

LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO

Iván MANZANO BARRAGÁN

Responsable de proyectos sobre
derechos humanos y sociedad civil
Delegación de la Unión Europea en Albania

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA LEGALIZACIÓN DE LAS RELACIONES HOMOSEXUALES.—2.1. La despenalización de las prácticas sexuales entre personas del mismo sexo.—2.2. La igualación de la edad de consentimiento.—3. HACIA LA PLENA IGUALDAD DE TRATO DE GAIS Y LESBIANAS.—3.1. La discriminación en el mundo laboral.—3.2. El derecho a la vida familiar de los homosexuales.—3.2.1. Custodia y adopción.—3.2.2. Parejas del mismo sexo.—3.3. La discriminación en materia de libertad de reunión y de asociación.—4. EL AVANCE DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS TRANSEXUALES.—4.1. El reconocimiento legal de la identidad de género.—4.2. El derecho a contraer matrimonio.—5. CONSIDERACIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

El reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales de las minorías sexuales¹ ha evolucionado de manera similar en la mayor parte de los países de nuestro entorno, miembros del Consejo de Europa. Este reconocimiento ha seguido, en términos generales, una hoja de ruta en la que se empieza por garantizar los derechos básicos de las personas homosexuales, mediante la despenalización de las relaciones sexuales entre personas del

¹ En el presente artículo, el término «minoría sexual» hace referencia a aquellas personas cuya identidad, orientación o prácticas sexuales difieren de la mayoría de la sociedad a la que pertenecen, en particular a lesbianas, gais, bisexuales y transexuales (LGBT).

mismo sexo y la igualación de la edad de consentimiento. Una vez gays y lesbianas dejan de ser vistos como criminales, resulta cada vez más difícil que se vean privados de sus derechos civiles, incluyendo el derecho a no ser tratados de modo discriminatorio debido a su orientación sexual. En un estadio más avanzado, se progresa hacia el pleno reconocimiento legal de las uniones afectivas homosexuales, en pie de igualdad con las parejas heterosexuales².

El Consejo de Europa ha jugado un papel destacable en el proceso paulatino de protección y promoción de los derechos de las minorías sexuales en los países signatarios del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)³. Como veremos a continuación, a pesar de que dicho Convenio no contenía disposiciones relativas, al menos de modo explícito, a la sexualidad o a la autodeterminación sexual del individuo, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, el Tribunal) empezó a constituirse a partir de los años ochenta en una fuente de protección de los derechos de gays y lesbianas y, posteriormente, también de las personas transexuales. Esta jurisprudencia fue seguida en el tiempo por otros organismos supranacionales de carácter jurisdiccional, en particular por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y no jurisdiccionales, tales como el Comité de Derechos Humanos del sistema de Naciones Unidas, que han abordado de manera creciente cuestiones relativas a la discriminación por orientación sexual e identidad de género⁴.

El presente artículo examina la doctrina desarrollada por los órganos de control del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y más concretamente por la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, en materia de minorías sexuales. Ante la ausencia de una disposición específica sobre el respeto de

² CALVO BOROBIA, K., *Ciudadanía y minorías sexuales: la regulación del matrimonio homosexual en España*, Colección Estudios de Progreso, Fundación Alternativas, núm. 17, 2005. Véase igualmente WAALDIJK, K., «Civil Developments: Patterns of Reform in the Legal Position of Same-Sex Partners in Europe», *Canadian Journal of Family Law*, vol. 17, 2000, núm. 1, pp. 62-88.

³ *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, abierto a firma en Roma el 4 de noviembre de 1950 y en vigor desde el 3 de septiembre de 1953.

⁴ Para un análisis general sobre la protección de los derechos de las minorías sexuales en el marco de la Unión Europea y de la Organización de las Naciones Unidas, véanse por ejemplo WINTEMUTE, R., y ANDENAES, M. (eds.), *Legal Recognition of Same-sex Partnerships: A Study of National, European and International Law*, Portland, Hart Publishing, 2001; SANDERS, D., «Human Rights and Sexual Orientation in International Law», *International Journal of Public Administration*, vol. 25, 2002, núm. 1, pp. 13-44; GONZÁLEZ BEILFUSS, C., *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2004; SAIZ, I., «Bracketing Sexuality: Human Rights and Sexual Orientation – A Decade of Development of Denial at the UN», *Health and Human Rights: An International Journal*, vol. 7, 2004, núm. 2, pp. 48-80; LAU, H., «Sexual Orientation: Testing the Universality of International Human Rights Law», *University of Chicago Law Review*, vol. 71, 2004, núm. 4, pp. 1689-1720; WAALDIJK, K., y BONINI-BARALDI, M., *Sexual Orientation Discrimination in the European Union: National Laws and the Employment Equality Directive*, La Haya, TMC Asser Press, 2006; MANZANO BARRAGÁN, I., «La protección de las minorías sexuales en la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 13, 2009, núm. 32, pp. 151-178; COTTER, A.-M. M., *Ask No Questions: An International Legal Analysis on Sexual Orientation Discrimination*, Farnham, Ashgate, 2010. Una panorámica sobre el principio de no discriminación por motivo de orientación sexual e identidad de género en el ordenamiento jurídico español es ofrecida por ALVENTOSA DEL RÍO, J., *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el Derecho español*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2008.

la orientación e identidad sexual, el Tribunal ha llevado a cabo una lectura expansiva de los derechos y libertades recogidos en el Convenio, en particular mediante el recurso a la doctrina del margen de apreciación, para ampliar progresivamente la protección reconocida a homosexuales y transexuales. En particular, se ha basado en el derecho al respeto de la vida privada y familiar recogido en el art. 8 CEDH. Asimismo, ha recurrido a la prohibición general de toda discriminación contenida en el art. 14 CEDH, cuya violación ha de ser alegada en combinación con uno de los derechos sustantivos reconocidos en el Convenio o en alguno de sus protocolos, para censurar las actuaciones discriminatorias contra las personas pertenecientes a minorías sexuales.

De este modo, el Tribunal de Estrasburgo ha desplegado una jurisprudencia basada en dos ejes principales, ligados a las disposiciones del Convenio arriba mencionadas. El primero de estos ejes se ha centrado en las cuestiones ligadas a la represión de la homosexualidad por el Derecho penal, y en las consiguientes violaciones del derecho al respeto de la vida privada de las personas homosexuales cometidas, a juicio del Tribunal, por los Estados partes del Convenio. El segundo eje hace referencia a las discriminaciones experimentadas por las minorías sexuales reguladas por el Derecho civil, en contravención de la cláusula de igualdad y no discriminación contenida en el art. 14 CEDH⁵.

A la hora de analizar el desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia, consideraremos en primer lugar las sentencias mediante las cuales los jueces de Estrasburgo pasaron a considerar la prohibición de las conductas homosexuales como contraria al Convenio. En segundo lugar, examinaremos la evolución operada por el Tribunal en la progresiva censura de prácticas discriminatorias por razón de orientación sexual en diferentes ámbitos de la vida privada y familiar del individuo. Finalmente, nos aproximaremos a la protección que ha acordado este órgano jurisdiccional a los derechos de las personas transexuales.

2. LA LEGALIZACIÓN DE LAS RELACIONES HOMOSEXUALES

2.1. La despenalización de las prácticas sexuales entre personas del mismo sexo

La primera de las solicitudes ante los órganos de control del Convenio relativa a los derechos de las minorías sexuales data del año 1955⁶. En este caso, un demandante alemán había alegado haber sido condenado por un tribunal de la República Federal de Alemania por su condición de homosexual sobre la base del art. 175 del Código Penal vigente en el país, en aparente violación de los arts. 8 y 14 CEDH. Ante tal demanda, la ya desaparecida Co-

⁵ SPIRY, E., «Homosexualité et droit international des droits de l'homme – vers une nouvelle donne en Europe», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 7, 1996, núm. 25, pp. 45-66.

⁶ *X. c. República Federal de Alemania*, solicitud núm. 104/55, de 10 de octubre de 1955.

misión Europea de Derechos Humanos⁷ respondió que el Convenio permitía a los Estados partes considerar la homosexualidad como infracción, puesto que el derecho a la vida privada podía ser objeto de injerencia por parte de las autoridades públicas, con el objetivo de asegurar la protección de la salud o de la moral.

Dicho órgano se limitó a contestar de modo idéntico a similares solicitudes que fueron interpuestas ante el Tribunal en los años posteriores, basándose en su jurisprudencia previa. No fue hasta el año 1981, en la sentencia del caso *Dudgeon c. Reino Unido*⁸, que el Tribunal falló que la prohibición de los actos sexuales libremente consentidos entre personas del mismo sexo violaba el Convenio. De este modo, el Tribunal dio el primer paso en el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos hacia una creciente salvaguarda de los derechos de las minorías sexuales.

En el asunto *Dudgeon*, el demandante había alegado ante el Tribunal que la mera existencia de legislación que castigaba las relaciones sexuales entre hombres en Irlanda del Norte⁹ hacía que su vida sexual en privado fuese susceptible de persecución penal, lo cual suponía una intrusión injustificable en el derecho al respeto de la vida privada. Pese a considerar que el objetivo de la legislación norirlandesa de salvaguardar la moral imperante en el territorio era legítimo, el Tribunal puso en entredicho que tal injerencia fuera necesaria en una sociedad democrática como la del Reino Unido, en el sentido del art. 8.2 del Convenio¹⁰.

Al respecto, el Tribunal constató que la homosexualidad era progresivamente aceptada en la totalidad de los Estados miembros del Consejo de Europa. Asimismo, consideró que los efectos negativos que causaban las

⁷ La Comisión Europea de Derechos Humanos suspendió sus funciones en noviembre de 1998, cuando fue suplantada por el nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos de carácter permanente, resultado de la entrada en vigor del Protocolo núm. 11 del CEDH. Hasta entonces, los individuos no tenían acceso directo al Tribunal de Estrasburgo, sino que debían dirigirse en primer lugar a la Comisión de Derechos Humanos, la cual podía decidir, en el caso de estar fundamentada, presentar la demanda ante el Tribunal.

⁸ Solicitud núm. 7525/76, de 22 de octubre de 1981. Véanse igualmente las sentencias del Tribunal en los casos *Norris c. Irlanda*, solicitud núm. 10581/83, de 26 de octubre de 1988, y *Modinos c. Chipre*, solicitud núm. 15070/89, de 22 de abril de 1993. Tan sólo unos días antes de la sentencia *Dudgeon*, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa había adoptado su primer texto significativo sobre los derechos de las minorías sexuales en Europa. Se trataba de la *Recomendación 924 (1981) sobre la discriminación hacia los homosexuales*, de 1 de octubre de 1981, en la que instaba a los Estados miembros a abolir las disposiciones legales que penalizaban las prácticas homosexuales y a igualar la edad de consentimiento, así como a garantizar la igualdad de trato en el ámbito laboral. El órgano deliberativo del Consejo de Europa se avanzaba, como lo ha hecho reiteradamente desde entonces, al nivel de protección jurisdiccional garantizado a las minorías sexuales por el Tribunal.

⁹ *Ley de delitos contra las personas* y *Ley de enmienda del Código Penal*, aprobadas por el Reino Unido en 1861 y 1885 respectivamente, y derogadas en Inglaterra y Gales por la *Ley de delitos sexuales* de 1956, modificada posteriormente en 1967.

¹⁰ «No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás», art. 8.2 CEDH.

provisiones legales impugnadas en la vida de los homosexuales no eran proporcionales a las justificaciones de naturaleza moral. Por consiguiente, el Tribunal juzgó que el mantenimiento de disposiciones legales que penalizaban las relaciones homosexuales constituía una injerencia injustificada en el derecho del demandante al respeto de su vida privada, que incluía su vida sexual. De este modo, convino que se había producido una violación del art. 8 CEDH. Como consecuencia de esta sentencia, la homosexualidad fue despenalizada en 1982 en Irlanda del Norte.

El Tribunal apreció que el caso tocaba uno de los aspectos más íntimos de la vida privada de una persona, por lo que las injerencias de las autoridades públicas debían estar motivadas por razones de máxima importancia. Por esta razón, limitó el margen de apreciación de las autoridades británicas en la definición y aplicación del derecho a la vida privada y familiar recogido en el Convenio. Como veremos a lo largo del presente artículo, la doctrina del «margen de apreciación» o discrecionalidad reconocida a las autoridades nacionales ha constituido desde principios de los años ochenta uno de los principales instrumentos en manos del Tribunal para reconocer una creciente protección de los derechos de las minorías sexuales¹¹.

Semejante estrechamiento del margen de apreciación llevado a cabo por el Tribunal en el caso *Dudgeon*, y el consiguiente vuelco en su jurisprudencia, se vieron favorecidos por el emergente consenso en Europa hacia la legalización de las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo¹². En efecto,

¹¹ Con anterioridad al caso *Dudgeon*, el Tribunal había llevado a cabo desde 1979 un examen más restrictivo del margen de discreción de las autoridades nacionales en la salvaguardia de los derechos y libertades recogidos en el Convenio, para realizar una defensa más enérgica de los derechos de los demandantes. El margen de apreciación nacional puede ser definido, en el contexto del Convenio, como «*the latitude of deference or error which the Strasbourg institutions will allow to national public organs before it is prepared to declare a derogation from the Convention, or restriction or limitation upon a right guaranteed by the Convention, to constitute a violation of one of the Convention's substantive guarantees. It is the line at which a State Party's discretion in enacting or enforcing its laws gives way to international supervision*», YOUROW, H. C., «The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of the Strasbourg Jurisprudence and the Construction of Europe», *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, 1998, p. 238. La importancia de semejante doctrina radica en que proporciona «*the flexibility needed to avoid damaging confrontations between the Court and the Contracting States over their respective spheres of authority and enables the Court to balance the sovereignty of Contracting Parties with their obligations under the Convention*», MACDONALD, R. St. J., «The Margin of Appreciation» en MACDONALD, R. St. J.; MATSCHER, F., y PETZOLD, H. (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, p. 123. Para un análisis detallado sobre la interpretación evolutiva del Convenio y la doctrina del margen de apreciación en la jurisprudencia del Tribunal, véanse por ejemplo HUTCHINSON, M. R., «The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights», *International and Comparative Law Quarterly*, 1999, núm. 48, pp. 638-650; MORAWA, A., «The "Common European Approach", "International Trends", and the Evolution of Human Rights Law. A comment on *Goodwin and I v. the United Kingdom*», *German Law Journal*, vol. 3, 2002, núm. 8; MOWBRAY, A., «The Creativity of the European Court of Human Rights», *Human Rights Law Review*, vol. 5, 2005, núm. 1, pp. 57-79; GONZÁLEZ VEGA, J. A., «Interpretación, derecho internacional y Convenio Europeo de Derechos Humanos: a propósito de la interpretación evolutiva en materia de autodeterminación sexual», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 56, 2004, núm. 1, pp. 165-184; GERARDS, J., «Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine», *European Law Journal*, vol. 17, 2011, núm. 1, pp. 80-120.

¹² En virtud de la doctrina del margen de apreciación, a la hora de circunscribir el ámbito de discrecionalidad de los órganos jurisdiccionales nacionales, el Tribunal se ha apoyado reiteradamente

a la hora de interpretar las provisiones del Convenio, el Tribunal ha prestado tradicionalmente especial atención a la moral cambiante en los países miembros del Consejo de Europa, al estimar que «el Convenio es un instrumento vivo [...] que debe ser interpretado a la luz de las condiciones de vida actuales»¹³. En este sentido, consideró relevante que numerosos Estados partes del Convenio, incluyendo la República Federal de Alemania y el mismo Reino Unido (en Inglaterra y Gales), hubieran despenalizado años atrás las prácticas homosexuales entre adultos.

El Tribunal se ha pronunciado igualmente en contra de la prohibición de prácticas homosexuales en grupo que se producen en la esfera privada. En julio de 2000, falló en el caso *A.D.T. c. Reino Unido*¹⁴ a favor de un homosexual condenado por «grave indecencia» al haber sido descubiertos en su domicilio vídeos en los que había filmado relaciones sexuales con varios hombres en su casa. Pese a que la Ley de Delitos Sexuales británica antes mencionada había sido modificada en 1967 para abolir las conductas homosexuales en privado, esta norma contemplaba los actos sexuales entre más de dos personas como públicos y, por tanto, sujetos a sanción penal. El Tribunal estimó que, al no disponer de ninguna evidencia de que los vídeos hubieran sido distribuidos a terceras personas ni de conducta sadomasoquista entre los participantes, se trataba de una actividad genuinamente privada sin riesgo para la salud pública. Por ello, declaró que se había producido una injerencia injustificada en la vida privada del demandante. En consecuencia, la sentencia estableció que la existencia de disposiciones legales que prohibían las relaciones sexuales consentidas entre más de dos hombres en privado violaba el art. 8 CEDH.

Sin embargo, dicho pronunciamiento distaba de la postura adoptada en 1997 por el Tribunal en la sentencia en *Laskey, Jaggard y Brown c. Reino Unido*¹⁵. En este caso, un grupo de hombres habían sido condenados tras el descubrimiento por parte de la policía de vídeos en los que practicaban actividades sexuales sadomasoquistas en privado. El Tribunal sentenció que dichas actividades, aun produciéndose consentidamente y entre adultos, no eran

en el recurso a la noción de «consenso europeo», que englobaría entre otros «la práctica legislativa derivada de la normativa interna de los Estados partes, los tratados y otros textos internacionales, fundamentalmente vinculados con el ámbito regional europeo —dentro de los cuales se incluyen también los desarrollos producidos en el ámbito de la Unión Europea—, las opiniones de los expertos, así como las concepciones sustentadas por la sociedad a nivel europeo», GONZÁLEZ VEGA, J. A., «Derecho a la identidad sexual y Convenio Europeo: la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista General de Derecho Europeo*, 2003, núm. 1, pp. 10-11. De tal modo, el margen de apreciación disminuye a medida que van reconociéndose estándares europeos comunes, en otras palabras, «an obvious way of reducing the amount of discretion to which national authorities should consider themselves entitled is to hold them to standards which are observed Europe-wide», MACDONALD, R. St. J., *op. cit.*, nota 11, p. 123.

¹³ *Tyrer c. Reino Unido*, solicitud 5856/72, de 25 de abril de 1978, párr. 31. «In interpreting the Convention, the Convention institutions avowedly follow an evolutive and dynamic method, rather than a static and historical one. This means that the concepts used in the Convention are to be understood in the context of the democratic European society of today, and not (...) when the Convention was drafted», MATSCHER, F., «Methods of Interpretation of the Convention» en MACDONALD, R. St. J., MATSCHER, F., y PETZOLD, H. (eds.), *op. cit.*, nota 11, p. 68.

¹⁴ Solicitud núm. 35765/97, de 31 de julio de 2000.

¹⁵ Solicitudes núms. 21627/93, 21826/93 y 21974/93, de 19 de febrero de 1997.

protegidas en virtud del art. 8 CEDH. A pesar de que el Tribunal estimó que se había producido una intromisión en la vida privada de los demandantes, consideró que dicha injerencia estaba justificada por la necesidad argüida por las autoridades británicas de proteger la moral y la salud pública. De este modo, resulta posible afirmar al respecto que:

«*La Cour va alors établir un subtil distinguo entre les activités sexuelles réellement privées, que l'individu peut mener en toute quiétude, et les activités sexuelles qui ne relèvent plus totalement de la seule sphère privée et où, en l'occurrence, l'Etat peut légitimement intervenir afin de protéger d'autres intérêts que le droit à l'épanouissement personnel de l'individu concerné*»¹⁶.

2.2. La igualación de la edad de consentimiento

Otra faceta de la legalización de las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo es la igualación de la edad de consentimiento en aquellos países en los que se arbitran diferentes edades según la orientación sexual del individuo. Desde sus primeros años de existencia, la Comisión Europea de Derechos Humanos había rechazado demandas que impugnaban la existencia de normas que fijaban una edad de consentimiento más elevada en el caso de prácticas sexuales entre hombres homosexuales¹⁷. Sin embargo, dicho órgano modificó su criterio en 1997 en *Sutherland c. Reino Unido*¹⁸, en el que consideró que una edad de consentimiento mayor para los gais era discriminatoria y violaba el derecho al respeto de la vida privada.

En este caso, un homosexual británico había interpuesto una demanda contra el hecho de que la edad de consentimiento para las mujeres fuera de 16 años, independientemente de su orientación sexual, mientras que para las relaciones homosexuales entre hombres era de 18 años. Tal distinción infringía, según el solicitante, el art. 8 CEDH y constituía un trato discriminatorio según lo dispuesto en el art. 14 CEDH. Durante el desarrollo del procedimiento ante el Tribunal, el Parlamento británico aprobó en el año 2000 una enmienda a la Ley de Delitos Sexuales que igualó la edad mínima de consentimiento a 16 años, tanto en el caso de hombres como de mujeres. Tras su entrada en vigor en enero de 2001, el demandante y el Gobierno británico acordaron retirar el caso ante los jueces de Estrasburgo.

¹⁶ LARRALDE, J.-M., «L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et la protection de l'identité sexuelle», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, vol. 17, 2006, núm. 65, pp. 47-48. Pese a que la sentencia del Tribunal parecía neutral en relación con la orientación sexual de los demandantes, es posible sostener que la decisión de las autoridades británicas competentes se había visto influida por la orientación sexual de las personas afectadas. Una muestra de ello es que los tribunales británicos, en el caso *R. c. Wilson* (1996), habían considerado como lícitas las prácticas sadomasoquistas entre personas casadas de sexo opuesto. Sobre esta cuestión, véase por ejemplo WALKER, K. L., «Moving Gaily Forward? Lesbian, Gay and Transgender Human Rights in Europe», *Melbourne Journal of International Law*, vol. 4, 2001, núm. 2, pp. 122-143.

¹⁷ *X c. República Federal de Alemania*, núm. 5935/72, de 30 de septiembre de 1975; *X c. Reino Unido*, núm. 7215/75, de 7 de julio de 1977; *H. F. c. Austria*, núm. 22646/93, de 26 de junio de 1995.

¹⁸ Solicitud núm. 25186/94, de 27 de marzo de 2001.

Unos años más tarde, el Tribunal confirmó la opinión de la Comisión Europea de Derechos Humanos en materia de edad de consentimiento en dos sentencias similares de 2003, *L. y V. c. Austria* y *S. L. c. Austria*¹⁹. En ambos asuntos, los demandantes impugnaron el art. 209 del Código Penal austriaco, que penalizaba los actos homosexuales de hombres adultos con adolescentes de entre 14 y 18 años, pero no así las relaciones sexuales entre personas de distinto sexo o entre mujeres. Además, coincidían en considerar que la vigencia de dicha disposición entrañaba una violación del derecho a la vida privada de carácter discriminatorio.

Ante la cuestión sobre si esta injerencia en la vida privada de los solicitantes estaba justificada en el sentido del art. 8 CEDH, el Tribunal admitió que la disposición legal impugnada perseguía el objetivo legítimo de proteger el desarrollo sexual de los adolescentes. Sin embargo, no consideró justificado que la protección sólo se aplicara a las prácticas sexuales entre hombres de edades comprendidas entre los 14 y los 18 años, y no a las mujeres de la misma edad con conductas heterosexuales u homosexuales, sobre la base de que la inclinación sexual de los hombres fuese más susceptible de influencia en esa edad. En consecuencia, los jueces de Estrasburgo sostuvieron en ambos casos que se había producido una violación del art. 14 CEDH, en combinación con el art. 8 CEDH. Al reducir el margen de apreciación reconocido a las autoridades nacionales por el Convenio, el Tribunal se hizo eco del cada vez mayor consenso entre los países miembros del Consejo de Europa de reducir la edad de consentimiento de las relaciones homosexuales con el fin de equipararla a la existente para las personas heterosexuales.

3. HACIA LA PLENA IGUALDAD DE TRATO DE GAIS Y LESBIANAS

En los años ochenta y noventa, la protección legal de los derechos de gais y lesbianas llevada a cabo por el Tribunal se limitó a descriminalizar las conductas homosexuales. Durante este periodo, la Comisión Europea de Derechos Humanos rechazó numerosas demandas contra leyes nacionales, prácticas administrativas y sentencias judiciales de los países miembros del Consejo de Europa que afectaban negativamente a la vida pública y privada de los homosexuales. Sin embargo, desde finales de los noventa, el Tribunal se ha mostrado más receptivo ante casos de discriminación por razón de orientación sexual. Y lo ha hecho distanciándose de su jurisprudencia anterior, escudándose tanto en el progresivo reconocimiento de los derechos de las minorías sexuales en gran parte de los Estados partes del Convenio, como en los avances realizados en esta dirección por la Unión Europea.

¹⁹ Solicitudes núms. 39392/98 y 39829/98, de 9 de enero 2003, y solicitud núm. 45330/99, de 9 de enero de 2003. Véanse igualmente las sentencias del Tribunal en los casos *B. B. c. Reino Unido*, núm. 53760/00, de 10 de febrero de 2004; *Woditschka y Wilfling c. Austria*, núms. 69756/01 y 6306/02, de 21 de octubre de 2004; *Ladner c. Austria*, núm. 18297/03, de 3 de febrero de 2005; *Wolfmeyer c. Austria*, núm. 5263/03, de 26 de mayo de 2005; *H. G. y G. B. c. Austria*, núms. 11084/02 y 15306/02, de 2 de junio de 2005.

3.1. La discriminación en el mundo laboral

En primer lugar, el Tribunal adoptó entre los años 1999 y 2002 un conjunto de sentencias relacionadas con el ámbito laboral, en las que declaró que el despido de homosexuales por motivo de su orientación sexual infringía el derecho al respeto de la vida privada. Las primeras sentencias fueron adoptadas simultáneamente en septiembre de 1999 en los casos *Lustig-Prean y Beckett c. Reino Unido*²⁰, presentado ante el Tribunal por dos antiguos miembros de la Royal Navy, y *Smith y Grady c. Reino Unido*²¹, relativo a dos exintegrantes de la Royal Air Force. Los demandantes habían sido sometidos a interrogatorios para esclarecer su orientación sexual, durante los cuales fueron preguntados sobre detalles de su vida privada y de sus prácticas sexuales. Sobre la base de tales pesquisas, fueron despedidos de sus lugares de trabajo, puesto que el Ministerio de Defensa británico imponía una prohibición explícita a la presencia de homosexuales en las fuerzas armadas.

El Gobierno británico razonó ante el Tribunal que dicha prohibición estaba justificada por la necesidad de preservar la cohesión y la moral de las fuerzas armadas, que podían verse afectadas negativamente por la presencia de homosexuales, dadas las particulares condiciones de vida de los militares. Asimismo, alegó que el Estado debía disponer de un amplio margen de discrecionalidad para valorar las medidas necesarias para la seguridad nacional. Las autoridades británicas precisaron que los interrogatorios llevados a cabo con los demandantes habían sido necesarios puesto que, en un gran número de casos, miembros de las fuerzas armadas habían fingido ser homosexuales para ser despedidos.

El Tribunal recordó que una injerencia en el derecho al respeto de la vida privada, como la indagación sobre la orientación sexual de un individuo, sólo podía estar justificada si era considerada necesaria en una sociedad democrática y si las restricciones impuestas resultaban proporcionales a los objetivos legítimos perseguidos. Pese a reconocer a las autoridades nacionales un cierto margen de interpretación al respecto, el Tribunal consideró que, tratándose de un aspecto tan íntimo de la vida privada, las restricciones en el ejercicio de este derecho únicamente podían estar justificadas por razones de muy especial importancia. En este sentido, al valorar los riesgos que podía suponer para la efectividad operacional y para la moral de las fuerzas armadas la presencia de homosexuales, el Tribunal dictaminó que el Gobierno de Londres no había presentado evidencias concretas para su demostración. Por

²⁰ Solicitudes núms. 31417/96 y 32377/96, de 27 de septiembre de 1999. Véanse igualmente las sentencias del Tribunal en los casos *Beck, Copp y Bazeley c. Reino Unido*, solicitudes núms. 48535/99, 48536/99 y 48537/99, de 22 de octubre de 2002, y *Perkins y R. c. Reino Unido*, solicitudes núms. 43208/98 y 44875/98, de 22 de octubre de 2002.

²¹ Solicitudes núms. 33985/96 y 33986/96, de 27 de septiembre de 1999. Para un análisis de estas sentencias, véase por ejemplo SMITH, R. K. M., «Lustig-Prean and Beckett v. United Kingdom, Applications 31417/96 and 32377/96. Smith and Grady v. United Kingdom, Applications 33985/96 and 33986/96», *American Journal of International Law*, vol. 94, 2000, núm. 2, pp. 382-386.

ello, concluyó que tanto las investigaciones realizadas sobre las preferencias sexuales de los demandantes, como el despido motivado únicamente por la homosexualidad de estas personas, violaban el derecho al respeto de la vida privada reconocido en el art. 8 CEDH.

Las sentencias sobre la prohibición de homosexuales en las fuerzas armadas representaron, en parte, un reflejo de la creciente aceptación social en los países miembros del Consejo de Europa de la homosexualidad, y de la consiguiente adaptación del Tribunal de Estrasburgo a los constantes cambios sociales. Fueron estos cambios de actitud los que condicionaron una visión más restrictiva por parte del Tribunal sobre el margen de discrecionalidad del Estado para determinar si las restricciones sobre la homosexualidad eran necesarias en una sociedad democrática. A raíz de estas sentencias, el 12 de enero de 2000, el Secretario de Defensa británico anunció que, con efecto inmediato, la orientación sexual dejaba de ser un impedimento para servir en las fuerzas armadas del Reino Unido²².

Cabe destacar que, al refutar el argumento de las autoridades británicas sobre las actitudes de rechazo en el seno de las fuerzas armadas que podía generar la presencia de homosexuales, el Tribunal declaró que, en la medida en que reflejaban prejuicios de la mayoría heterosexual sobre la minoría homosexual, estas actitudes negativas no podían justificar un trato discriminatorio, del mismo modo que no podían ser justificadas «las actitudes negativas similares hacia las personas de distinta raza, origen o color»²³. Por consiguiente, el Tribunal estableció una analogía clara entre la discriminación étnico-racial, ampliamente condenada por el Derecho internacional de los derechos humanos, y los prejuicios basados en la orientación sexual del individuo²⁴.

3.2. El derecho a la vida familiar de los homosexuales

Durante cerca de dos décadas tras la sentencia *Dudgeon*, los órganos de Estrasburgo estimaron que los derechos de los homosexuales quedaban limitados a un contenido exclusivamente sexual, confinado al derecho de mantener relaciones sexuales con personas del mismo sexo. Por ello, rechazaron reconocer a estas personas el derecho al respeto de la vida familiar garantizado por el Convenio. En otras palabras, «*pour la Cour et la Commission, les problèmes des minorités sexuelles ne peuvent relever que du domaine de la vie privée, et non pas du domaine de la vie familiale*»²⁵.

²² DALVI, S., «Homosexuality and the European Court of Human Rights: Recent Judgments Against the United Kingdom and Their Impact on Other Signatories to the European Convention on Human Rights», *Florida Journal of Law Public Policy*, vol. 15, 2004, pp. 467-524.

²³ *Lustig-Prean and Beckett c. Reino Unido*, párr. 90; *Smith and Grady c. Reino Unido*, párr. 97.

²⁴ WINTEMUTE, R., «Strasbourg to the Rescue? Same-Sex Partners and Parents Under the European Convention» en WINTEMUTE, R., y ANDENAES, M. (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: a Study of National, European and International Law*, Portland, Hart Publishing, 2001, pp. 713-729.

²⁵ SPIRY, E., *op. cit.*, nota 5.

Cabe recordar que el Convenio hace mención expresa a la familia en dos de sus artículos. Por un lado, en el art. 8 CEDH la vida familiar es contemplada como una esfera colateral a la vida privada, un espacio en principio libre de la intervención estatal en el que cada individuo organiza su vida privada y familiar de manera autónoma. Por otro lado, en el art. 12 CEDH relativo al derecho a contraer matrimonio, la familia se halla vinculada a la institución del matrimonio, protegida por el Estado²⁶. A pesar de que el Tribunal ha interpretado tradicionalmente el derecho a contraer matrimonio como un derecho reservado a las parejas de sexo opuesto, este órgano jurisdiccional ha adoptado desde finales de los noventa un enfoque evolutivo a la hora de proteger el derecho al respeto de la vida familiar de homosexuales, bisexuales y transexuales, libre de las injerencias de las autoridades estatales.

3.2.1. Custodia y adopción

La primera ocasión en la que el Tribunal juzgó que una diferencia de trato basada en la orientación sexual del individuo violaba la prohibición de trato discriminatorio del art. 14 CEDH, en relación con el derecho al respeto de la vida privada y familiar, fue en la sentencia *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*²⁷. Éste era el caso de un homosexual que, tras divorciarse de su mujer e iniciar una relación afectiva con otro hombre, se vio privado de la custodia de su hija por razón de su orientación sexual. Pese a que la custodia le había sido otorgada por el Juzgado de Familia, el Tribunal de Apelación de Lisboa invalidó la decisión judicial anterior y le devolvió la autoridad parental a su exmujer. En su sentencia, el Tribunal de Apelación confió la custodia a la madre tras juzgar que la homosexualidad del demandante era una «anormalidad» a la sombra de la cual no debía crecer un menor.

El demandante alegó ante el Tribunal ser víctima de una intromisión injustificada en su vida privada y familiar, así como de un trato discriminatorio contrario al Convenio. El Tribunal reconoció en su sentencia que el juez nacional había interferido en la vida familiar del demandante al otorgar la custodia a la madre, pero que lo había hecho persiguiendo un fin legítimo, a saber, la protección de los intereses de la menor. Sin embargo, constató que esta decisión judicial introdujo como factor decisivo el hecho de que el padre fuera homosexual. Por ello, falló que se había producido una diferencia de trato no proporcional con el objetivo perseguido, considerada pues como discriminatoria, «basada en la orientación sexual del demandante, un concepto sin duda cubierto por el art. 14 del Convenio»²⁸. Al juzgar que se

²⁶ GRIGOLO, M., «Sexualities and the ECHR: Introducing the Universal Sexual Legal Subject», *European Journal of International Law*, vol. 14, 2003, núm. 5, pp. 1023-1044.

²⁷ Solicitud núm. 33290/96, de 21 de diciembre de 1999.

²⁸ *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, párr. 28. Esta amplia interpretación de la cláusula antidiscriminatoria del Convenio para incluir la discriminación por motivo de orientación sexual es similar a la realizada por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas unos años antes en el asunto *Toonen c. Australia* (Comunicación de 4 de abril de 1994, núm. 488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992). En

había violado el art. 8 CEDH, en combinación con el art. 14 CEDH, el Tribunal mandó un fuerte mensaje a todos los países miembros del Consejo de Europa, según el cual un gran número de discriminaciones por razón de preferencia sexual dejaban de ser tolerables a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos²⁹.

Sin embargo, el caso *Salgueiro* se vio seguido en el año 2002 por la sentencia en *Fretté c. Francia*³⁰, en la que el Tribunal no encontró violación del Convenio en la denegación del derecho de un hombre homosexual a adoptar. En este asunto, el solicitante se había visto privado por los tribunales franceses del derecho de adopción, debido a que su «estilo de vida» no garantizaba que pudiera proporcionar a un menor un entorno familiar, educativo y psicológico adecuado. Por ello, se dirigió al Tribunal para alegar que la negativa a poder adoptar le había sido impuesta de manera discriminatoria por su tendencia sexual, y que tal denegación constituía una intromisión injustificada en el derecho al respeto de su vida privada y familiar.

Puesto que la orientación sexual del demandante parecía ser la única razón por la cual le había sido denegada la posibilidad de adoptar, el Tribunal razonó que las autoridades francesas habían vulnerado la igualdad de trato recogida en el art. 14 CEDH, en combinación con el art. 8 CEDH. Aun así, consideró que las decisiones judiciales que denegaban al demandante la autorización para adoptar perseguían el objetivo legítimo de proteger los intereses del menor en adopción. Asimismo, el Tribunal constató la ausencia de un consenso tanto en la comunidad científica como en la legislación de los países miembros del Consejo de Europa sobre las posibles consecuencias para un menor de ser educado por padres homosexuales. Por ello, reconoció un amplio margen de apreciación a las autoridades nacionales para decidir que el derecho a adoptar del demandante quedaba supeditado al interés superior del menor. En consecuencia, el Tribunal decidió que no había sido violado el Convenio, al tratarse de una diferencia de trato justificada por el objetivo legítimo y por la proporcionalidad de las decisiones judiciales francesas³¹.

este caso, dicho órgano había afirmado que la referencia a la discriminación por razón de sexo recogida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos cubría igualmente las discriminaciones basadas en la preferencia sexual del individuo.

²⁹ HELFER, L. R., «Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal. App. No. 33290/96; A. D. T. v. United Kingdom. App. No. 35765/97», *The American Journal of International Law*, vol. 95, 2001, núm. 2, pp. 422-430. En relación con este caso, resulta interesante examinar la sentencia en *P. V. c. España*, solicitud núm. 35159/09, de 30 de noviembre de 2010. En este caso, el Tribunal estableció que las restricciones impuestas por el juez nacional a un padre transexual para ponerse en contacto con su hijo no constituían una violación del art. 14 CEDH en conjunción con el art. 8 CEDH. Al respecto, el Tribunal estimó que tal restricción no respondía a la identidad sexual del demandante sino al interés superior del niño, habida cuenta de la inestabilidad emocional que podía comportarle el proceso de reasignación de género del padre transexual.

³⁰ Solicitud núm. 36515/97, de 26 de febrero de 2002.

³¹ Para un análisis crítico de esta sentencia, véase STONE, T. W., «Margin of Appreciation Gone Awry: The European Court of Human Rights' Implicit Use of the Precautionary Principle in *Frette v. France* to Backtrack on Protection from Discrimination on the Basis of Sexual Orientation», *Connecticut Public Interest Law Journal*, Paper 9, 2003.

Tras analizar las sentencias en los casos *Salgueiro* y *Fretté* parece justo afirmar, tal y como lo hace el juez andorrano del Tribunal de Estrasburgo, Josep Casadevall, que el respeto de la vida familiar protegido por el art. 8 CEDH no garantizaba a la sazón el derecho a la adopción ni al simple deseo de fundar una familia, sino que presuponía la existencia de una familia³². De este modo, «*we are then left with the conclusion that the Convention protects the “family life” of homosexuals only in relation to their biological children*»³³.

Esta interpretación del Convenio se ha visto no obstante modificada en el año 2008 por el fallo del Tribunal en *E. B. c. Francia*³⁴, en el cual condenó a Francia por denegar una solicitud de adopción por motivo de orientación sexual. En este caso, la demandante había iniciado el procedimiento para adoptar a un menor, sin ocultar a los servicios de adopción que vivía de manera estable con su pareja del mismo sexo. El órgano encargado de revisar las solicitudes de adopción rechazó la petición de la solicitante, puesto que los informes psicológicos indicaban que la falta de imagen paterna perjudicaría al menor. Ante la alegación de la demandante de que la inadmisibilidad de su solicitud de adopción era debida a su orientación sexual, los diferentes tribunales nacionales estimaron que la decisión de las autoridades había sido tomada únicamente sobre la base del interés del menor en adopción.

Al conocer del caso, el Tribunal reiteró que el art. 8 CEDH no garantiza el derecho a fundar una familia o a adoptar. Aun así, reconoció por un lado que, puesto que el ordenamiento jurídico francés autorizaba a las personas solteras a adoptar a título individual, las autoridades no podían aplicar dicha autorización de manera discriminatoria. Por otro lado, a pesar de que las autoridades sostuvieran que habían negado el derecho a adoptar únicamente teniendo en cuenta los intereses del menor, y rechazaran que la decisión se hubiera basado en la orientación sexual de la solicitante, el Tribunal constató que en diferentes estadios del proceso de adopción se había hecho referencia al «estilo de vida» de la demandante.

Por todo ello, el Tribunal consideró que el argumento utilizado por las autoridades sobre la ausencia de referente paterno podía haber servido como pretexto para rechazar la petición por motivo de orientación sexual, al estar legalmente prevista la adopción por una sola persona en el ordenamiento jurídico francés. De este modo, los jueces de Estrasburgo llegaron a la conclusión de que las referencias implícitas a la homosexualidad de la demandante habían jugado un papel decisivo en la denegación de la autorización para adoptar. Por consiguiente, el Tribunal estimó que se había producido una diferencia de trato discriminatoria basada en la orientación sexual de la deman-

³² CASADEVALL MEDRANO, J., *El Conveni europeu de drets humans, el Tribunal d'Estrasburg i la seva jurisprudència*, Barcelona, Bosch, 2007.

³³ GRIGOLO, M., *op. cit.*, nota 26, p. 1037.

³⁴ Solicitud núm. 43546/02, de 22 de enero de 2008. Para un comentario sobre esta sentencia, véase MARCOS MARTÍN, T., «La adopción por parte de persona homosexual y su relación con el derecho a la vida familiar y la no discriminación por razón de sexo. Comentario a la sentencia del TEDH de 22 de enero de 2008», *Revista General de Derecho Europeo*, 2008, núm. 18.

dante no aceptable bajo el Convenio. Como resultado, declaró que se había producido una violación del art. 14 CEDH en conjunción con el art. 8 CEDH.

Ésta constituyó la primera sentencia del Tribunal en la que se condenaba a un país por discriminar a una persona homosexual en un proceso de adopción. Es notable, pues, la evolución en la jurisprudencia del Tribunal que supone *E. B. c. Francia* respecto de la sentencia *Fretté*, en la que sólo unos años antes los jueces de Estrasburgo habían reconocido un amplio margen de apreciación a las autoridades del mismo país en un caso de muy similares características³⁵.

3.2.2. Parejas del mismo sexo

Gais y lesbianas se han visto tradicionalmente privados de tener una «vida de familia» formalmente reconocida bajo el Convenio³⁶. Al estar generalmente excluidas del derecho a contraer matrimonio previsto en el art. 12 CEDH, las personas homosexuales únicamente pueden aspirar a tener el mismo reconocimiento que las parejas heterosexuales no casadas. Sin embargo, puesto que los derechos de las parejas no casadas de sexo opuesto todavía gozan de escasa protección por parte del Tribunal de Estrasburgo³⁷, la situación de las parejas homosexuales bajo el Convenio resulta todavía precaria.

Hasta el año 2003, el Tribunal no juzgó que el trato diferencial recibido por las parejas estables homosexuales en algunos países del Consejo de Europa violase las disposiciones del Convenio. Así, en *X e Y c. Reino Unido*³⁸ la Comisión Europea de Derechos Humanos declaró inadmisibile una solicitud sobre la deportación de un hombre de nacionalidad malasia que se encontraba en una relación afectiva homosexual estable con un ciudadano británico. En su decisión, la Comisión estimó que, a pesar de la reciente evolución de las actitudes hacia la homosexualidad, la relación del demandante no se encontraba dentro de la esfera de la vida familiar protegida por el art. 8 CEDH. Por el contrario, argumentó que el caso afectaba únicamente al derecho a la

³⁵ Sin embargo, en la reciente sentencia *Gas y Dubois c. Francia*, solicitud núm. 25951/07, de 15 de marzo de 2012, el Tribunal consideró que al denegar a una mujer lesbiana la petición de adopción simple de una hija de su pareja, las autoridades francesas no habían infringido el art. 14 CEDH en combinación con el art. 8 CEDH. En este caso, los jueces de Estrasburgo arguyeron que no existía diferencia de trato basada en la orientación sexual de las demandantes, puesto que las parejas de hecho heterosexuales tampoco podían ver aprobadas sus peticiones similares de adopción simple.

³⁶ SANZ CABALLERO, S., «Unmarried Cohabiting Couples Before the European Court of Human Rights: Parity with Marriage?», *Columbia Journal of European Law*, vol. 11, 2004-2005, pp. 151-166.

³⁷ Véanse por ejemplo las decisiones de inadmisibilidad del Tribunal en los casos *Quintana Zapata c. España*, solicitud núm. 34617/97, de 4 de marzo de 1998, y *Shackell c. Reino Unido*, solicitud núm. 45851/99, de 27 de abril de 2000.

³⁸ *X e Y c. Reino Unido*, solicitud núm. 9369/81, de 3 de mayo de 1983. Véanse igualmente las declaraciones de inadmisibilidad de la Comisión en los casos *W. J. c. Reino Unido*, núm. 12513/86, de 13 de julio de 1987; *C. y L. M. c. Reino Unido*, núm. 14753/89, de 9 de octubre de 1989; *Simpson c. Reino Unido*, solicitud núm. 11716/85, de 14 de mayo de 1986; *Kerkhoven y Hinke c. Países Bajos*, solicitud núm. 15666/89, de 19 de mayo de 1992; *Rööslí c. Alemania*, solicitud núm. 28318/95, de 15 de mayo de 1996; y la decisión de inadmisibilidad del Tribunal en el caso *Mata Estévez c. España*, solicitud núm. 56501/00, de 10 de mayo de 2001.

vida privada, y no vio motivos para establecer que el Reino Unido hubiese violado dicho artículo al negar al demandante extranjero el derecho a permanecer en su territorio.

Este mismo razonamiento fue utilizado en las declaraciones de inadmisibilidad adoptadas por la Comisión y el Tribunal en casos similares durante los años ochenta y noventa. En estos casos, los órganos de Estrasburgo contemplaban que la vida de «marido y mujer» sólo era aplicable a las parejas heterosexuales, por lo que las relaciones homosexuales estables no se consideraban incluidas en la definición del derecho al respeto a la vida familiar recogido en el Convenio. De modo similar, estimaban que el trato diferencial positivo dispensado a las parejas heterosexuales se debía al interés legítimo de proteger la institución familiar, concebida como la relación entre personas de sexo opuesto.

Por ello, es posible señalar que tanto la Comisión como el Tribunal adoptaron durante años un enfoque restrictivo hacia la protección ofrecida a las parejas homosexuales, en comparación con la protección que garantizaban a las relaciones heterosexuales tradicionales. En efecto, ambos órganos rechazaron en múltiples ocasiones la idea según la cual las parejas del mismo sexo constituían una unidad familiar, y estimaron que las relaciones estables homosexuales pertenecían en exclusiva al ámbito de la vida privada y no familiar. Ello permitía en consecuencia que los países miembros del Consejo de Europa trataran a estas parejas menos favorablemente que a las formadas por personas de sexo opuesto.

Sin embargo, el Tribunal ha desarrollado en los últimos años una incipiente jurisprudencia tendente al progresivo reconocimiento del derecho de las parejas del mismo sexo al respeto de la vida familiar. En esta línea, la sentencia en el caso *Karner c. Austria*³⁹, adoptada en julio de 2003, produjo un giro en la jurisprudencia del Tribunal, al asimilar por primera vez a una pareja heterosexual y a una homosexual a efectos de subrogar un contrato de alquiler. En este caso, el solicitante había vivido con su compañero sentimental durante varios años compartiendo los gastos de su vivienda en alquiler, hasta el momento de la muerte de este último. El propietario inició entonces los trámites para poner fin al contrato de alquiler que había sido firmado por el fallecido, pero el demandante solicitó continuar viviendo en el piso, en virtud de las disposiciones legales que permitían la subrogación de un contrato de alquiler por parte de los miembros de la familia. Pese a haberle sido reconocido por la Audiencia Provincial, este derecho le fue finalmente denegado por el Tribunal Supremo, el cual consideró que la legislación austriaca no contemplaba que la noción de pareja incluyese igualmente las uniones homosexuales.

En su sentencia, el Tribunal recordó que las diferencias de trato basadas en la inclinación sexual requerían razones de especial relevancia para poder estar justificadas. En este sentido, juzgó legítimo el objetivo defendido por el

³⁹ Solicitud núm. 40016/98, de 24 de julio de 2003. Véase igualmente la sentencia en el caso *Kozak c. Polonia*, solicitud núm. 13102/02, de 2 de marzo de 2010.

Gobierno austriaco de proteger la unidad familiar tradicional. El Tribunal, no obstante, calificó la medida de desproporcionada, puesto que no se había demostrado suficientemente que la exclusión de los homosexuales de la legislación mencionada pudiera ayudar a la consecución de la finalidad perseguida. Por consiguiente, consideró que las autoridades austriacas habían sobrepasado su margen de discrecionalidad y que, de este modo, habían infringido el art. 14 CEDH, en relación con el art. 8 CEDH. Sin embargo, la sentencia dejó abierta la cuestión sobre si las relaciones afectivas entre personas del mismo sexo estaban protegidas bajo el derecho al respeto de la vida familiar o únicamente de la vida privada, tal y como había fijado hasta entonces la jurisprudencia de Estrasburgo.

A pesar de la inflexión jurisprudencial que supuso la sentencia *Karner*, en la decisión de inadmisibilidad en el caso *M. W. c. Reino Unido*⁴⁰, el Tribunal rechazó reconocer el derecho de una persona homosexual al cobro de la prima por fallecimiento tras la muerte de su pareja en 2001. Dicha prestación estaba prevista en el ordenamiento jurídico británico únicamente para los miembros de un matrimonio legalmente establecido y, desde el año 2005, de una unión civil registrada. El demandante había alegado ante el Tribunal que la denegación de la prima por defunción a las parejas del mismo sexo, que se veían a la sazón imposibilitadas a la hora de reconocer formalmente su relación, comportaba la violación del art. 14 CEDH en conjunción con el art. 8 CEDH y con el art. 1 del Protocolo núm. 1 del Convenio, relativo al derecho a la propiedad.

El solicitante había defendido que su situación no podía ser equiparable a aquella de una pareja heterosexual no casada puesto que, a diferencia de ésta, había resultado imposible para él y su compañero obtener reconocimiento legal de su relación. Sin embargo, en su declaración de inadmisibilidad, el Tribunal reconoció el margen de apreciación de las autoridades británicas al considerar que la situación del demandante y de su pareja no era análoga a la de una pareja casada, por lo que no se había producido un trato discriminatorio. En este sentido, el Tribunal apreció que no existía un «suficiente consenso entre las Partes Contratantes del Convenio sobre el reconocimiento formal de las parejas del mismo sexo que pudiera haber limitado significativamente el margen de apreciación del Reino Unido al respecto»⁴¹.

De modo más reciente, el Tribunal ha mantenido en la sentencia *Schalk y Kopf c. Austria*⁴² que los Estados partes del Convenio son libres de decidir si las parejas homosexuales pueden contraer legalmente matrimonio. En este caso, los demandantes habían sostenido ante las autoridades nacionales que la imposibilidad legal de contraer matrimonio para las parejas del mis-

⁴⁰ Solicitude núm. 11313/02, de 23 de junio de 2009. Véase igualmente la decisión de inadmisibilidad del Tribunal en el caso *Courten c. Reino Unido*, solicitud núm. 4479/06, de 4 de noviembre de 2008.

⁴¹ *M. W. c. Reino Unido*.

⁴² Solicitude núm. 30141/04, de 24 de junio de 2010. Véase igualmente la sentencia en el caso *P. B. y J. S. c. Austria*, solicitud núm. 18982/02, de 22 de julio de 2010.

mo sexo constituía una violación del derecho a la vida privada y familiar así como del principio de no discriminación, e infringía igualmente el derecho a contraer matrimonio reconocido en el art. 12 CEDH.

En relación con el derecho a casarse alegado por los demandantes, el Tribunal insistió que, a pesar de los significativos cambios sociales que había experimentado la institución del matrimonio desde la adopción del Convenio, todavía no existía un consenso europeo en materia de matrimonio homosexual. Sin embargo, el Tribunal declaró que «no continuaría considerando que el derecho a casarse recogido en el art. 12 debe limitarse bajo toda circunstancia al matrimonio entre dos personas de sexo opuesto [...]. La cuestión sobre si está o no permitido el matrimonio entre personas del mismo sexo queda sujeta a la legislación nacional de los Estados Contratantes»⁴³. Como resultado, el Tribunal reconoció el margen de apreciación de las autoridades nacionales para fijar las condiciones de acceso al matrimonio en sus respectivos ordenamientos jurídicos. Por ello, tras considerar que el art. 12 CEDH no impone una obligación a los Estados de reconocer a una pareja homosexual el derecho a casarse, el Tribunal estimó que no se había producido una violación de dicho artículo.

Es importante apuntar que, a diferencia de la sentencia *Karner*, en el caso *Schalk* el Tribunal entró a examinar si las parejas estables del mismo sexo podían entenderse incluidas dentro del ámbito no sólo del derecho al respeto de la vida privada sino también de la vida familiar reconocido por el art. 8 CEDH. Al respecto, el fallo consideró que «la relación de los demandantes, una pareja del mismo sexo viviendo en una relación estable de facto, está comprendida dentro de la noción de “vida familiar”, del mismo modo que lo haría una relación de una pareja de sexo opuesto en la misma situación»⁴⁴. Semejante pronunciamiento del Tribunal supuso una notable evolución de su jurisprudencia, hasta entonces reacia a considerar las relaciones afectivas entre personas homosexuales como parte de la vida familiar del individuo⁴⁵.

⁴³ *Schalk y Kopf c. Austria*, párr. 61.

⁴⁴ *Ibid.*, párr. 94.

⁴⁵ Pese a que los jueces de Estrasburgo no hicieron referencia alguna en la sentencia *Schalk y Kopf*, resulta interesante recordar aquí la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en *Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, C-267/06, de 1 de abril de 2008. En este caso, el TJCE reconoció el derecho a una pensión de viudedad al miembro superviviente de una pareja de hecho homosexual, figura considerada en el marco legislativo alemán como equiparable a un matrimonio heterosexual desde el año 2001. Esta sentencia constituyó la primera ocasión en la que el TJCE se manifestó en contra de una discriminación basada en la orientación sexual, según lo dispuesto en la *Directiva sobre igualdad de trato en el empleo y la ocupación* [Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, *Diario Oficial de la Comunidad Europea (DOCE)*, L 303 de 2 de diciembre de 2000]. En ella, el Tribunal de Luxemburgo consideró que, en aquellos países en los que constituirse en pareja de hecho equivale a casarse, el Estado debe garantizar a ambas instituciones (unión estable y matrimonio) derechos y ventajas igualmente equiparables. Sobre esta cuestión, véanse por ejemplo TOGGENBURG, G. «“LGBT” Go to Luxembourg: On the Stance of Lesbian Gay Bisexual and Transgender Rights Before the European Court of Justice», *European Law Reporter*, 2008, núm. 5, pp. 174-185; MANZANO BARRAGÁN, I., *op. cit.*, nota 4. Por otro lado, no resultan ajenos a esta evolución jurisprudencial los cambios ocurridos en los ordenamientos jurídicos de los países del Consejo de Europa en los años inmediatamente anteriores a la sentencia *Schalk*. Así, mientras que en agosto de

Las sentencias aquí examinadas parecen indicar que los futuros desarrollos de la jurisprudencia del Tribunal en materia de relaciones estables del mismo sexo serán probablemente decididos sobre la base de cada asunto particular, dependiendo de las características del caso, de los argumentos de las partes y de la necesidad percibida de proteger la familia tradicional. Sin embargo, la sentencia *Karner* permite inferir que «*le couple homosexuel, même sans se voir reconnaître la possibilité d'être concrétisé par un lien matrimonial, peut donc produire des effets juridiques*»⁴⁶. En cuanto a la incidencia de dicha sentencia en los ordenamientos internos de los países miembros del Consejo de Europa, Philippe Frumer afirma que:

*«L'arrêt Karner ne manquera pas d'avoir des répercussions sur le droit interne des autres Etats parties à la Convention, en particulier pour les Etats - dont la plupart des pays d'Europe centrale et orientale - qui ne reconnaissent encore aucun statut aux couples homosexuels [...]. Sous peine de s'exposer à des constats de violation de la part de la Cour, ces Etats seront dès lors bien inspirés d'améliorer leur législation et leur réglementation, afin de gommer de leur arsenal juridique les discriminations patentées entre couples de fait homosexuels et hétérosexuels»*⁴⁷.

Asimismo, como se ha apuntado anteriormente, cabe destacar que el Tribunal juzgó en la sentencia *Schalk* que el derecho a contraer matrimonio previsto en el art. 12 CEDH no puede en principio limitarse exclusivamente al matrimonio entre personas del mismo sexo. Podemos presumir, pues, que a medida que vaya surgiendo un consenso paneuropeo sobre el derecho de las personas del sexo opuesto a casarse, el Tribunal irá progresivamente limitando el margen de apreciación de las autoridades nacionales al respecto⁴⁸.

2004, cuando la solicitud fue presentada ante el Tribunal, tan sólo dos Estados miembros reconocían el matrimonio homosexual (Países Bajos y Bélgica), cuando los jueces de Estrasburgo emitieron su fallo el número había aumentado a seis (España, Noruega, Suecia y Portugal) y poco más tarde se sumó Islandia. Junto a estos países, un número creciente de Estados europeos había legislado a favor del reconocimiento legal de las parejas de hecho homosexuales. Del mismo modo, es posible apuntar el paulatino reconocimiento de los matrimonios homosexuales llevado a cabo por los órganos jurisdiccionales de Canadá, Sudáfrica, México y algunos estados norteamericanos. Véase al respecto HODSON, L., «A Marriage by Any Other Name? *Shalk and Kopf v Austria*», *Human Rights Law Review*, vol. 11, 2011, núm. 1, pp. 170-179.

⁴⁶ LARRALDE, J. M., *op. cit.*, nota 16, p. 52.

⁴⁷ FRUMER, P., «La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans les relations de partenariat ou de cohabitation: une question d'intérêt général devant la Cour européenne des droits de l'homme», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 15, 2004, núm. 59, p. 679.

⁴⁸ De este modo, no resulta descabellado opinar que «*the judgment thus indicates that Member States will be bound to recognise same-sex relationships in some form in the near future. Indeed, it is hard to see how family life can be fully enjoyed without some form of legal recognition being offered to those in same-sex relationships*», HODSON, L., *op. cit.*, nota 45, p. 176. Esta perspectiva es contemplada desde un enfoque crítico por autores que cuestionan la «excesiva» flexibilidad en la aplicación de la doctrina del margen de apreciación llevada a cabo por el Tribunal sobre el reconocimiento de la vida familiar de las uniones homosexuales. En esta línea, se pone en tela de juicio la «insistencia de la Corte en su facultad de modificar sus criterios, según los estándares percibidos», que puede llevar a los jueces de Estrasburgo a «expropiar el margen de apreciación de los Estados» en torno al matrimonio entre personas del mismo sexo tan pronto crean constatar una suficiente convergencia entre los países miembros del Consejo de Europa en esta materia; LAFFERRIERE, J. N., y BASSET, U. C., «Matrimonio, familia y uniones de personas del mismo sexo en la jurisprudencia de la Corte Europea», *Persona y Derecho*, 2010, núm. 63, pp. 17-18.

3.3. La discriminación en materia de libertad de reunión y de asociación

A diferencia de las sentencias hasta aquí mencionadas, relativas al derecho a la vida privada y familiar, en *Baczkowski c. Polonia*⁴⁹ el Tribunal constató la existencia de un trato discriminatorio en el ejercicio del derecho a la libertad de reunión y de asociación recogido en el art. 11 CEDH. En este caso, los demandantes eran activistas por los derechos de los homosexuales en Polonia que habían visto denegado el permiso de las autoridades municipales para organizar diversos actos públicos y manifestaciones en Varsovia, en el contexto de una campaña contra la discriminación.

El Ayuntamiento de Varsovia había denegado el permiso solicitado, aduciendo que los organizadores no habían presentado un plan de organización del tráfico necesario para la marcha. De igual modo, el consistorio argumentó que se habían recibido solicitudes para llevar a cabo contramanifestaciones que podían derivar en confrontaciones. Sin embargo, algunos de estos actos contrarios a los derechos de los homosexuales sí que fueron permitidos por los responsables municipales. Por otro lado, unos días antes de que el Ayuntamiento comunicara esta decisión, el alcalde declaró a la prensa que no estaba dispuesto a permitir que tuviera lugar la manifestación puesto que, según afirmó, la «propaganda sobre la homosexualidad» no equivalía al ejercicio de la libertad de reunión.

En su solicitud ante el Tribunal de Estrasburgo, los demandantes alegaron haber sido víctimas de una violación del derecho a la libertad de reunión y asociación, y de un trato discriminatorio. La sentencia del Tribunal enfatizó que el Estado tenía una obligación positiva de garantizar la libertad de reunión y de asociación, especialmente con los colectivos más vulnerables. Así pues, falló que al denegar el permiso de manifestarse a los demandantes se produjo una injerencia en el art. 11 CEDH no prevista en la ley. El Tribunal reconoció que la oposición expresada por el alcalde hacia la «propaganda sobre la homosexualidad» había constituido el motivo real de las autoridades para denegar el permiso para manifestarse. Por ello, concluyó que se había infringido el derecho a la libertad de reunión de manera discriminatoria, lo cual suponía una violación del art. 14 CEDH en conjunción con el art. 11 CEDH.

La jurisprudencia del Tribunal se ha visto consolidada recientemente mediante una sentencia similar en *Alekseyev c. Rusia*⁵⁰. En este caso, el demandante sostuvo ante los jueces de Estrasburgo que se había producido una violación de su derecho de reunión y asociación por parte del Ayuntamiento de Moscú al prohibir éste en 2006, 2007 y 2008 la celebración de una marcha pacífica a favor de los derechos de las minorías sexuales. Tal prohibición

⁴⁹ Solicitud núm. 1543/06, de 3 de mayo de 2007.

⁵⁰ Solicitudes núms. 4916/07, 25924/08 y 14599/09, de 21 de octubre de 2010.

había sido justificada por las autoridades locales moscovitas por motivos de moral y orden público, al considerar que tal marcha provocaría actitudes de rechazo en la población.

Como hizo en el caso *Baczkowski*, el Tribunal constató que se había producido una injerencia en el ejercicio de la libertad de reunión del demandante. Al mismo tiempo, estimó que las razones presentadas por las autoridades no se encontraban justificadas, al no resultar necesarias en una sociedad democrática y no ser proporcionales a la finalidad perseguida. Por ello, falló que se había producido una violación de la libertad de reunión y asociación, en el sentido del art. 11 CEDH, así como una violación del art. 14 CEDH en conjunción con el art. 11 CEDH. El Tribunal recordó que, a pesar de que no existe un consenso europeo en determinadas cuestiones relacionadas con el tratamiento de las minorías sexuales, los Estados partes del Convenio tienen la obligación de reconocer el derecho de gays, lesbianas, bisexuales y transexuales de defender sus derechos y libertades, en particular mediante el ejercicio de su libertad de reunión⁵¹.

4. EL AVANCE DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS TRANSEXUALES

En relación con los derechos de las personas transgénero, se han planteado ante el Tribunal dos cuestiones principales. Por un lado, el reconocimiento jurídico del cambio de género tras la operación de reasignación sexual y, por otro lado, el derecho de las personas transexuales a contraer matrimonio y fundar una familia. Sobre ambas cuestiones, la jurisprudencia del Tribunal ha seguido una evolución paralela a la realidad social de los países miembros del Consejo de Europa⁵². En un primer momento, el Tribunal había fallado tradicionalmente en contra de solicitudes presentadas por transexuales que alegaban ser víctimas de una violación del derecho al respeto de la vida privada y familiar, reconociendo a los Estados un amplio margen de apreciación del Convenio. Sin embargo, desde el año 2002 la jurisprudencia del Tribunal ha avanzado de modo notable para salvaguardar el derecho de los transexuales al reconocimiento legal de su identidad de género y a contraer matrimonio.

⁵¹ Sobre el encaje de esta sentencia en la jurisprudencia del Tribunal, véase JOHNSON, P., «Homosexuality, Freedom of Assembly and the Margin of Appreciation Doctrine of the European Court of Human Rights: *Alekseyev v Russia*», *Human Rights Law Review*, vol. 11, 2011, núm. 3, pp. 578-593.

⁵² CASADEVALL MEDRANO, J., *op. cit.*, nota 32. Para un análisis detallado de la jurisprudencia del Tribunal en materia de transexualidad, véanse por ejemplo GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V., «El matrimonio del transexual. (I) Planteamiento y análisis jurisprudencial», *Revista de Derecho Privado*, julio de 2002, pp. 517-569; NAVARRO BATISTA, N., «Los transexuales en la jurisprudencia europea: comentario al asunto K. B. (sentencia del TJCE de 7 de enero de 2004, as. C-117/01)», *Revista General de Derecho Europeo*, 2004, núm. 4; ARROYO I AMAYUELAS, E., «Sexo, identidad de género y transexualidad», en NAVAS NAVARRO, S. (dir.), *Matrimonio homosexual y adopción. Perspectiva nacional e internacional*, Madrid, Editorial Reus, 2006, pp. 113-189.

4.1. El reconocimiento legal de la identidad de género

Las primeras sentencias en las que el Tribunal se pronunció sobre los derechos de las personas transgénero fueron *Rees c. Reino Unido*⁵³ y *Cossey c. Reino Unido*⁵⁴ adoptadas en 1986 y 1990, respectivamente⁵⁵. En ambos asuntos, los demandantes habían solicitado la rectificación de la inscripción registral para reflejar su nueva identidad sexual. Sin embargo, los jueces de Estrasburgo estimaron que la negativa de las autoridades británicas a modificar el registro civil para los transexuales que lo solicitaran no podía considerarse como una injerencia del Estado en la vida privada del individuo. Con el fin de justificar semejante posicionamiento, el Tribunal constató la ausencia de un consenso en la comunidad científica y en los ordenamientos jurídicos de los países del Consejo de Europa sobre el estatus legal de los transexuales. Por consiguiente, se creyó obligado a actuar con prudencia en dicha materia, y reconoció un amplio margen de apreciación a las autoridades nacionales⁵⁶.

Sin embargo, en el año 2002 las sentencias en los casos *Christine Goodwin c. Reino Unido*⁵⁷ e *I. c. Reino Unido*⁵⁸ produjeron un importante vuelco en la jurisprudencia del Tribunal en la materia. En ellas, el Tribunal consideró que la negativa de las autoridades británicas a reconocer legalmente la nueva identidad sexual de las solicitantes, así como a cambiar sus documentos de identidad para adecuarlos a su nueva condición transgénero, representaba una intromisión injustificada en su vida privada y, en consecuencia, una violación del art. 8 CEDH.

En el caso *Goodwin*, la demandante era una persona transexual que, pese a vivir en sociedad como mujer, continuaba siendo considerada como hombre a efectos legales. Esto se debía a que los certificados de nacimiento en el Reino Unido estaban basados únicamente en criterios biológicos y no podían

⁵³ Solicitud núm. 9532/81, de 17 de octubre de 1986.

⁵⁴ Solicitud núm. 10843/84, de 27 de septiembre de 1990. Véanse igualmente las sentencias en los casos *X, Y y Z c. Reino Unido*, núm. 21830/93, de 22 de abril de 1997; y *Sheffield y Horsham c. Reino Unido*, núms. 22985/93 y 23390/94, de 30 de julio de 1998.

⁵⁵ El primer asunto planteado ante el Tribunal en materia de transexualidad se produjo en *Van Oosterwijck c. Bélgica*, solicitud núm. 7654/76, de 6 de noviembre de 1980. En este caso, el demandante había solicitado sin éxito la rectificación de las actas del registro civil, tras haberse sometido a tratamiento hormonal y a una operación de reasignación sexual. Por ello, alegó ante el Tribunal que la negativa de las autoridades belgas a rectificar su inscripción de nacimiento atentaba contra su vida privada y le impedía casarse y fundar una familia. El Tribunal denegó, no obstante, la petición al considerar que el litigante no había previamente agotado las vías jurisdiccionales internas, por lo que no entró a conocer el fondo del asunto.

⁵⁶ Aun así, en el caso *B. c. Francia*, solicitud núm. 13343/87, de 25 de marzo de 1992, el Tribunal estimó que el Estado francés debía permitir a las personas transexuales el reconocimiento de su nueva identidad de género en documentos de uso diario tales como el carné de identidad, el carné de conducir o el número de la seguridad social.

⁵⁷ Solicitud núm. 28957/95, de 11 de julio de 2002.

⁵⁸ Solicitud núm. 25680/94, de 11 de julio de 2002. Véanse igualmente las sentencias en los casos *Grant c. Reino Unido*, solicitud núm. 32570/03, de 23 de mayo de 2006; y *L. c. Lituania*, solicitud núm. 27527/03, de 11 de septiembre de 2007.

ser modificados tras la operación de reasignación de sexo. La demandante alegó ante el Tribunal que la falta de reconocimiento legal de su nueva identidad de género le había supuesto graves inconvenientes en ámbitos como su entorno laboral, la cotización a la seguridad social y el cobro de pensiones. Además, puesto que el matrimonio entre personas del mismo sexo no estaba permitido en el Reino Unido, había conllevado igualmente la imposibilidad de contraer matrimonio con una persona del sexo opuesto al de su nueva identidad sexual. De modo similar, en *I. c. Reino Unido* la demandante alegó que no le había resultado posible realizar estudios ni solicitar trabajo sin verse obligada a revelar su anterior identidad de género, al ser necesario presentar en estos supuestos el certificado de nacimiento. Por ello, arguyó que la continuidad del estatus legal de su identidad previa a la operación de reasignación sexual violaba el derecho al respeto de su vida privada.

Alejándose de su jurisprudencia anterior, el Tribunal no encontró en estos casos evidencia de que el cambio en el registro de nacimientos para reflejar la nueva identidad de género postoperatoria pudiera perjudicar a terceros. Los inconvenientes que podían surgir con el pleno reconocimiento legal de los transexuales en ámbitos como el registro civil, el sistema de seguridad social o el Derecho de familia, se veían claramente sobrepasados, según la nueva interpretación del Tribunal, por la necesidad de que estas personas pudieran vivir en dignidad y de acuerdo con su nueva identidad. Por otro lado, estimó que cuando un Estado autorizaba e incluso financiaba el tratamiento y la operación de reasignación sexual, «parecía ilógico que rechazara reconocer las implicaciones legales del resultado del tratamiento»⁵⁹, incluyendo la rectificación del sexo en los documentos de identificación personal.

Como resultado, el Tribunal concluyó que el Gobierno británico ya no podía escudarse en su margen de apreciación para seguir manteniendo a los transexuales en una situación anómala, y consideró que se había producido una violación del derecho a la vida privada contemplado en el art. 8 CEDH. De este modo, el Tribunal adoptó una interpretación dinámica del Convenio, tras constatar la existencia de «evidencia clara e incontestable de una tendencia internacional continua a favor no sólo de mayor aceptación social de los transexuales sino igualmente del reconocimiento legal de la nueva identidad sexual postoperatoria»⁶⁰. De ello se desprende que la interpretación evolutiva del Tribunal no se limitó a los desarrollos producidos en el seno del Consejo de Europa. Antes bien, centró su atención en las condiciones cambiantes a escala global, para integrar en su valoración «todos los argumentos favorables a las pretensiones individuales producidos en otros Estados, cualquiera que sea su ámbito geográfico»⁶¹. De este modo, tuvo en cuenta en su decisión

⁵⁹ *Goodwin c. Reino Unido*, párr. 78.

⁶⁰ *Ibid.*, párr. 85.

⁶¹ GONZÁLEZ VEGA, J. A., 2004, *op. cit.*, nota 11, p. 178. Según este mismo autor, en la sentencia *Goodwin* el Tribunal no «privilegia la idea del consenso europeo —aún formalmente inexistente en esta materia— sino más bien la incontestable “tendencia internacional continuada” en pos del reconocimiento jurídico de la nueva identidad sexual». De este modo, «está por ver cómo encaja este nuevo

los avances en los ordenamientos jurídicos de países como Australia, Canadá, Israel y Nueva Zelanda, para llevar a cabo una interpretación expansiva del art. 8 CEDH⁶².

La trascendencia de estas sentencias, puestas en perspectiva en relación con la jurisprudencia anterior del Tribunal, queda claramente resumida en las siguientes palabras:

«En *Goodwin e I* [el Tribunal Europeo de Derechos Humanos] parece haber preferido cambiar su papel, tachado de conservador hasta entonces, por el de locomotora que arrastre con su impulso los vagones de los Estados más tradicionales dentro de la organización del Consejo de Europa. En *Goodwin e I* el TEDH admite que aún no existe una opinión unánime en los Estados partes en el CEDH hacia el reconocimiento de todos los derechos que reclaman los transexuales [...] estamos lejos de haber alcanzado un grado de consenso mínimamente generalizado. Y, pese a ello, el TEDH se ha erigido con estos dos fallos en adalid de la causa de los transexuales»⁶³.

En ambas sentencias, cobró igualmente especial relevancia el concepto de «autonomía personal» entendida como el derecho de cada individuo a escoger su propia identidad, incluyendo la sexual. Esta noción apareció nuevamente en la sentencia *Van Kück c. Alemania*⁶⁴ del año 2003. En este caso, la demandante era una transexual que había denunciado la negativa de su compañía de seguro médico a reembolsarle gastos asociados a la operación de reasignación de sexo. La decisión de la compañía aseguradora había sido respetada por los tribunales alemanes, los cuales consideraron que dicha intervención quirúrgica no constituía un tratamiento médico necesario y que la demandante debía haber seguido previamente un tratamiento intensivo de psicoterapia.

concepto en la dinámica interpretativa del Tribunal, articulada tradicionalmente sobre la interacción entre consenso europeo y margen de apreciación de los Estados, pues hasta ahora la operatividad de esta herramienta de autocontrol judicial acuñada por el TEDH se ha vinculado con la inexistencia de un consenso europeo en la materia de que se trate», *ibid.*, pp. 178-179.

⁶² En su constatación sobre la «tendencia internacional» hacia el progresivo reconocimiento de los derechos de las personas transexuales, el Tribunal se hizo igualmente eco de la sentencia adoptada por el TJCE en *P. c. S. y Cornwall County Council*, C-13/94, de 30 de abril de 1996. En ella, el Tribunal de Luxemburgo había juzgado que el despido de una persona transexual a raíz de su cambio de sexo era contrario a la *Directiva sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en el ámbito laboral* (Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, DOCE, L 39 de 14 de febrero de 1976). En este sentido, estimó que cuando una persona era despedida por someterse a una operación de reasignación de sexo, recibía un trato desfavorable frente a las personas del sexo al que se consideraba que pertenecía antes de la operación, lo cual violaba las disposiciones relativas a la prohibición de discriminación por razón de sexo de la Directiva en cuestión. Sin embargo, es posible sostener que el Tribunal fue particularmente lento en su adaptación al progreso experimentado en los Estados partes del Convenio en materia de reconocimiento del estatus legal de los transexuales. Ya en 1989, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa había adoptado la *Recomendación 1117 (1989) sobre la condición de los transexuales*, en la cual instaba a los países miembros a reconocer legalmente la identidad de las personas transgénero.

⁶³ SANZ CABALLERO, S., «A propósito de las sentencias *Goodwin e I* o el debate sobre el matrimonio de transexuales ante el TEDH», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 55, 2003, núm. 1, p. 311.

⁶⁴ Solicitudes núm. 35968/97, de 12 de junio de 2003. Véase igualmente la sentencia en el caso *Schlumpf c. Suiza*, solicitud núm. 29002/06, de 8 de enero de 2009.

Tales posicionamientos llevaron a la demandante a alegar ante los jueces de Estrasburgo que se había producido una injerencia arbitraria en su vida privada, así como un trato discriminatorio basado en su condición psicológica. El Tribunal juzgó al respecto que, puesto que la identidad de género es uno de los aspectos más íntimos de la vida privada de una persona, era desproporcionado exigir que la solicitante diera pruebas de la necesidad médica de la operación de reasignación de sexo. Por ello, determinó que no se había encontrado un equilibrio justo entre los intereses de la compañía aseguradora, de un lado, y los intereses del individuo, del otro. Asimismo, consideró que los tribunales nacionales no habían respetado la voluntad de la demandante de definir libremente su identidad de género. Como resultado, el Tribunal declaró que se había violado el art. 8 CEDH.

Al examinar estas sentencias, cabe destacar el papel que jugó la «tendencia internacional» detectada por el Tribunal hacia el progresivo reconocimiento de la nueva identidad sexual de los transexuales, que permitió el giro producido en la jurisprudencia sobre el estatus legal postoperatorio de estas personas. En efecto, el Tribunal razonó que la transexualidad era ampliamente reconocida como una condición médica, y que existía en toda Europa un consenso emergente no sólo sobre la aceptación social de los transexuales, sino también a favor de los derechos de este colectivo⁶⁵.

Asimismo, las sentencias en los casos *Goodwin* e *I* mostraron cómo el Tribunal no entendió el derecho al respeto de la vida privada únicamente como la obligación negativa de los Estados partes del Convenio de interferir en el disfrute de dicho derecho, como ha hecho tradicionalmente en relación con la homosexualidad masculina. Por el contrario, el Tribunal reconoció la existencia de obligaciones positivas de los países miembros del Consejo de Europa a la hora de garantizar el respeto de los derechos de las personas transexuales, tales como la obligación impuesta a las autoridades británicas de modificar el registro civil de los transexuales.

4.2. El derecho a contraer matrimonio

En los casos *Rees* y *Cossey c. Reino Unido*, los demandantes habían alegado igualmente ante el Tribunal que mientras su nueva identidad de género no fuera legalmente reconocida, no podían contraer matrimonio con personas del sexo opuesto al nuevamente adquirido, quedando así privados del derecho a casarse recogido en el art. 12 CEDH. En sendas sentencias, el Tribunal entendió que no se había infringido dicho artículo, puesto que el derecho a contraer matrimonio garantizado por el Convenio se limitaba a la unión tradicional entre dos personas de sexo biológico opuesto. Por tanto, el Tribunal razonó sobre la base de criterios estrictamente biológicos para determinar

⁶⁵ RUDOLF, B., «European Court of Human Rights: Legal Status of Postoperative Transsexuals», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, 2003, núm. 4, pp. 716-721.

el sexo de una persona a los efectos del matrimonio, cuestión que según los jueces de Estrasburgo competía exclusivamente al Estado⁶⁶.

Esta interpretación dio un giro copernicano en las sentencias *Goodwin e I*, en las cuales el Tribunal pasó a reconocer el *ius connubii* de las personas transexuales. En estos casos, el Tribunal reconoció que, puesto que los demandantes deseaban casarse con una persona del sexo opuesto a su identidad de género postoperatoria, la imposibilidad de modificar la identidad sexual registrada en el momento del nacimiento les privaba del derecho a contraer matrimonio. Ante tal supuesto, el Tribunal no halló justificación suficiente para impedir bajo toda circunstancia que los transexuales pudieran ejercer el derecho a contraer matrimonio, y juzgó por tanto que se había violado el art. 12 CEDH.

Pese a sostener que este artículo hacía referencia al matrimonio entre un hombre y una mujer, el Tribunal declaró que la determinación del género no podía basarse exclusivamente en criterios biológicos, lo cual supuso una significativa inflexión jurisprudencial. El Tribunal se apoyó asimismo en dos argumentos adicionales. En primer lugar, que el derecho a contraer matrimonio y a formar una familia no eran interdependientes, sino que la incapacidad de reproducirse no podía privar a una pareja de casarse. En segundo lugar, que el derecho al matrimonio recogido en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea intencionadamente no hacía referencia a hombre y mujer⁶⁷.

Cabe recordar que, como consecuencia de estas dos sentencias, dos años más tarde entró en vigor en el Reino Unido una nueva ley⁶⁸ que permitía a las personas transexuales solicitar un certificado correspondiente a la nueva identidad de género, siempre y cuando demostraran que padecían disforia sexual y que habían vivido como mínimo dos años con su identidad adquirida. A partir de la fecha de reconocimiento legal de su condición transexual, estas personas podían casarse en función de su nueva identidad sexual⁶⁹.

⁶⁶ ARROYO I AMAYUELAS, E., *op. cit.*, nota 52.

⁶⁷ Según el art. 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea relativo al derecho a contraer matrimonio y al 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», DOCE C 364/01, de 18 de diciembre de 2000. Por tanto, al no incluir la referencia al hombre y a la mujer, la Carta no impide el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, remitiéndose al Derecho interno de cada Estado miembro de la Unión. En este sentido, parece «evidente que en la aproximación favorable al reconocimiento del matrimonio de los homosexuales ha pesado la lectura en pro del derecho reclamado que se desprendería del flexible enunciado del derecho al matrimonio reconocido en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE», GONZÁLEZ VEGA, J. A., 2004, *op. cit.*, nota 11, p. 180.

⁶⁸ *Ley de reconocimiento de género*, en vigor desde el 1 de julio de 2004.

⁶⁹ Sin embargo, en las decisiones de inadmisibilidad en los casos *Parry c. Reino Unido*, solicitud núm. 42971/05, de 28 de noviembre de 2006, y *R. y F. c. Reino Unido*, solicitud núm. 35748/05, de 28 de noviembre de 2006, el Tribunal reconoció el margen de apreciación de las autoridades británicas al obligar a las personas transexuales casadas con personas del mismo sexo al de su nueva identidad sexual a divorciarse para poder obtener el certificado de pleno reconocimiento de su género adquirido, existiendo la posibilidad de que tales parejas del mismo sexo pudieran posteriormente constituirse en uniones civiles formalmente registradas.

Finalmente, es preciso apuntar que el reconocimiento por parte del Tribunal del derecho a contraer matrimonio de las personas transexuales no permite deducir que los jueces de Estrasburgo estén dispuestos a censurar a los Estados que no permitan casarse a las parejas del mismo sexo, en virtud del art. 12 CEDH. En efecto, a diferencia de los transexuales que desean contraer matrimonio con personas del sexo opuesto, los homosexuales desean hacerlo con personas del mismo sexo, pretensión que aún no ha contado con el respaldo de los jueces de Estrasburgo⁷⁰. Aun así, la sentencia *Goodwin* supuso una evolución en la jurisprudencia del Tribunal al rechazar que el matrimonio tenga por finalidad última y exclusiva la procreación. Aunque el art. 12 CEDH reconoce no sólo el derecho a casarse sino también a fundar una familia, este último aspecto deja de ser visto como una condición para el ejercicio del primero.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Desde que en 1981 se pronunciara contra la penalización de las relaciones sexuales entre hombres en el Reino Unido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado una considerable jurisprudencia en materia de protección de los derechos de las minorías sexuales. En esta jurisprudencia, el Tribunal ha declarado contrarias al Convenio, entre otras, la prohibición de relaciones sexuales en privado entre personas del mismo sexo, así como la diferencia en la edad de consentimiento. Asimismo, ha censurado un número creciente de prácticas discriminatorias llevadas a cabo por las autoridades nacionales en el disfrute de derechos y libertades fundamentales protegidos por el Convenio. Ello ha llevado en numerosas ocasiones a los Estados miembros del Consejo de Europa a modificar sus respectivos ordenamientos jurídicos internos para acomodar los avances realizados en materia de protección del colectivo LGBT.

Como hemos visto, el Tribunal ha justificado sus cambios jurisprudenciales aludiendo a que el Convenio es un instrumento vivo, que ha de interpretarse siempre atendiendo a las circunstancias específicas de cada momento histórico. Según se desprende de un gran número de las sentencias aquí referidas, el Tribunal ha seguido un enfoque pragmático sobre el creciente grado de protección garantizado a las minorías sexuales. En efecto, ha ido adaptando paulatinamente su jurisprudencia a la evolución de la percepción social de la homosexualidad y de la transexualidad, así como a la actitud mayoritaria de los países miembros del Consejo de Europa al respecto. De este modo, el Tribunal ha ido restringiendo el margen de discrecionalidad reconocido a las

⁷⁰ Véase la sentencia *Schalk* arriba comentada. En este sentido, el Tribunal recuerda en dicha sentencia que «en relación con la conexión entre el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia, el Tribunal ya ha sostenido que la incapacidad de una pareja para concebir o de criar a un hijo no puede ser considerada en sí misma como un obstáculo para casarse [...]. Sin embargo, esta constatación no implica una conclusión similar sobre la cuestión del matrimonio homosexual», párr. 56.

autoridades nacionales en la salvaguardia de los derechos y libertades recogidos en el Convenio:

«In the overall, an elasticity in the application of the national margin of appreciation doctrine dominates the case evolution. The national margin of discretion standard expands or contracts to condone or condemn national action depending, on a case-by-case basis, upon the facts; upon the nature and quality of, necessity for, and proportionality of the rights restriction(s) imposed by the state; and upon the text, context, and precedential value of the Convention provision(s) invoked by the parties or by the international organs themselves»⁷¹.

Dicha restricción del margen de discrecionalidad nacional se ha producido en gran medida de modo paralelo a la aparición de un consenso paneuropeo sobre el estatus de homosexuales y transexuales como sujetos de derechos humanos en igualdad de condiciones, y como miembros de unidades familiares genuinas. En efecto, uno de los factores cruciales a la hora de determinar el margen de apreciación del que gozan las autoridades nacionales es:

«the existence or non-existence of a general consensus (or common ground) within the Council of Europe regarding the subject of the case at hand. Generally, the use of the common ground factor means that the court will leave a wide margin of appreciation if there is no, or hardly any, consensus between the European states»⁷².

Por ello, el Tribunal ha llevado a cabo un examen comparativo de las leyes y prácticas administrativas existentes en los países miembros del Convenio con el fin de establecer la existencia de estándares europeos comunes en un ámbito concreto. Dicho examen incluye con regularidad otros tratados europeos, así como documentos producidos por otros órganos del Consejo de Europa como la Asamblea Parlamentaria. El Derecho comunitario ha figurado igualmente entre sus fuentes, por lo que no es de sorprender que en los fallos *Goodwin* e *I c. Reino Unido* se hiciera referencia explícita al art. 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁷³.

Sin embargo, a la hora de constatar la existencia de estándares europeos, *«it is very difficult to determine the amount of convergence or agreement needed to speak of a real “common ground”»⁷⁴*. En algunos casos, el Tribunal ha justificado el margen de apreciación de las autoridades al no existir un amplio consenso sobre la materia en cuestión⁷⁵. En cambio, en otros casos los jueces

⁷¹ YOURROW, H. C., *op. cit.*, nota 11, p. 245.

⁷² GERARDS, J., *op. cit.*, nota 11, p. 108. En otras palabras, *«the margin of appreciation has played the role of a lubricant in the working of the Convention and has enabled the Court to deal with the different situations and needs which could not have been envisaged at the time of the drafting of the Convention but which in its work daily confront it [...] The scope of the margin of appreciation [is] narrowed by the recognition of “common European standards” [...] an obvious way of reducing the amount of discretion to which national authorities should consider themselves entitled is to hold them to standards which are observed Europe-wide»*, MACDONALD, R. St. J., *op. cit.*, nota 11, pp. 122-123.

⁷³ MORAWA, A., *op. cit.*, nota 11.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 109.

⁷⁵ «El Tribunal no puede sino constatar la emergencia de un consenso europeo hacia el reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo. Además, esta tendencia se ha desarrollado rápidamente durante la última década. Sin embargo, todavía no hay una mayoría de Estados que proporcionen un reconocimiento legal a las parejas del mismo sexo. La materia en cuestión debe pues continuar siendo

de Estrasburgo se han conformado con la mera «evidencia clara e incontestable de una tendencia internacional» para restringir el margen de apreciación. Como resultado, la aplicación de la doctrina del margen de apreciación por el Tribunal ha sido en ocasiones criticada por su inconsistencia en asuntos relacionados con la identidad y orientación sexual del individuo. En este sentido, Paul Johnson sostiene:

«A key source of this inconsistency is variability in the importance that the Court attaches to the existence of a European consensus of opinion when determining the relevant margin of appreciation available to a state. The Court's recent judgment in respect of same-sex marriage demonstrated a strong reliance upon the absence of a European consensus as grounds for affording contracting states a wide margin of appreciation to exclude homosexual couples from civil marriage. However, in another recent judgment the Court ignored the question of consensus altogether (and the margin of appreciation doctrine) to uphold the complaint of a homosexual woman who had been refused permission by domestic authorities to adopt a child. These judgments suggest an inconsistent use of the principle of European consensus in adjudicating claims since there is arguably no greater consensus across contracting states in respect of the adoption of children by homosexuals than of same-sex marriage»⁷⁶.

Por otro lado, el pragmatismo que encontramos en su jurisprudencia ha llevado a algunos autores a relativizar el papel jugado por el Tribunal en la extensión y promoción de los derechos de las personas pertenecientes a minorías sexuales, al circunscribir su protección a aquellos derechos ya reconocidos en una amplia mayoría de países signatarios del Convenio:

«Where social attitudes do not appear sufficiently evolved, the Court can cite the doctrine to deny rights of sexual orientation or identity altogether. By the time social attitudes have sufficiently evolved, the Court merely uses it to recognize rights that, for individuals in many member States, are no longer needed. Far from developing protections against majority sentiments—which is, supposedly, a central purpose of human rights—the Court largely endorses them»⁷⁷.

Por ello, resulta posible afirmar que los ordenamientos jurídicos internos y los tribunales nacionales de cada Estado miembro del Consejo de Europa siguen constituyendo la principal fuente de salvaguardia de los derechos de homosexuales y transexuales. De modo general, sólo cuando el Tribunal identifica un consenso europeo en el avance de dichos derechos a nivel interno, requiere a los países discrepantes que se ajusten a los nuevos estándares relativos a la inclinación e identidad sexual, actuando como «*a mirror that reflects the light of human right consensus into the darker corners of Europe*»⁷⁸. Por consiguiente, con vistas al futuro desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal, podemos presumir que a medida que se vaya forjando una percepción

considerada como un ámbito de derechos en evolución sobre el cual no hay un consenso establecido, en el que los Estados deben también gozar de un margen de apreciación a la hora de fijar la introducción de cambios legislativos», *Schalk y Kopf c. Austria*, párr. 105.

⁷⁶ JOHNSON, P., *op. cit.*, nota 51, pp. 589-590.

⁷⁷ HEINZE, E., «Sexual Orientation and International Law: A Study in the Manufacture of Cross-Cultural Sensitivity», *Michigan Journal of International Law*, vol. 22, 2001, pp. 283-309.

⁷⁸ WINTEMUTE, R., *op. cit.*, nota 24, p. 729.

compartida en Europa sobre el reconocimiento de nuevos derechos de las minorías sexuales, los jueces de Estrasburgo se verán incitados a ampliar progresivamente la protección ofrecida a homosexuales y transexuales.

Aun así, es necesario concluir que el Tribunal se ha avanzado durante los últimos años al surgimiento de tal consenso paneuropeo para combatir prácticas discriminatorias basadas en la orientación sexual y la identidad de género del individuo. En este sentido, el Tribunal ha dado pasos significativos hacia la plena equiparación de derechos entre personas homosexuales y heterosexuales en ámbitos delicados sobre los cuales aún existen amplias diferencias en los ordenamientos jurídicos de los Estados signatarios del Convenio. Esto ha sido así, especialmente, en sus sentencias sobre el derecho a contraer matrimonio de las personas transexuales, o en su reciente pronunciamiento a favor de la adopción por parte de homosexuales. Dichas sentencias han supuesto un giro notable en la jurisprudencia anterior del Tribunal al respecto, sin que se haya producido necesariamente un avance generalizado en esta dirección en la mayoría de los países miembros del Consejo de Europa.

RESUMEN

LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO

El presente artículo examina el progresivo reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales de las personas pertenecientes a minorías sexuales en el marco del Consejo de Europa, llevado a cabo por el Tribunal de Estrasburgo. Desde los años ochenta, los órganos de control del Convenio Europeo de Derechos Humanos han sentado las bases para la consolidación de unos estándares mínimos en materia de derechos de las minorías sexuales, que han de ser respetados por los Estados partes. Puesto que el Convenio no hace referencia expresa a la orientación sexual e identidad de género del individuo, la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha basado, en particular, en el derecho al respeto de la vida privada y familiar contenido en el art. 8, considerado de manera aislada o en combinación con la prohibición de discriminación recogida en el art. 14. El Tribunal ha seguido un enfoque pragmático sobre el grado de protección garantizado a las minorías sexuales, adaptándolo a la evolución de la percepción social de la homosexualidad y de la transexualidad, mediante un estrechamiento del margen de apreciación reconocido en esta materia a los países miembros del Consejo de Europa.

Palabras clave: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, minorías sexuales, discriminación, orientación sexual, identidad de género, transexualidad.

ABSTRACT

THE CASE LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS ON SEXUAL ORIENTATION AND GENDER IDENTITY

This article examines the gradual recognition of the fundamental rights and freedoms of persons belonging to sexual minorities within the framework of the Council of Europe, and the judgements of the Strasbourg Court. Since the 1980s, the control bodies of the European Convention on Human Rights have laid down the ground rules for the consolida-

tion of minimum standards in the field of sexual minority rights, which are to be respected by all State parties. Given that the Convention does not make an express reference to the individual's sexual orientation or gender identity, the case law developed by the European Court of Human Rights has been based primarily on the right to respect of private and family life as set out in Article 8, considered independently or in combination with the prohibition of discrimination provided for under Article 14. The European Court has taken a pragmatic approach vis-à-vis the degree of protection afforded to sexual minorities, in parallel with the evolution of social perceptions on homosexuality and transsexualism, narrowing the margin of appreciation accorded to member States of the Council of Europe in this field.

Keywords: European Court of Human Rights, sexual minorities, discrimination, sexual orientation, gender identity, transsexualism.

RÉSUMÉ

LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME SUR L'ORIENTATION SEXUELLE ET L'IDENTITÉ DE GENRE

Cet article examine la reconnaissance progressive par la Cour de Strasbourg des droits et libertés fondamentaux des personnes appartenant à des minorités sexuelles dans le cadre du Conseil de l'Europe. Depuis les années 80, les organes de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme ont créé les conditions propices pour la consolidation de standards minimaux en matière de droits des minorités sexuelles, qui doivent être respectés par tous les États qui en sont parties. Étant donné que la Convention ne fait pas de référence explicite à l'orientation sexuelle ni à l'identité de genre de l'individu, la jurisprudence développée par la Cour européenne des droits de l'homme s'est basée, tout particulièrement, sur le droit au respect de la vie privée et familiale prévu par l'article 8, pris de manière isolée ou combiné avec le principe de non-discrimination de l'article 14. La Cour a adopté une approche pragmatique quant au niveau de protection offert aux minorités sexuelles, lié à l'évolution des perceptions sociales sur l'homosexualité et le transsexualisme, en réduisant l'étendue de la marge d'appréciation reconnue aux États membres du Conseil de l'Europe sur ce sujet.

Mots clés: Cour Européenne des Droits de l'Homme, minorités sexuelles, discrimination, orientation sexuelle, identité de genre, transsexualisme.