así, el Tribunal, en sus sentencias relativas al matrimonio de personas transexuales había afirmado, como ya se ha tenido oportunidad de señalar, que el matrimonio al que se refería el artículo 12 del Convenio era el formado por un hombre y una mujer, con independencia de que dichas categorías no pudieran definirse exclusivamente con criterios biológicos. En su posterior decisión de inadmisión en *Parry c. el Reino Unido*, el Tribunal señaló que el artículo 12 del Convenio recogía el concepto tradicional de matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer y que si bien era cierto que algunos Estados contratantes habían extendido el matrimonio a parejas homosexuales, esto reflejaba su propia visión del papel del matrimonio en sus sociedades y no derivaba de una interpretación del derecho fundamental establecido por los Estados contratantes en el Convenio en 1950.
33. El artículo 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dice así: Derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia: Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio. Véase el Comentario a la Carta de los Derechos Fundamentales en http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/networkcommentaryfinal_en.pdf, especialmente págs. 98-105 (consultado por última vez el 24 de diciembre de 2013).
34. Sólo seis de los cuarenta y siete Estados miembros permitía el matrimonio homosexual.
35. Está pendiente de resolución por el Tribunal la demanda de *Chapin y Charpentier c. Francia*, relativa al matrimonio entre dos hombres autorizado por el alcalde de una localidad francesa y declarado posteriormente nulo por los tribunales.
36. Esto contrastaba con el tratamiento que recibían las relaciones heterosexuales, que el Tribunal consideraba "vida familiar" incluso si eran de hecho. Véanse, en este sentido, *Elsholz c. Alemania* [GC], de 13 de Julio de 2000; *Keegan c. Irlanda*, de 26 de mayo de 1994; y *Johnston y otros c. Irlanda*, de 18 de diciembre de 1986.
37. El Tribunal había llegado a esa conclusión tras apreciar que, no obstante la tendencia creciente entre los Estados europeos a reconocer las uniones de hecho formadas por personas del mismo sexo, no existía un consenso europeo al respecto y, por tanto, se estaba ante una materia en la que debía reconocerse a los Estados un amplio margen de apreciación.
38. Esa evolución jurisprudencial venía precedida de la sentencia de Gran Sala *Burden c. el Reino Unido*, de 29 de abril de 2008, en la que el Tribunal equiparó uniones civiles homosexuales y matrimonios heterosexuales

a efectos de diferenciar estos modelos de convivencia de la relación entre dos hermanas que compartían vivienda y que invocando los artículos 14 del Convenio y 1 del Protocolo nº. 1 al Convenio se quejaban de una discriminación al no poder beneficiarse de determinada exención fiscal reconocida a los primeros. El Tribunal afirmó que de igual manera a como sucede con el matrimonio, las consecuencias jurídicas de las uniones civiles homosexuales, a las que sus miembros se someten expresa y voluntariamente, distinguía éstas de otras formas de convivencia. Más que la duración o la relación de mutua dependencia entre sus miembros, el aspecto determinante era la existencia de un compromiso público que implicaba para las partes la asunción de un conjunto de derechos y obligaciones de carácter contractual.

Anunciaban también un cambio en la jurisprudencia algunos razonamientos del Tribunal en su sentencia *Kozak c. Polonia*, de 2 de marzo de 2010. Allí el Tribunal sostuvo que “dado que el Convenio es un instrumento vivo cuya interpretación debe realizarse a la luz de las circunstancias actuales (...), el Estado, cuando elige los medios para proteger a la familia y para garantizar, como lo exige el artículo 8, el respecto de la vida familiar debe necesariamente tomar en consideración la evolución de la sociedad y los cambios producidos en la percepción de los temas sociales, de estado civil y de modelos de relación, incluido el hecho de que no existe una sola manera o una única opción sobre cómo debe conducirse y vivirse la vida familiar o privada” (pár. 98).

39. *Schalk y Kopf*, pár. 99.

40. El Tribunal no consideró pertinente examinar cada una de estas diferencias en detalle, como las relativas al acceso a la inseminación artificial o a la adopción, dado que los demandantes no habían planteado que estas restricciones les afectaran directamente.

41. Los jueces Malinverni y Kovler consideraban que el artículo 12 era inaplicable al caso.

42. El artículo 1 de la ley griega define la unión civil como un “contrato entre dos adultos de distinto sexo que regula su vida como pareja”. Los artículos 6 y 7 de la ley regulan el régimen económico de la unión y los deberes de pensión alimenticia que nacen para sus miembros tras la disolución de ésta. El artículo 11 establece, por su parte, que cuando uno de los miembros de la unión fallece el otro tiene derecho a herencia.

43. Puede consultarse en <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/tal10/ERES1728.htm> (consultado por última vez el 24 de diciembre de 2013).

44. Puede consultarse en <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1606669> (consultado por última vez el 24 de diciembre de 2013).

45. En *E.B. c. Francia*, 22 enero 2008, pár. 33, y en *X y otros c. Austria*, 19 febrero 2013, pár. 32.

46. El voto del juez Costa, al que se adhirieron los jueces Jungwirth y Traja, era parcialmente concurrente con la sentencia; el de los jueces Bratza, Fuhrmann y Tulkens, era, por el contrario, parcialmente disidente.

47. El juez Costa hubiera desestimado el caso por inaplicabilidad al mismo de los artículos 14 y 8 del Convenio. Ni el Convenio ni ningún otro instrumento internacional que hubiera podido servir al Tribunal a efectos interpretativos reconocía un derecho a adoptar o proteger el deseo de fundar una familia.

48. Resulta interesante con el fin de tener una visión más completa de la evolución de la jurisprudencia en este ámbito la lectura de la decisión de inadmisibilidad de la antigua Comisión en el caso de *Kerkhoven y Hinke c. los Países Bajos*, de 19 de mayo de 1992. El caso no es sobre adopción en sentido propio sino sobre el otorgamiento de derechos paterno-filiales a la compañera de la madre biológica sobre el hijo de ésta. Las demandantes eran dos mujeres en una relación estable y el hijo de la segunda. El problema en el caso era la imposibilidad para la primera demandante de establecer vínculos jurídicos con el hijo de la segunda lo que podría tener efectos prácticos en el caso de que la madre muriera o la relación entre las dos mujeres finalizara de alguna otra manera. La Comisión afirmó que la relación de dos mujeres en una relación estable no constituía vida familiar a efectos del Convenio y que las obligaciones positivas del Estado bajo el artículo 8 no exigían que se reconociera a la primera demandante derechos paterno-filiales sobre el hijo de la segunda.

49. El Tribunal se pronunció sobre la admisibilidad de la demanda en una decisión de fecha 31 de agosto de 2010.

50. El primero suscrito por el juez Costa, al que se unió el juez Spielmann; el segundo, por el juez Spielmann, al que se unió la juez Berro-Lefèvre.

51. Y en este sentido, el Tribunal apuntó lo que parecía una contradicción en el derecho austriaco. Según la legislación austriaca un

- menor no podía tener dos padres o dos madres en ningún caso. Sin embargo, para autorizar la adopción individual de un menor por una persona homosexual se exigía el consentimiento de su compañero estable, si éste existía, con lo que indirectamente se estaba admitiendo que la convivencia de un menor con una pareja homosexual no era perjudicial para su desarrollo.
52. Puede consultarse en <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/202.htm> (consultado por última vez el 24 de diciembre de 2013)
 53. Puede consultarse en <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1606669> (consultado por última vez el 24 de diciembre de 2013)
 54. La sentencia recibió dos votos particulares, uno concurrente del juez Myjer y otro disidente firmado por los jueces Gyulumyan y Ziemele. El primero hubiera explicado más, a la luz del íter del caso en la vía interna, los razonamientos lógicos seguidos por el Tribunal para concluir que detrás de la prohibición de la manifestación había un móvil discriminatorio por orientación sexual. Para las segundas ese móvil discriminatorio no había quedado suficientemente demostrado.
 55. Alekseyev, pár. 76.
 56. El Gobierno invocó la Convención Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, que garantizan a los individuos el respeto y la protección de sus creencias religiosas y morales y el derecho de educar a sus hijos de acuerdo con ellas. En su opinión, el Estado debía tomar en consideración las exigencias de las asociaciones religiosas más importantes ya que el Estado democrático debía proteger a la sociedad de una influencia destructiva de sus fundamentos morales y proteger la dignidad humana de todos los ciudadanos, incluidos los creyentes. Las ideas de los promotores del evento no eran acogidas con neutralidad por el resto de la sociedad, sino que habían vulnerado los derechos, intereses legítimos y la dignidad humana de los creyentes (Alekseyev, pár. 60).
 57. *ibid.*, pár. 84.
 58. El artículo 11 del Convenio también protege el derecho de asociación. En este sentido debe reseñarse que actualmente pende ante el Tribunal la demanda de Zhdanov y Rainbow House c. Rusia, en la que los demandantes, una asociación para la protección de las minorías sexuales y su presidente, invocan los artículos 11 y 14 del Convenio para quejarse de la negativa de las autoridades de una determinada región rusa a inscribir su asociación. Según el resumen de los hechos preparado por la Secretaría del Tribunal, dichas autoridades parecen haber justificado la negativa a inscribirla en que sus actividades eran extremistas al atentar contra la moral y los sentimientos nacionales y religiosos de los ciudadanos. Véanse, entre otras, en relación con la negativa a inscribir asociaciones en general las sentencias del Tribunal en los casos de Sidiropoulos y otros c. Grecia, de 10 de julio de 1998, y United Macedonian Organisation Ilinden y otros c. Bulgaria, de 19 de enero de 2006.
 59. El caso concierne a cuatro demandantes. A los efectos de este artículo, solo las demandas del tercer demandante, la señora Ladele, y del cuarto, el señor McFarlane, resultan relevantes.
 60. Sobre el discurso del odio en general, véase A. Weber, *Manual on Hate Speech*, Consejo de Europa, 2009. En relación con el discurso homóforo, la autora señalaba que “aunque el Tribunal no haya tratado todavía este aspecto, el discurso homóforo puede considerarse una categoría de “hate speech” no protegida por el artículo 10”. La ya mencionada Recomendación CM/Rec(2010)5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre medidas para combatir la discriminación por orientación sexual e identidad de género recomienda a los Estados miembros que adopten medidas para combatir toda forma de expresión tendente “a incitar, difundir o promover el odio u otras formas de discriminación contra las personas lesbianas, homosexuales, bisexuales y transexuales”, especificando que “todas las medidas deben respetar el derecho a la libertad de expresión de acuerdo con el artículo 10 del Convenio y la jurisprudencia del Tribunal”.
 61. El demandante en aquel caso era un miembro del Parlamento belga y presidente del partido político Front National-Nationaal Front en Bélgica que durante la campaña electoral había repartido diversos folletos en los que se invitaba, entre otras cosas, a oponerse a la islamización de Bélgica, a interrumpir las políticas de pseudointegración y a expulsar a los parados no europeos. El demandante fue condenado por incitación a la discriminación racial a servicios en favor de la comunidad y fue incapacitado para el cargo de parlamentario durante diez años. El Tribunal consideró que no había habido vulneración del artículo 10 del Convenio. La sentencia recibió un voto

disidente del juez Sajó al que se unieron los jueces Zagrebelsky y Tsotsoria.

62. Vejdeland y otros, pár. 55.

63. En concreto, el juez Spielmann citaba la Resolución del Comité de Ministros CM/ResChS(2009)7 relativa a la queja colectiva nº. 45/2007 en la que el Comité Europeo de los Derechos Sociales había considerado discriminatorios algunos contenidos del material educativo facilitado por Croacia en la medida en que estigmatizaban al colectivo homosexual. La Resolución del Comité de Ministros puede consultarse en la página web http://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/session9/HR/CE_CouncilofEurope_Resolution.pdf (consultada por última vez el 24 de diciembre de 2013), y al informe del Comisario de Derechos Humanos Thomas Hammarberg, *Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe*, Strasbourg, Council of Europe, 2011, p. 114 y ss.

64. En aquel caso el Tribunal declaró inadmisibile la demanda bajo el artículo 17 del Convenio que prohíbe el abuso de derecho en los siguientes términos: “Ninguna de las disposiciones del

presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo”. En el caso de Norwood el demandante había sido condenado por hostilidad agravada contra un grupo religioso por haber expuesto un póster de contenido virulento en el que se vinculaba a todos los musulmanes con los atentados del 11 de septiembre de 2001. El Tribunal consideró que un ataque general y vehemente contra un grupo religioso, vinculándolo en su totalidad con un acto tan grave de terrorismo, era incompatible con los valores proclamados y garantizados por el Convenio, especialmente la tolerancia, la paz social y la no discriminación, y que por ello el demandante no podía invocar la protección del artículo 10 del Convenio. Véanse también las decisiones de inadmisibilidad del Tribunal en el caso de Garaudy c. Francia, de 24 de junio de 2003, sobre negacionismo del Holocausto, y Pavel Ivanov c. Rusia, de 20 de febrero de 2007, relativo a expresiones antisemitas.

